

YEARBOOK

MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA
DO PORTO / UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

VOL. 7

(2024)

[coordenação] RAQUEL CARVALHO / CATARINA SANTOS BOTELHO

Título YEARBOOK: MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO / ESCOLA DO PORTO
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
VOL 7 (2024)
Coordenadoras Raquel Carvalho e Catarina Santos Botelho
Coleção Biblioteca de Investigação
© Universidade Católica Editora
© Autores

Revisão editorial Maria Isabel Dias Ferreira

Capa Olinda Martins
Data outubro 2025

ISBN 9789725411650

Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020 | Fax. (351) 217 214 029 uce@uceditora.ucp.pt |
www.uceditora.ucp.pt

Licença: Este trabalho encontra-se publicado com a Licença Internacional
Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0



Índice

O crime de ofensa à integridade física grave – Haverá órgãos e membros que não mereçam o qualificativo de “importantes”?

Alba González Freijeiro de Matos Fernandes

Time of war and time in war: Unmanned Aerial Vehicles and the changes in the warfare. An approach to recent events

Ana Amélia Resende Cury

A contratação pública ecológica e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023 à luz do Direito da União Europeia

Ana Catarina Santos Poças

A “partilha em vida” no contexto do planeamento sucessório: Alteração superveniente no valor dos bens, correspondência com as tornas e igualação dos descendentes

Ana Francisca Cardetas de Sousa

O dever de abstenção de contacto do artigo 199.º-A do Código do Trabalho: Da necessidade [d]e efetividade

Angelina Mariana de Carvalho Almeida e Magalhães Pereira

A (ir)renunciabilidade dos créditos laborais: O Artigo 337.º, n.º 3, da Lei n.º 7/2009

António José de Sousa Trêpa Rodrigues Braga

The cyber domain and the use of force: A critical analysis to articles 2(4) and 51 of the Charter of the United Nations

Beatriz Garcia Sequeira

A medida tutelar educativa de Internamento: Reflexão crítica à tripartição dos regimes de execução

Carla Alexandra da Mota Soares Rocha

Dos créditos privilegiados: A evolução da especial proteção nos créditos laborais e o seu regime atual no âmbito da insolvência

Carla Filipa Carvalho Olim Menezes

O Certificado Sucessório Europeu no décimo ano da sua vigência: entre a proteção da unidade dos valores europeus e a diversidade legislativa dos Estados-Membros

Carlota Pereira Cordeiro

A medida de segurança de internamento à luz das alterações introduzidas pela Lei n.º 35/2023, de julho: Uma análise crítica
Catarina de Almeida Gomes Centeno Lima

A responsabilidade da Administração Pública da Saúde por erro médico em diagnóstico pré-natal: Considerações e coordenadas jurídico-públicas
Daniela Alexandra Silva Machado

Sociedades em relação de domínio: Remédios para a responsabilização da sociedade dominante
David Cristina Sousa de Melo

Ausência de resistência no crime de violação
Eduarda de Fátima Cardoso Fonseca

A imputação de direitos de voto detidos por fundos de investimento
Fernando Jorge Vidal Cordeiro

O Segundo Pilar de tributação da OCDE: A *Subject to Tax Rule*: Análise crítica e aplicação no Ordenamento Jurídico Nacional
Francisco Ribeiro Silva Dias

Da (in)compatibilidade do art. 497.º do Código do Trabalho com a Liberdade Sindical
Inês de Sousa Pereira

Proibição de assistência financeira: A (não) aplicação às sociedades por quotas
Inês Lopes Nogueira

A questão da aplicabilidade da suspensão da execução da pena de prisão: A prática judiciária em Portugal relativa aos crimes contra a liberdade sexual
Inês Martins Fernandes

“Até que a morte nos separe”: O homicídio do agressor como única saída para a vítima de violência doméstica – seu enquadramento
Inês Moreira de Sousa

A exposição de menores a violência doméstica no Código Penal Português: Crime autónomo ou mera agravação?
Inês Pinheiro Matos Soares

A anulação da sentença arbitral por violação da ordem pública internacional: Uma análise da jurisprudência portuguesa

Íris Maria Pereira Paixão

A intervenção do Tribunal Estadual na obtenção de prova no processo arbitral

Joana Costa Almeida

Discrimination regarding access to international protection: A study of the activation of the Temporary Protection Directive in response to mass displacement from Ukraine

Joana Gastal

O cash pooling: Desafios jurídico-societários

Joana Patrícia Duarte Fernandes

O Regulamento Governação de Dados e a proteção de dados pessoais: Alguns desafios de interoperabilidade

Juliana Catarina Sousa Pinto

Access to justice and fundamental rights for indigenous people in Africa: Exploring the role of humanitarian aid

Laetitia Madeleine Nathalie Koechlin

A tutela do membro da união de facto sobrevivente: Insuficiências do estatuto legal relativo aos deveres de solidariedade recíproca

Lara Sofia Oliveira Gomes

Internamento em Centro Educativo: A dualidade entre oportunidades e obstáculos. Reflexão crítica ao regime

Leonor Martins da Cruz

Contratação pública, proteção de dados e Inteligência Artificial: Problematicar a fase de habilitação – em especial, o artigo 85.º, n.º 3, do CCP

Luís Maria Teixeira Cardoso

O voto plural nas sociedades anónimas

Manuel João de Freitas Pita

(Re)equilibrar o contrato de concessão – Um direito também do concedente?

Mara de Magalhães Silveira

O (novo) regime de suprimimento de irregularidades de propostas e candidaturas: Da alteração legislativa ao equilíbrio principiológico europeu

Margarida Arada Leitão Pinto Morais

A morte medicamente assistida e o seguro de vida em caso de morte: Implicações no planeamento sucessório

Maria Beatriz Pereira Soares

A exposição do menor nas redes sociais como violação dos seus direitos de personalidade

Maria Luís Martins Oliveira Rodrigues

As participações recíprocas

Mariana Bárbara Branco Guerra

Publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa: As insuficiências do artigo 185.º-B do CPTA

Mariana Fernandes Araújo

O crime de aliciamento de menores para fins sexuais: reflexões críticas acerca do enquadramento jurídico-penal

Mariana Modesto Cunha

A Inteligência Artificial na relação jurídico-laboral: Reflexos na saúde e segurança no trabalho

Mariana Nunes de Magalhães

A criminalização da violência obstétrica: Uma necessidade jurídico-penal?

Marina Alexandra Bessa Sousa

The international protection regime in EU refugee law

Marta Carmezim Ferreira Saraiva de Aragão

O silêncio da testemunha-vítima de violência doméstica: Análise ao Artigo 134.º do CPP

Matilde Maio Veloso e Vasques

Do direito de retenção atribuído ao promitente-comprador no âmbito do processo de insolvência do promitente-vendedor

Paula Cristina Baptista Margarido

Reflexão sobre a criminalização do aborto por negligência e das ofensas à integridade física *in útero*

Raquel Sofia Meireles Ferreira

Time of war and time in war: Examining the South Africa vs. Israel Case

Rita Maria Carreiro Mariz Esteves

O reenvio prejudicial à luz da recente jurisprudência do tribunal de justiça: O papel do mecanismo de cooperação no âmbito da crise do Estado de Direito

Rui Nuno de Castro Pinheiro

O prazo de prescrição das quotas de amortização do capital pagáveis com juros, ocorrendo o seu vencimento antecipado: O AUJ n.6/2022, de 22 de setembro

Sara Moreira Gonçalves

Exclusão com base na substância no Pilar 2: Desconformidades entre texto e *ratio* da norma

Tiago Miguel de Almeida Morgado

Aspetos internacionais da tributação de *influencers*

Valéria de Sousa Azevedo

O crime de ofensa à integridade física grave

**Haverá órgãos e membros que não mereçam o qualificativo de
“importantes”?**

Alba González Freijeiro de Matos Fernandes

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha

Com todo o meu carinho e com uma profunda gratidão dedico esta dissertação

Aos meus queridos pais, à minha adorada irmã, à minha dedicada orientadora de tese Professora Doutora Conceição Cunha e aos meus estimados amigos.

O vosso apoio foi o alicerce para o meu sucesso. Imensamente grata pelo amor e orientação constantes

Só há um templo no mundo e é o corpo humano. Nada é mais sagrado que esta forma sublime. Inclinar-se diante de um homem é fazer homenagem a esta revelação na carne. Toca-se o céu quando se toca um corpo humano.

Friedrich Novalis

Agradecimentos

Quem caminha sozinho pode até chegar mais rápido, mas aquele que vai acompanhado, com certeza vai mais longe.

Clarice Lispector

No ápice deste percurso, é com enorme gratidão e carinho que valorizo todos aqueles que contribuíram para que este projeto se tornasse realidade:

Agradeço profundamente à minha orientadora, Professora Doutora Conceição Cunha, pela sábia orientação, dedicação, apoio e incentivo constantes durante a elaboração desta dissertação.

Quero, também, expressar a minha gratidão à Professora Doutora Arantxa Cagigal Casquero, advogada na Sociedade de Advogados Aranzazu e Professora de Direito na Universidade de Salamanca e ao Doutor Paulo Magalhães e Silva, advogado na Sociedade de Advogados MVB, por me terem facultado acesso às suas preciosas bibliotecas jurídicas.

O meu muito obrigada à Doutora Catarina Gonçalves Martins, médica de Medicina Geral e Familiar no Centro de Saúde e no Hospital Pedro Hispano, pelos importantes esclarecimentos médicos transmitidos.

Por último, agradeço à minha família e amigos, especialmente aos meus pais e irmã por toda a paciência, amor incondicional e apoio inabalável durante esta especial etapa da minha vida.

Resumo

Nesta dissertação vamos analisar o crime de ofensa à integridade física grave, mais concretamente, a primeira parte da al. a) relativa à privação de órgão ou membro importante.

O conceito de privação e o de órgão/membro importante não têm sido unânimes no nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual este tema é atual e nos desperta interesse, nomeadamente, quanto às diversas soluções adotadas pela nossa jurisprudência, que, em alguns casos, nos causam estranheza, e para a falta de critérios quanto à determinação da importância do órgão/membro.

Por conseguinte, analisamos de forma teórico-prática o nosso ordenamento jurídico e o espanhol, no que concerne ao crime de ofensa à integridade física grave com privação de órgão/membro importante, de modo a poder refletir e comentar as diversas questões controvertidas encontradas durante a nossa análise e propor critérios para definir os conceitos controvertidos, bem como, a alteração/atualização do art. 144.º, al. a) do Código Penal Português.

Palavras-chave: Ofensa à integridade física grave; órgão ou membro importante; art. 144.º, a) do CP.

Abstract

In this dissertation we are going to analyse the crime of serious bodily injury, more specifically the first part of paragraph a), relating to the deprivation of an important organ or limb.

The concepts of deprivation and of important organ/limb have not been unanimous in our legal system, which is why this topic is current and arouses our interest, particularly with regard to the various solutions adopted by our jurisprudence, which in some cases causes us strangeness, and the lack of criteria for determining the importance of the organ/limb.

We have therefore carried out a theoretical and practical analysis of our legal system and the Spanish legal system in relation to the crime of serious bodily harm involving the deprivation of an important organ/limb, in order to be able to reflect and comment on the various controversial issues encountered during our analysis and propose criteria for defining the controversial concepts, as well as amending/updating article 144, paragraph a) of the Portuguese Criminal Code.

Keywords: Serious bodily injury; important organ or limb; article 144, paragraph a) of the Portuguese Criminal Code.

Lista de siglas e abreviaturas

Al.	Alínea
Ac.	Acórdão
Art(s).	Artigo(s)
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
Cf.	Conforme
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (e outros)
ex.	exemplo
MVB	Magalhães, Velloso, Brochado
n.º	número
p(p).	página(s)
p. e p.	previsto e punido
Proc.	Processo
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
<i>vs.</i>	<i>versus</i>

Índice

Introdução	8
1. Os crimes contra a integridade física	9
1.1 Evolução histórica	9
1.2 O crime de ofensa à integridade física	9
1.3 O crime de ofensa à integridade física simples	10
1.4 O crime de ofensa à integridade física grave	12
2. Privá-lo de importante órgão ou membro	15
2.1 Em que consiste a privação de um órgão ou membro?	15
2.2 Distinção entre órgão e membro	16
2.3 O que torna um membro ou órgão importante?	18
2.3.1 Jurisprudência portuguesa	21
2.4 Consumação vs. tentativa	23
2.4.1 Consumação	23
2.4.2 Tentativa	23
2.4.3 Tentativa no crime de ofensa à integridade física grave al. a)	25
3. Breve análise do ordenamento jurídico espanhol	27
3.1 Enquadramento dos “delitos de lesiones”	27
3.2 O “artículo 147.” como o crime-base do CP Espanhol	28
3.3 “Delito de lesiones muy graves”	29
3.3.1 O “artículo 149.” do CP Espanhol	29
3.3.2 Perda ou inutilização de um órgão ou membro principal	30
3.3.3 O “artículo 150.” do CP Espanhol	31
3.3.4 Jurisprudência	32
3.3.5 Considerações finais	33
4. Reflexões finais	34
Conclusão	46
Bibliografia	48
Anexos	50
Anexo I – Lista dos órgãos e suas funções	50
Anexo II – Lista de membros e suas funções	62

Introdução

O tema da nossa dissertação é a análise do crime de ofensa à integridade física grave, mais concretamente a primeira parte da al. a), relativa à privação de órgão ou membro importante.

Como veremos, a expressão “importante órgão/membro”, apesar de ainda levantar muitos problemas, tem sido, atualmente, pouco questionada e analisada.

Porém, não nos conseguimos conformar com as atuais soluções e entendemos que este assunto merece ser aprofundado e reanalisado dado que tem potencial de melhoria/atualização.

O tema revela-se interessante devido às diversas soluções adotadas pela nossa jurisprudência, que, em alguns casos, nos causaram estranheza, mas também devido à inexistência de critérios unânimes para a determinação da importância do órgão/membro.

Assim sendo, iremos abordar as seguintes questões controvertidas:

- i. O conceito de órgão a ser seguido deve ser coincidente com a definição da ciência ou pelas propostas da doutrina, que tem como ideia base a funcionalidade do órgão/membro?
- ii. Alguma das três teses defendidas pela doutrina define satisfatoriamente o conceito de importante órgão/membro?
- iii. O reimplante, num período temporal curto, de um órgão/membro que foi extirpado deve afastar a consumação do crime de ofensa à integridade física grave, conduzindo à punição pela sua tentativa?

Para tal, a nossa dissertação encontra-se dividida em quatro grandes capítulos: (i) enquadramento dos crimes contra a integridade física; (ii) análise do que se entende por privação de importante órgão/membro; (iii) breve estudo do ordenamento jurídico espanhol e (iv) reflexões finais.

Iniciamos com um breve enquadramento dos crimes contra a integridade física simples e grave, de modo a facilitar a articulação do pensamento aquando da análise das questões controversas que foram surgindo durante a explanação do tema.

A escolha da análise do ordenamento jurídico espanhol deve-se à proximidade territorial, à proximidade da língua e às bases jurídicas comuns, que apresentam muitas semelhanças ao nível da codificação das leis.

Por último, quisemos deixar o nosso contributo sobre as diversas questões controversas encontradas durante a nossa análise relativas às ofensas à integridade física graves; bem como, deixar a nossa reflexão e sugestão de critérios para definir os conceitos de órgãos/membros importantes. Assim como, uma proposta de alteração/atualização do art. 144.º, al. a) do CP.

1. Os crimes contra a integridade física

1.1 Evolução histórica

O CP de 1852 regulava as ofensas corporais no seu art. 359.^o e a pena estabelecida era de três a trinta dias de prisão e, caso fosse premeditado, a pena era de prisão ou desterro até seis meses. Neste mesmo código, estava prevista uma agravação da pena tendo em conta a maior gravidade do resultado – art. 361.^{o1}. É no n.º 4 deste artigo que se faz referência, pela primeira vez, às consequências psicológicas sofridas pelos ofendidos após ofensa da sua integridade corporal e à correspondente agravação da pena^{2 e 3}.

Com a reforma de 1884, as ofensas corporais passaram a estar reguladas no art.359.^o do CP de 1886, estando prevista uma pena correccional até três meses e sendo o objeto da tutela penal o interesse social inerente ao bem jurídico integridade física e físico-psíquica da pessoa, sendo que a punição residia no maltrato ou dano da saúde de outrem⁴.

No anteprojeto da Parte Especial do CP de 1966 foi criado o art. 155.^o relativo às ofensas corporais graves, o qual teve como fonte o art. 123.^o, n.º 2 do Código Suíço. Estes artigos refletem a preocupação dos legisladores em abrangerem as hipóteses mais importantes e fáceis de tipificar das ofensas corporais graves⁵.

O art. 155.^o do Anteprojeto foi a fonte do art. 143.^o do CP 1982, versão que sofreu alterações com os DL n.º 101-A/88 de 26 de março, DL n.º 48/95 de 15 de março e Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro. Com o DL n.º 48/95, a versão originária do artigo sofreu alterações formais⁶, um ligeiro agravamento da moldura penal e o desdobramento da al. c) nas atuais alíneas c) e d), sendo que a referência ao aborto foi eliminada. Com a Lei n.º 59/2007, foi introduzida na al. b) a alusão à fruição sexual.

1.2 O crime de ofensa à integridade física

O Cap. III do CP intitula-se “Dos crimes contra a integridade física” e abarca os arts. 143.^o a 152.^o-B. Por conseguinte, os bens jurídicos protegidos neste capítulo são a integridade corporal e a saúde.

¹ Situação semelhante ao nosso atual art. 144.^o do CP.

² Gama & Batista, 1924, p. 100.

³ Pinto da Costa, 1985, p. 92.

⁴ Silva P. F., 2022, pp. 16-18.

⁵ Ministério da Justiça, 1979.

⁶ O crime de ofensas corporais graves previsto no art. 143.^o do diploma original passou a estar regulado no art. 144.^o sob a epígrafe “ofensa à integridade física grave”.

A integridade corporal e a saúde “constituem objetos ou projeções institucionais dos direitos à integridade física e à saúde”⁷, nos termos do art.25.º, n.º 1 da CRP.

O titular destes direitos tem, necessariamente, de ter iniciado o processo de nascimento para poder ter proteção jurídica⁸, ao contrário do que acontece no Direito Civil, em que a proteção jurídica apenas se adquire com o nascimento completo e com vida⁹. Desta forma, ficam excluídos os nascituros¹⁰ e os órgãos ou membros que já se encontravam separados do corpo da vítima.

É de salientar que neste catálogo de crimes há uma proteção da saúde psíquica, embora a sua tutela, na maior parte dos tipos legais de crime, não seja concedida de forma autónoma. O art. 152.º, n.º 1 do CP é o único que, na factualidade típica, se refere expressamente aos maus-tratos psíquicos, constituindo, portanto, uma exceção; nos demais crimes é necessário fazer uma interpretação ampla da palavra saúde¹¹.

“O Crime de ofensa à integridade física simples surge como o tipo legal fundamental em matéria de crimes contra a integridade física”¹² e é a partir deste que surgem tipos agravados/qualificados ou privilegiados.

No que diz respeito aos primeiros, as ofensas à integridade física podem ser (i) graves – art. 144.º do CP, (ii) agravadas pelo resultado – art. 145.º do CP e (iii) qualificadas – art. 146.º do CP; e, em relação aos segundos, as ofensas à integridade física podem ser (i) privilegiadas – art. 147.º do CP e (ii) negligentes – art. 148.º do CP.

1.3 O crime de ofensa à integridade física simples

Para estarmos perante um crime de ofensa à integridade física simples, p.e.p pelo art. 143.º do CP, é necessário estar preenchido o elemento objetivo e o subjetivo.

O tipo objetivo de ilícito consiste na verificação de uma ofensa na saúde ou no corpo de outrem, independentemente da dor, sofrimento causado, duração da agressão e dos meios empregues.

Devemos entender como ofensa ao corpo “todo o mau-trato através do qual o agente é prejudicado no seu bem-estar físico de forma não insignificante”¹³ e ¹⁴, ou seja,

⁷ Silva Dias, 2007, p. 87.

⁸ Posição da doutrina maioritária cf. Figueiredo Dias, 2012, p. 6.

⁹ Art. 66.º do CC.

¹⁰ A doutrina maioritária entende que as lesões pré-natais sofridas durante o período da gravidez e que se manifestem ou perdurem após o nascimento devem ser abrangidas pela tutela penal, mais concretamente pelo crime de ofensa à integridade física, na medida em que as consequências ou efeitos da agressão acabam por afetar um ser humano titular de direitos cf. Faria, 2012, p. 302.

¹¹ Silva Dias, 2007, p. 87.

¹² Faria, 2012, p. 202.

¹³ Faria, 2012, p. 205.

¹⁴ Segundo o princípio da subsidiariedade (art. 18.º, n.º 2, CRP), a ofensa ao corpo ou à saúde “deve ser determinada objetivamente e não pode ser insignificante, diminuta ou ligeira. A apreciação da censura jurídico-penal não dispensa a ponderação de respeito e conformidade com a representação e valoração coletiva densificada na norma incriminadora”, cf. Silva P. F., 2022, p. 24.

estão incluídas todas as atuações que (i) diminuam a substância corporal (tais como perda de órgãos ou membros); (ii) lesionem a substância corporal (como por exemplo nódos negros, edemas e feridas); (iii) alterem fisicamente e (iv) perturbem as funções físicas da vítima¹⁵.

*Os conceitos de ofensa ao corpo, “mau-trato” e “bem-estar físico” são conceitos relativos que obrigam a considerar o estado da vítima antes da agressão ou ofensa de tal modo que se possa evidenciar pela comparação com um momento posterior um agravamento da sua situação*¹⁶.

Enquadram-se nas ofensas corporais as lesões infligidas no próprio corpo e em objetos que se considerem partes integrantes deste, com carácter de permanência e sentimento de pertença desses objetos, tais como as próteses ou *pacemakers*, por exemplo¹⁷.

As lesões psíquicas propriamente ditas (condutas que apenas causem “males da alma”) não se enquadram no tipo legal, pelo que só serão relevantes quando acompanhadas de lesão corporal ou lesão à saúde¹⁸.

Entende-se como lesão à saúde “toda a intervenção que ponha em causa o normal funcionamento das funções corporais da vítima, prejudicando-a; pertence a este âmbito toda a produção ou aprofundamento de uma constituição patológica”¹⁹.

O tipo subjetivo de ilícito consiste na existência de dolo em qualquer das suas modalidades, nos termos do art. 14.º do CP. “A doutrina hoje dominante conceitualiza-o, na sua formulação mais geral, como o **conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo de ilícito**”²⁰.

O dolo é composto por dois elementos: o intelectual e o volitivo; relativamente ao primeiro é necessário “que o agente conheça, saiba, represente corretamente ou tenha consciência das circunstâncias do facto que preenche um tipo de ilícito objetivo”²¹. Já o segundo, consiste na existência de “uma vontade dirigida à realização”²² do facto ilícito. Assim sendo, existem diferentes classes de dolo: (i) o dolo direto (“aqueles casos em que a realização do tipo objetivo de ilícito surge como o *verdadeiro fim da conduta*”²³), (ii) o dolo direto necessário (“a realização do facto surge não como pressuposto ou degrau intermédio para alcançar a finalidade da conduta, mas como sua **consequência necessária**”²⁴) e (iii) o dolo eventual (“caracterizam-se antes de tudo pela circunstância

¹⁵ Faria, 2012, pp. 205-206.

¹⁶ Faria, 2012, p. 305.

¹⁷ Faria, 2012, p. 301.

¹⁸ Faria, 2012, p. 306.

¹⁹ Faria, 2012, p. 207.

²⁰ Figueiredo Dias, 2019, p. 407.

²¹ Figueiredo Dias, 2019, pp. 409-410.

²² Figueiredo Dias, 2019, p. 427.

²³ Figueiredo Dias, 2019, p. 427.

²⁴ Figueiredo Dias, 2019, p. 428.

de a realização do tipo objetivo de ilícito ser representada pelo agente apenas ‘como consequência **possível** da conduta’, havendo conformação face a essa possível realização”²⁵).

O crime de ofensa à integridade física simples é punido com pena de prisão, cuja moldura abstrata é de um mês até três anos, ou pena de multa de dez dias a trezentos e sessenta dias²⁶.

Como já se referiu, o bem jurídico protegido pela norma é o corpo e a saúde (física e psíquica) pelo que estamos perante um crime (i) comum, (ii) de execução livre, (iii) de dano relativamente ao bem jurídico e (iv) de resultado relativamente ao objeto da ação²⁷.

Nos termos do art. 23.º do CP, a tentativa neste tipo de crime não é punível²⁸; apenas é punido o crime de resultado por omissão nos casos em que exista um dever jurídico de garante por parte do omissor nos termos do art. 10.º, n.º 2 do CP²⁹. Também no crime de omissão de auxílio há uma tutela da integridade física quando haja recusa/omissão de auxílio por parte do agente (que não tem um dever jurídico de garante), contudo é necessário que se verifique uma situação de grave necessidade e que dessa omissão resulte perigo para a integridade física da vítima³⁰.

As causas de justificação mais comuns são o consentimento (arts. 38.º e 39.º, CP) e a legítima defesa (art. 32.º, CP).

Por último, encontram-se em concurso legal ou aparente os crimes de ofensa à integridade física simples e os crimes agravados/qualificados e privilegiados de ofensa à integridade física³¹.

1.4 O crime de ofensa à integridade física grave

“O crime de ofensa à integridade física grave surge, em termos latos, como um ilícito qualificado pelo resultado”³² uma vez que, neste artigo, o resultado a que se chega é mais grave do que no crime-base, sendo a ilicitude mais grave do que a patente no crime fundamental³³.

Neste artigo, não é relevante o meio utilizado pelo agente para obter o resultado qualificado, mas sim os efeitos produzidos pela ofensa na vítima³⁴. Isto é, o fundamento

²⁵ Figueiredo Dias, 2019, p. 429.

²⁶ Sendo aplicável o regime supletivo do arts. 41.º e 47.º do CP.

²⁷ Ac. TRC de 09/03/2016, Proc. n.º 31/13.0GBLMG.C1, disponível em www.dgsi.pt.

²⁸ Silva F., 2017, p. 240.

²⁹ Silva P. F., 2022, p. 23.

³⁰ Carvalho, 2012, p. 859.

³¹ Albuquerque, 2022, p. 622.

³² Faria, 2012, p. 223.

³³ “O artigo 144.º tem um carácter especial em relação ao 143.º, isto significa que, se os factos da ofensa praticada pelo agente representarem um dano que preencha uma das alíneas do artigo 144.º, então aplicar-se-á as ofensas à integridade física grave”, cf. Silva P. F., 2022, p. 27.

³⁴ O resultado produzido pela ofensa auxilia no preenchimento de outros tipos de ilícito.

da agravação reside no “especial desvalor do resultado” e não diretamente no “desvalor da ação”³⁵.

Para estar preenchido este tipo legal, é necessário que a ofensa seja dirigida ao corpo ou à saúde de um terceiro³⁶ e que essa lesão se enquadre numa das quatro alíneas elencadas no artigo que se classificam em quatro grandes grupos³⁷: “ofensas no corpo (al. a); ofensas funcionais (al. b); ofensas na saúde (al. c); perigo para a vida (al. d)”³⁸.

A al. d) do art. 144.º tem uma incriminação legal cuja estrutura é a de um crime de perigo concreto, enquanto nas restantes alíneas a estrutura corresponde à de um crime de dano.

Relativamente ao elemento subjetivo do ilícito é necessário que exista dolo e que este abranja o crime-base e as consequências que o qualificam.

“Sem que o agente represente o evento, ou pelo menos o preveja, não é possível responsabilizá-lo subjetivamente”³⁹.

Para o elemento subjetivo estar preenchido revela-se satisfatória a existência de dolo eventual; já no caso da al. d) estamos perante um dolo de perigo relativamente ao bem jurídico vida humana, motivo pelo qual se exige o conhecimento das circunstâncias que tornam este comportamento perigoso; contudo não é exigido que exista vontade de lesão efetiva do bem jurídico vida⁴⁰.

O crime de ofensas à integridade física grave é punido com pena de prisão, cuja moldura abstrata é de dois anos a dez anos e a tentativa é punida nos termos do Art. 23.º do CP nos casos em que o agente tem dolo em relação ao resultado, mas não o consegue realizar⁴¹.

Neste tipo de ofensas, a regra é a de não ser possível justificá-las com fundamento no estado de necessidade “porque violam a autonomia da vontade da pessoa ofendida”⁴², nem no consentimento “porque contrariam os bons costumes”⁴³, apenas sendo possível aplicar as regras gerais relativas às causas de desculpação⁴⁴.

³⁵ Silva Dias, 2007, p. 101.

³⁶ Consultar o subcapítulo anterior relativamente à explicação do tipo objetivo do crime-base.

³⁷ Neste artigo “inserem-se as ofensas que são consideradas graves, elencadas taxativamente”, cf. Silva P. F., 2022, p. 27.

³⁸ Silva Dias, 2007, p. 101.

³⁹ Ac. TRP 18/07/1984, Proc. 18874, consultado em Leal-Henriques & Carrilho de Simas Santos, 1986, p. 109.

⁴⁰ Faria, 2012, p. 234.

⁴¹ Na nossa doutrina e jurisprudência tem-se levantado a questão da compatibilidade das figuras da tentativa e dolo eventual. Segundo Faria Costa, “não existe dolo eventual na tentativa quando o agente actua conformando-se com a possibilidade da ocorrência do resultado” (Faria, 2017, p. 227), dado que conformar-se com o resultado é diferente de conformar-se com a não consumação do mesmo, daí que não é possível fazer uma equiparação entre estas duas situações (“É uma extrapolação inadmissível pensar que aquele que se conforma com o resultado, estado mesmo jeito, conformado com a sua não-realização”, cf. Costa, 1995, pp. 100-101). Para Figueiredo Dias, não existe incompatibilidade entre a tentativa e dolo eventual, cf. Figueiredo Dias, 2019, pp. 814-815.

⁴² Albuquerque, 2022, pp. 627-628.

⁴³ Albuquerque, 2022, pp. 627-628.

⁴⁴ Arts. 17.º, 20.º, 33.º e 35.º do CP.

Não devemos, no entanto, esquecer que o consentimento para a dádiva de órgãos pares para transplante ou tratamentos e intervenções médicas^{45 e 46}, é válido uma vez que estes casos não são abrangidos no crime de ofensas corporais. Isto porque: (i) o implante de um órgão noutra pessoa não é considerado uma ofensa corporal, pois está em causa uma intervenção curativa, nos termos do art. 150.º, CP e (ii) a intervenção para retirar um órgão para ser implantado noutra pessoa é uma ofensa corporal, no entanto, não preenche o tipo legal dado que não há contrariedade aos bons costumes tendo em consideração o motivo – salvar a vida ou a saúde de outrem.

O crime de ofensa à integridade física grave encontra-se em concurso aparente ou legal com o crime-base, sob a forma de relação de especialidade⁴⁷. Relativamente aos restantes crimes de ofensa à integridade física qualificados o crime de ofensas grave cede sempre na sua aplicação⁴⁸.

⁴⁵ O nosso legislador entendeu que no âmbito da prestação de cuidado de saúde o consentimento do doente para a prática de intervenções e tratamentos médicos vale como expressão da sua autonomia privada. Desta forma, para o consentimento ser eficaz e a conduta não cair no âmbito das ofensas à integridade física é necessário que se encontrem preenchidos os seguintes pressupostos: (i) atualidade do consentimento, (ii) a possibilidade de revogabilidade a todo o tempo, (iii) o consentimento tem de ser livre e esclarecido e (iv) o doente tem de ter capacidade para consentir. Para mais esclarecimentos acerca deste tem, a consultar Faria, 2021.

⁴⁶ Nos termos dos arts. 149.º, 150.º e 38.º do CP.

⁴⁷ Faria, 2012, pp. 238-239.

⁴⁸ Faria, 2017, pp. 373 e ss.

2. Privá-lo de importante órgão ou membro⁴⁹

2.1 Em que consiste a privação de um órgão ou membro?

O art. 143.^o, al. a) do CP de 1982⁵⁰ tinha como elemento objetivo a mutilação grave por privação de órgão ou membro importante, devendo-se entender como mutilação o “retalhar, cortar, decepar qualquer parte do corpo” (“alteração do plano anatómico”)⁵¹ e por privação “quando nos encontramos perante uma mutilação completa. Se essa privação não for total, mas parcial, temos o cortamento, que poderá incluir-se, supomos, na al. b)”⁵².

Atualmente, a al. a) do art. 144.^o do CP apenas faz referência à privação de importante órgão ou membro, sendo que essa referência e correspondente noção se mantiveram inalteradas⁵³.

Para Paulo Pinto de Albuquerque “a privação do órgão ou membro consiste na supressão total do órgão ou membro ou da sua utilidade funcional”⁵⁴.

Questão controversa é a de saber se eventuais implantes do órgão/membro importante podem afastar o preenchimento do tipo.

Parte da doutrina entende que não se pode falar de privação nos casos em que o membro importante é imediatamente⁵⁵ recolocado através de uma intervenção médica, considerando, desta forma, que esta situação poderá enquadrar-se na tentativa de ofensa corporal grave caso estejam preenchidos todos os requisitos.

Paula Ribeiro de Faria, no Comentário Conimbricense do CP, em 1999, defende que não é possível afastar o preenchimento do tipo uma vez que (i) “o legislador não consagrou como elemento típico o carácter permanente deste tipo de lesão” e (ii) “está-se perante um crime de realização instantânea que se consuma no momento da privação do órgão ou membro”⁵⁶. Motivo pelo qual “não estamos pois de acordo com a posição de S/S/Stree, segundo a qual não existe uma ofensa corporal grave se as possibilidades técnicas disponíveis permitirem “remediar” o mal causado”⁵⁷, entendendo que deve ser imputado ao agente a prática do crime de ofensa à integridade física grave.

⁴⁹ Este capítulo é meramente expositivo, motivo pelo qual as reflexões e críticas às questões controvertidas serão apontadas no Cap. 4 desta dissertação.

⁵⁰ “Mutilá-lo gravemente, privando-o de um órgão ou membro importante”.

⁵¹ Pinto da Costa, 1985, pp. 105-106.

⁵² Leal-Henriques & Carrilho de Simas Santos, 1986, p. 101.

⁵³ Simas Santos & Leal-Henriques, 2023, p. 226.

⁵⁴ Albuquerque, 2022, p. 624.

⁵⁵ “Condição para que Augusto Silva Dias (...), chama a atenção, é que entre o momento da ação e o momento da recolocação do membro não se dê uma dilação temporal que imponha um sentido de privação”, cf. Garcia & Catela Rio, 2018, p. 658.

⁵⁶ Faria, 1999, pp. 225-226.

⁵⁷ Faria, 1999, pp. 225-226.

Já no Comentário Conimbricense do CP de 2012, a autora alterou o seu entendimento defendendo a tese de S/S/ Stree:

Pensamos que só não será possível falar de definitividade e gravidade da lesão onde seja medicamente possível a reimplantação do membro decepado ou a eliminação quase total da deformidade. Nos restantes casos, onde o tratamento médico apenas logre a diminuição dos efeitos da lesão, já não se poderá ter por preenchido o conceito de privação, e, por conseguinte, a própria previsão normativa.⁵⁸

Do exposto, concluímos que a questão controvertida consiste em saber se o implante de órgão/membro extirpado afasta o preenchimento do tipo. Parte da doutrina tem-se inclinado para uma resposta afirmativa a este problema, porém, surgem-nos algumas questões, tais como a patente omissão da lei relativamente ao carácter permanente e grave da privação e se este deve ser um dos fatores para se considerar preenchido o tipo legal⁵⁹; por outro lado, questionamos se os avanços da medicina e as próprias condições de saúde da vítima podem vir a traçar a fronteira entre a tentativa e a consumação.

Ora, situação diferente, que não gera controvérsia, será o caso de haver substituição do membro por prótese, o qual não afasta o preenchimento do conceito de privação⁶⁰.

2.2 Distinção entre órgão e membro

Na doutrina e jurisprudência portuguesa primou “o conceito dinâmico, funcional, de órgão”⁶¹ dado por Francisco Coimbra ⁶²; todavia, existe divergência relativamente aos órgãos duplos, havendo quem entenda que só há perda do órgão quando haja afetação dos dois órgãos. A título de exemplo, temos três acórdãos em que está em causa a perda de órgãos duplos; no primeiro, o tribunal entendeu que:

O ovário que foi retirado à Assistente não integra o conceito de “órgão importante” (...) pois que a respectiva função biológica foi mantida para além do momento em que o mesmo foi cirurgicamente removido, e só poderia ser classificado como “órgão importante” para efeitos daquela subsunção, na eventualidade de a Assistente ter ficado, mesmo,

⁵⁸ Faria, 2012, p. 342.

⁵⁹ Esta questão será abordada no subcapítulo relativo à tentativa.

⁶⁰ Garcia & Catela Rio, 2018, p. 658.

⁶¹ Sá, 1991, pp. 21-214.

⁶² Entende que “órgão, do ponto de vista médico-legal, é toda a parte componente de um aparelho ou sistema que contribui de modo relevante para as funções desse aparelho ou sistema, isto é, que contribui de maneira importante para a economia animal” cf. Sá, 1991, pp. 213-214.

*inviabilizada de engravidar - o que se sabe não ser manifestamente o caso, com o que resulta violado o art. 144.º alínea a) do CP*⁶³.

Já no segundo caso, o tribunal entendeu que havia privação de órgão importante, pois, fruto “do comportamento do arguido, AA perdeu os dois testículos (...) sendo necessária terapêutica hormonal de substituição diária, devido à lesão testicular sofrida, com a finalidade de poder procriar”⁶⁴.

Por último, o tribunal entendeu que a privação de um rim se enquadra no conceito de órgão importante como verificamos com a seguinte citação:

*O baço e o rim são órgãos importantes para os efeitos do artigo 143, alínea a), do Código Penal. Age com compreensível emoção violenta a mulher que ofende corporalmente um indivíduo, munindo-se de uma faca de mato, cravando-lha na região torácico-abdominal do lado esquerdo e atingindo-lhe o baço e o rim desse lado (...)*⁶⁵.

Sobre o conceito de órgão⁶⁶ já correu muita tinta na doutrina, uma vez que o nosso CP não o define; contudo, existe consenso em torno da ideia “do desempenho de uma função”, como veremos seguidamente.

A Lei n.º 12/93, de 22 de abril (sobre a colheita e transplante de órgãos), define órgão como “uma parte diferenciada e vital do corpo humano, constituída por vários tecidos, que mantém de modo largamente autónomo a sua estrutura, vascularização e capacidade de desenvolver funções fisiológicas”.

Para Leal-Henriques/Simas Santos “órgão é uma parte ou componente de um corpo organizado, que tem uma função particular (...). Trata-se, pois, de uma parte diferenciada de um organismo, adaptada para o desempenho de uma função”⁶⁷.

Já Paulo Pinto de Albuquerque define órgão “como uma parte (interna ou externa) autónoma do corpo humano, com uma função específica (por exemplo, o órgão auditivo ou visual)”⁶⁸.

Assim, pode concluir-se que existe consenso em torno da ideia de que o órgão é uma parte integrante do corpo humano que desempenha uma função específica. No entanto, não podemos deixar de questionar se este conceito é o mais adequado tendo em conta que se levanta o problema de saber se os órgãos que não sejam funcionais, total ou parcialmente, são abrangidos por esta definição “funcional” de órgão. Isto é, devemos considerar que há privação de um órgão importante no caso de um invisual ficar sem um olho? Ou no caso de um míope ficar com a sua visão totalmente afetada? Em ambas a

⁶³ Ac. TRL 31/01/2007, Proc. 5335/2006-5, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁴ Ac. STJ 04/11/2015, Proc. 1390/05.4TDLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁵ Ac. STJ 14/11/1984, Proc. 037495, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁶ Consultar o Anexo I relativo aos órgãos do corpo humano.

⁶⁷ Simas Santos & Leal-Henriques, 2023, p. 226.

⁶⁸ Albuquerque, 2007, p. 440.

situação a funcionalidade principal do órgão está prejudicada, total ou parcialmente, razão pela qual se interroga se estes órgãos, anatomicamente falando, devem ser considerados órgãos ou não e qual o seu tratamento a nível jurídico⁶⁹.

Esta mesma questão, do conceito de órgão, também se suscita quanto ao problema da privação de órgãos duplos, o qual é fonte de divergência na doutrina, dado que há quem defenda que apenas existe privação do órgão no caso de remoção do par, por entenderem que o conceito de órgão apenas está preenchido, nestes casos, relativamente aos “dois tecidos” que formam o chamado “órgão duplo”. Assim, será relevante que ambos os “tecidos do órgão duplo” funcionem por igual? E os casos excecionais das pessoas que nascem sem um dos “tecidos do órgão duplo” ou que apenas têm um deles ou em que apenas um dos “tecidos” funciona? Nestes casos, um dos tecidos já preenche o conceito de órgão?⁷⁰

Relativamente ao conceito de membro⁷¹, o mesmo não levanta grandes dúvidas na nossa ordem jurídica.

Para Leal-Henriques/Simas Santos “entende-se por membro qualquer dos apêndices do tronco, vocacionados para a realização das funções de relação”⁷².

Já para Paulo Pinto de Albuquerque “o membro é uma parte externa do corpo humano com ele relacionada por articulações (por exemplo, os braços e as pernas)”⁷³.

2.3 O que torna um membro ou órgão importante?

“Atenta a função no conjunto do organismo, o órgão ou membro passa a ser ‘importante’ quando a sua perda afeta a vida de uma pessoa de forma relevante”⁷⁴, contudo, não podemos enquadrar neste conceito a perda de órgãos vitais⁷⁵, dado que passaríamos a estar no âmbito do crime de homicídio.

A grande questão, e que tem despoletado discussão na doutrina, é saber qual o critério orientador que devemos aplicar para determinar a importância de um órgão ou membro⁷⁶. Assim sendo, surgem na doutrina três teses (objetiva, subjetiva e mista) com o intuito de dar resposta a esta questão controvertida.

A Comissão Revisora discutiu o qualificativo “importante” e ficou a constar nas Atas de 1993 a posição do Conselheiro Sousa e Brito, segundo a qual “as lesões previstas

⁶⁹ Estas questões serão aprofundadas no Cap. 4.

⁷⁰ Estas questões serão aprofundadas no Cap. 4.

⁷¹ Consultar Anexo II relativo aos membros do corpo humano.

⁷² Simas Santos & Leal-Henriques, 2023, pp. 226-227.

⁷³ Albuquerque, 2022, p. 625.

⁷⁴ Garcia & Catela Rio, 2018, p. 657.

⁷⁵ Deve entender-se como órgão vital aquele órgão que é imprescindível para a vida.

⁷⁶ Cunha, 2017, p. 49.

na alínea devem ser entendidas em sentido amplo”, sendo que a privação do dedo de um pianista preenche o conceito de membro importante⁷⁷.

Segundo o critério objetivo devemos atender às funções e regras gerais da vida e do dia-a-dia, ou seja, apenas é importante o órgão ou membro que seja relevante para o desempenho das funções quotidianas sem ter em consideração fatores individuais, tais como a profissão; a título de exemplo: “não deve ser considerado membro importante o dedo mais pequeno da mão, mesmo que a vítima seja pianista ou estenógrafo. Tal membro não é essencial para os desempenhos gerais da vida quotidiana – mas já o é a mão ou os dedos polegar e indicador”⁷⁸.

Augusto Silva Dias é defensor desta tese e entende que “a preservação de funções sociais específicas, como a profissão da vítima” apenas releva “no âmbito da al. b), nomeadamente na parte em que se refere à afetação da capacidade de trabalho”⁷⁹.

Já o critério subjetivo⁸⁰ defende que se deve ter em consideração a situação concreta da vítima, isto é, fatores de natureza individual, tais como incapacidade, diminuição específica, ou qualidades extracorporais (trabalho ou profissão da vítima)⁸¹.

Para Augusto Silva Dias a adoção desta posição “pode levar a soluções inaceitáveis”, tais como “não considerar privação de um membro importante o caso de um sujeito que serra um pé a um tetraplégico, pois a vítima não faz uso do membro”⁸².

Paulo Pinto de Albuquerque defende a utilização do critério misto (objetivo-subjetivo), isto é, “a importância é um conceito relativo”, motivo pelo qual o critério deve ter em consideração a função orgânica que o membro e o órgão desempenham e as “características pessoais e da vida profissional da vítima”⁸³.

“Por exemplo são importantes os dedos de um pianista, o osso da calote craniana, o baço e o rim ou um olho. Mas não é importante o terço superior da orelha sem que a respetiva ablação afete o aparelho auditivo”⁸⁴.

Tendo em consideração as posições expostas, e refletindo sobre elas, podemos concluir que todas as teses defendidas para a determinação da importância do órgão, por muito divergentes que aparentem ser, acabam por dar relevância a fatores relativos à individualidade da vítima.

Analisando *a ratio* da tese objetiva, à primeira vista leva-nos para o campo oposto ao da tese subjetiva visto que dá a entender que defende um padrão geral de órgão/membro importante, como retiramos do exemplo do dedo mindinho, o qual não

⁷⁷ Santos & Freitas, 2018, p. 239.

⁷⁸ Silva Dias, 2007, p. 101.

⁷⁹ Silva Dias, 2007, pp. 101-102.

⁸⁰ Critério defendido pela maioria da doutrina, nomeadamente, por Paula Ribeiro Faria.

⁸¹ Faria, 2012, pp. 340-341.

⁸² Silva Dias, 2007, p. 102.

⁸³ Albuquerque, 2022, p. 625.

⁸⁴ Albuquerque, 2022, p. 625.

preenche o conceito de membro importante para todas as pessoas independentemente da sua profissão.

Daqui, extraímos que não são todos os órgãos/membros importantes, mas apenas um grupo restrito para o qual o fator individual profissão não deverá ser tido em conta.

Por conseguinte, concordamos com a parte defendida por esta tese relativa às capacidades extracorporais (trabalho ou profissão) as quais devem ser enquadradas na al. b) no tocante à capacidade de trabalho.

Segundo esta tese, o órgão será importante se for relevante para as funções do dia-a-dia sem ter em consideração fatores individuais; ora, em nosso entender, este critério é contraditório e leva-nos, inevitavelmente, para o campo da individualidade.

Esta tese tenta ser objetiva e não cair na individualidade como a tese subjetiva; contudo, as funções quotidianas de uma pessoa não devem ser consideradas como um conceito genérico porque variam de indivíduo para indivíduo. Isto é, o quotidiano é muito subjetivo, visto que é, diretamente, influenciado pelo estado físico e psicológico da vítima, a sua idade e o seu estado de saúde, motivo pelo qual este termo está intimamente ligado aos fatores individuais de (in)capacidade e diminuição específica, não podendo ser utilizado sem os ter em consideração.

A título de exemplo: o quotidiano de um paraplégico é diferente do quotidiano de um jovem saudável, uma vez que este utiliza os membros inferiores para a sua mobilidade e equilíbrio, o que não acontece com o paraplégico. Assim sendo, à luz desta tese “a função do dia-a-dia sem ter em conta fatores individuais” seria genericamente a mobilidade, ora, como o paraplégico não consegue executar essa função, devemos considerar que a privação de uma das suas pernas preenche o conceito de membro importante? A mesma questão se levanta relativamente à situação dos invisuais *vs.* os que possuem acuidade visual.

Assim sendo, questionamos se será possível estabelecer um critério ou conjunto de critérios que ajudem na classificação de órgão/membro como importante e que sejam universais/transversais a todas as pessoas sem entrar no campo da individualidade, campo este que poderá vir a ser relevante na determinação da medida da pena⁸⁵, e na al. b) do art. 144.º do CP.

⁸⁵ Estas questões serão aprofundadas no Cap. 4.

2.3.1 Jurisprudência portuguesa

Os casos paradigmáticos na nossa jurisprudência são relativos ao baço⁸⁶, aos dentes⁸⁷, ao crânio⁸⁸, aos olhos⁸⁹ e ao pavilhão auricular⁹⁰, os quais já foram debatidos na doutrina. Ultimamente, a aplicação do art. 144.º, a) do CP tem sido feita por conjugação com o crime de ofensa à integridade física qualificada ou o crime de ofensa à integridade física negligente grave.

Atualmente, existe unanimidade sobre a importância e a relevância do baço para a saúde, motivo pelo qual se considera um órgão importante nos termos do art. 144.º, a) do CP, tal como podemos constatar na seguinte citação:

A ausência do baço “predispõe a complicações infecciosas graves”, sendo pois correto afirmar como se escreveu no Ac. desta Relação de 26/4/2006, que o baço tem uma “primordial função imunológica, protegendo o corpo contra infeções por germes capsulados” e citando Harrison (...) “Os indivíduos submetidos a esplenectomia apresentam risco aumentado de sépsis por uma variedade por microrganismos, incluindo pneumococos e Haemophilus influenzae. É necessário administrar vacinas contra esses agentes antes da realização de esplenectomia. (...) Daqui decorre e com o devido respeito por posição contrária, a primordial importância funcional do baço no organismo humano, e que a sua perda afeta a vida de uma pessoa de forma relevante, ainda que venham a ser compensadas através da administração de vacinas. Para além das funções imunitárias têm-se acentuado também as funções a nível da circulação sanguínea quer pela quantidade quer pela qualidade do sangue. (...) O baço produz, controla, armazena e destrói células sanguíneas. (...) O baço funciona como dois órgãos. A polpa branca é parte do sistema de defesa (imunitária) e a polpa vermelha elimina os materiais de eliminação do sangue, como os glóbulos vermelhos defeituosos⁹¹.

Já os dentes, apesar de serem considerados órgãos, não se enquadram no conceito de órgão importante segundo a nossa jurisprudência, tal como retiramos da seguinte citação:

⁸⁶ Ac. TRP de 26/04/2006, Proc. 0516984; Ac. STJ de 14/11/84, disponível em *BMJ* 341, p. 218; Ac. STJ 26/02/2020, Proc. 212/13.7GBPBL.C1.S1; Ac. TRP 08/03/2017, Proc. 324/14.OPAGDM.P2.P1 e Ac. TRP 11/02/2015, Proc. 6432/12.4TAVNG.P1, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁸⁷ Ac. TRL 24/02/2016. Proc. 368/13.9PBPD.L1-3; Ac. STJ 17/11/1993, Proc. 043370, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁸⁸ Ac. TRG 13/09/2021, Proc. 85/16.8GCVRL.G1; Ac. TRP 08/02/2023, Proc. 282/17.9PCMTS.P1, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁸⁹ Ac. TRL 06/02/2007, Proc. 10011/2006-5; Ac. TRL 10/04/2018 Proc. 2424/12.1TAALM.L1-5, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁹⁰ Ac. STJ 29/01/1997, Proc. 043370; Ac. STJ 18/01/2007, Proc. 06P4055, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁹¹ Ac. TRP 08/03/2017, Proc. 324/14.OPAGDM.P2.P1, disponível em www.dgsi.pt.

É ponto assente e pacífico que os dentes não se enquadram na previsão do conceito que o legislador quis atribuir à expressão “importante órgão ou membro”; apesar de tudo no corpo humano ter uma função específica e ser necessário para o bem-estar de cada um, a verdade é que há de facto órgãos, como os olhos, pernas e braços, que ainda que a vítima possa viver sem eles, a verdade é que a afectação é nestes casos de muito maior gravidade, permanente e sem uma solução fácil. Ao invés, a falta de 3 dentes naturais, pode facilmente ser suprida com a medicina actual, sem grandes sacrifícios e sem custos elevados, deixando praticamente imperceptível a terceiros, se os dentes são naturais ou artificiais⁹².

Relativamente à ablação do pavilhão auricular, nem sempre é fácil traçar a fronteira entre a gravidade ou não das lesões, tal como retiramos da seguinte citação:

A lesão sofrida ao nível do pavilhão auricular – de que resultou secção completa de mais de metade do mesmo – se bem que possa espelhar “uma enorme agressividade com componente físico e psicológico marcado”, nem sempre integrará a figura das ofensas corporais graves⁹³.

Portanto, a regra na nossa jurisprudência tem sido enquadrar este tipo de lesões no conceito de desfiguração⁹⁴ ou no crime de ofensa à integridade física qualificada⁹⁵.

Relativamente aos membros, os casos paradigmáticos na nossa jurisprudência são referentes às pernas⁹⁶ e aos dedos, sendo que, tem-se entendido que nem todos os dedos são iguais, os dedos 4.º e 5.º não são considerados importantes e na nossa jurisprudência as lesões a estes dedos acabam por ser enquadradas nos conceitos de desfiguração e afetação da capacidade para o trabalho⁹⁷. Contudo, constata-se, mais uma vez, que não existe um critério uniforme para a determinação de membro importante, tal como retiramos da seguinte citação:

A jurisprudência dos tribunais superiores reconheceu, no Acórdão da Relação de Lisboa, de 26/11/1986, como grave a amputação de um dedo – constitutiva de aleijão, criadora de prejuízo estético e redutora, por forma grave, da potência funcional da mão. Mas a Relação do Porto, em Acórdão de 05/02/1986, negou que uma situação de ablação parcial da rótula, sem acarretar redução considerável e relevante da função normal do respetivo órgão. Em ambas as decisões se pode verificar a gravidade da lesão aferida

⁹² Ac. TRL 24/02/2016, Proc. 368/13.9BPDL.L1-3, disponível em www.dgsi.pt.

⁹³ Garcia & Catela Rio, 2018, p. 657

⁹⁴ Ac. TRP 26/02/2006, Proc. 0544169, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁵ Ac. STJ 18/01/2007, Proc. 06P4055, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁶ Ac. TRL 07/09/2022, Proc. 901/19.2PBOER.L1-3, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁷ Ac. TRP 22/09/2021, Proc. 73/16.4MBMTS.P1; Ac. STJ 08/01/2014, Proc. 124/10.6JBLSB.E1.S1, disponíveis em www.dgsi.pt.

em função da perda de capacidade que a falta do órgão ou do membro implica⁹⁸.

2.4 Consumação vs. tentativa

2.4.1 Consumação

“Designa-se por *iter criminis* a conduta do agente, em parte mental e em parte física, que vai desde a decisão de cometer o crime até à sua consumação”⁹⁹.

Contudo, nem sempre se aplicam as várias fases¹⁰⁰ do *iter criminis*, sendo exemplo disso os crimes formais/de mera atividade e os crimes negligentes.

Por regra, as incriminações apenas se aplicam aos crimes consumados; no entanto, o legislador previu o seu alargamento à tentativa e aos atos preparatórios^{101 e 102}.

Podemos definir crime consumado como “o crime ‘perfeito’, ou seja, “o crime realizado em plena conformidade com o tipo legal incriminador”¹⁰³. Contudo, é necessário fazer a distinção entre consumação formal e consumação material. A primeira consiste no preenchimento dos elementos do tipo, independentemente do resultado obtido; já a segunda consiste na lesão efetiva do bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora¹⁰⁴.

Nos crimes de resultado ou materiais a consumação do crime coincide com a verificação do dano¹⁰⁵, já nos crimes de perigo, a consumação coincide com a criação da situação de perigo.

2.4.2 Tentativa

Segundo o art. 22.º do CP, a tentativa define-se “como a prática de actos de execução de um crime que o agente decidiu cometer sem que ele se chegue a consumir”¹⁰⁶.

Nas palavras de Germano Marques da Silva “a tentativa é a realização incompleta do comportamento típico de um determinado tipo legal de crime”¹⁰⁷. E, como refere

⁹⁸ Silva F. , 2017, p. 247.

⁹⁹ Silva G. M., 2015, p. 305.

¹⁰⁰ “O *iter criminis*, que se inicia no foro interno com a decisão de cometer o crime (*cogitatio*), seguindo-se a preparação (*conatus remotus*) com a qual o agente obtém os meios e predispõe modos e ocasião para praticar o crime, vindo depois a execução (*conatus proximus*), que consiste na prática dos actos que, quando todos realizados, são suficientes para provocar o resultado (*meta optata*)”, cf. Silva G. M., 2015, p. 306.

¹⁰¹ A regra é a de que os atos preparatórios não são puníveis, cf. art. 21.º do CP.

¹⁰² Silva G. M., 2015, p. 306.

¹⁰³ Silva G. M., 2015, p. 306.

¹⁰⁴ Figueiredo Dias, 2019, p. 805.

¹⁰⁵ Figueiredo Dias, Direito Penal – Parte Geral, 2019, pp. 805-806.

¹⁰⁶ Faria, 2017, p. 225.

¹⁰⁷ Silva G. M., 2015, p. 314.

Cavaleiro Ferreira, “a tentativa é um crime imperfeito em relação ao crime consumado porque há aí uma deficiência na estrutura essencial do facto ilícito”¹⁰⁸.

Para estarmos perante uma tentativa é necessário que se preencham os seguintes “elementos do tipo”: (i) elemento subjetivo que consiste na existência de dolo (intenção de cometer o crime) e o (ii) elemento objetivo que se subdivide no elemento positivo (“prática de atos de execução”) e negativo (“não verificação do resultado pretendido por circunstâncias alheias à vontade do agente”)¹⁰⁹.

A doutrina entende que a tentativa é um “tipo ideal”, uma vez que resulta da conjugação dos arts. 22.º e 23.º do CP (normas da Parte Geral do CP) com as normas da Parte Especial do CP e dos casos previstos no próprio artigo^{110 e 111}.

O ordenamento jurídico português, no seu art. 23.º do CP, estabelece que a tentativa é punível nos casos em que o crime consumado tem pena de prisão superior a três anos, salvo disposição em contrário estabelecida na norma incriminadora¹¹². É importante referir que há situações excecionais em que a lei equipara a tentativa à consumação¹¹³ e casos em que não é possível falar-se em tentativa¹¹⁴.

É indispensável fazer a distinção entre tentativa acabada e inacabada. A tentativa acabada consiste na prática de todos os atos de execução imprescindíveis à consumação do crime; por seu lado, a tentativa inacabada consiste na prática incompleta dos atos de execução necessários à consumação do crime ^{115 e 116}.

O art. 24.º do CP prevê a não punibilidade da tentativa, por desistência ativa do agente. No caso da tentativa acabada (2.ª hipótese prevista no n.º 1), só o impedimento da consumação por parte do agente o isenta de punição. Para que tal suceda é, porém, necessário que ele desenvolva uma conduta própria e espontânea, embora eventualmente com a colaboração de terceiros, a seu pedido, que seja idónea a evitar a consumação, e que esta efetivamente ocorra. O agente deve, pois, para ser considerado desistente e beneficiar da impunidade, dominar, ou, no mínimo, condominar o processo

¹⁰⁸ Citado por Eiras & Fortes, 2010, p. 734.

¹⁰⁹ Eiras & Fortes, 2010, p. 734 e Figueiredo Dias, 2019, pp. 807 e ss.

¹¹⁰ Tem-se defendido na doutrina diversos critérios para justificar a punibilidade da tentativa cf. Figueiredo Dias, Direito Penal – Parte Geral, 2019, pp. 807-814.

¹¹¹ “No plano normativo, a tentativa constitui um título autónomo de crime, caracterizado por um perfil ofensivo que lhe é próprio (perigo), embora conservando o mesmo *nomen juris* do crime consumado a que se refere e de que constitui execução imperfeita, ou porque a execução não foi completa ou porque sendo a execução completa se frustrou o resultado”, cf. Silva G. M., 2015, p. 320.

¹¹² “Neste aspecto, a lei portuguesa está em harmonia com a teoria objetiva”, cf. Eiras & Fortes, 2010, p. 735.

¹¹³ Um exemplo disto é nos chamados crimes de atentado/empreendimento, como por exemplo o tráfico de estupefacientes.

¹¹⁴ “Nos crimes unisubsistentes, nos crimes habituais, nos crimes omissivos próprios, nos crimes preterintencionais, no crime de atentado e, em geral, nos crimes que a lei só pune se ocorrer o resultado”, cf. Eiras & Fortes, 2010, p. 734 e Cunha, 2017.

¹¹⁵ Faria, 2017, p. 249.

¹¹⁶ São exemplo de tentativas impossíveis a “inexistência do objeto essencial à consumação do crime”, “inaptidão do meio” e inidoneidade do sujeito” cf. Faria, 2017, pp. 322-323.

*de salvamento do bem jurídico ameaçado pela sua conduta. Por sua vez, o n.º 2 do mesmo artigo admite ainda a não punibilidade da tentativa quando a não consumação do crime tiver resultado de facto não imputável ao agente, ou seja, quando a conduta deste não tiver sido causal do impedimento da consumação. Todavia, neste caso, a lei exige que ele se tenha esforçado seriamente por evitar a consumação*¹¹⁷.

2.4.3 Tentativa no crime de ofensa à integridade física grave al. a)

Como já se referiu anteriormente, é discutido na doutrina se o implante de órgão/membro extirpado e, posteriormente, recolocado (num curto espaço de tempo) afasta ou não o preenchimento do tipo.

Há doutrina¹¹⁸ que defende que a recolocação do órgão/membro num curto período de temporal afasta o preenchimento do tipo, podendo a situação ser enquadrada na forma tentada do crime de ofensa à integridade física grave por privação de órgão ou membro importante¹¹⁹.

Consideramos que esta questão controvertida não poderá ser resolvida por esta posição e, com o intuito de alcançar uma solução, por nós reputada como favorável, entendemos que o mais correto é começar por analisar minuciosamente a primeira parte da al. a) do art. 144.º do CP, à qual dedicaremos o Cap. 4 desta dissertação.

Porém, esta questão controvertida não é a única que, em nosso entender, se levanta em relação à tentativa. Como sabemos, as várias alíneas do art. 144.º podem ser aplicadas em simultâneo e é inevitável, a nosso ver, correlacionar os conceitos. Porém, interrogamo-nos sobre a possibilidade do concurso de crimes entre as várias alíneas do art. 144.º, quando umas integram a forma tentada e outras a consumada.

Como facilmente se verifica, a al. b) do art. 144.º do CP (“Tirar-lhe ou afectar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem”) está intimamente relacionada com a privação de órgão/membro, podendo dizer-se que, de certa forma, se complementam. Motivo pelo qual nos causa estranheza e sentimos dificuldade em traçar a fronteira entre a tentativa da al. a) e a consumação da al. b).

Vejamos um exemplo para assim podermos explicitar melhor a problemática em causa: A tem a intenção de cortar a mão de B, sendo que para alcançar o fim desejado comprou uma serra e aprisionou o B a uma cadeira para poder proceder ao corte da mão

¹¹⁷ Ac. STJ 18/04/2012, Proc. 274/10.9JACBR.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁸ Faria, 1999, pp. 225-226; Faria, 2012, p. 342 e Silva Dias, 2007, p. 102.

¹¹⁹ Para esta doutrina, se a ofensa for negligente, não há tentativa; assim, só poderíamos punir pelas ofensas simples por negligência, nos termos do Art. 148.º, n.º 1, CP.

na zona do punho, contudo, por questões alheias à sua vontade, não consegue chegar à privação do membro, ficando pela lesão deste. Em consequência direta desta conduta, o **B** vê a sua capacidade de trabalho gravemente afetada, bem como a possibilidade de utilizar o seu corpo.

No caso em apreço, é notório que não houve privação do membro, motivo pelo qual a situação não se pode enquadrar no crime consumado do art. 144.º, al. a) do CP; contudo, estão preenchidos todos os requisitos para o seu enquadramento no crime tentado. Mas, por outro lado, também se encontram preenchidos os requisitos da al. b) do mesmo artigo. Devemos apenas considerar que se encontra preenchido o crime de ofensas à integridade física grave por preenchimento da al. b) e desconsiderar a tentativa ou considerar que estamos perante um concurso aparente de crimes ou devemos entender que estamos perante um concurso efetivo de crimes e punir o agente pela tentativa da ofensa à integridade física grave relativamente à privação de membro importante e pelo crime de ofensa à integridade física grave por ter tirado ou afetado, de maneira grave, a capacidade de trabalho, a possibilidade de utilizar o corpo e os sentidos? *Quid iuris?*

Tendo por base os ensinamentos de Figueiredo Dias e Paula Faria¹²⁰, consideramos que estamos perante um concurso aparente de crimes, devendo aplicar-se o crime de ofensa à integridade física grave consumado pela al. b) por entendermos que este seria o “ilícito dominante”. Uma vez que, no caso em análise, a conduta ilícita preenche várias alíneas da norma típica, as quais, por seu turno, se conexionam, convergem ou são parcialmente coincidentes, motivo pelo qual “se deve concluir que aquele comportamento é dominado por um único sentido de desvalor jurídico-social”¹²¹. Ou seja, basta o preenchimento de uma das alíneas do art. 144.º do CP para estarmos perante o ilícito típico, o preenchimento de mais do que uma alínea (na forma consumada ou tentada) não transforma a conduta numa pluralidade de crimes, mas sim numa unidade e será consumida pelo “ilícito dominante”.

A nosso ver, punir por concurso efetivo seria excessivo; por um lado, porque no caso em análise apenas há o preenchimento de duas alíneas de uma norma típica e não uma pluralidade de crimes “efetivamente cometidos”. Por outro lado, haveria uma dupla valoração o que levaria à violação do princípio *ne bis in idem*.

¹²⁰ Para mais aprofundamentos sobre este tema consultar Figueiredo Dias, 2019, pp. 1175-1192 e Faria, 2017, pp. 371-395.

¹²¹ Figueiredo Dias, 2019, p. 1174.

3. Breve análise do ordenamento jurídico espanhol

3.1 Enquadramento dos “delitos de lesiones”¹²²

O CP Espanhol¹²³ regula as ofensas à integridade física nos “artículos 147. a 156. quinquies”, os quais se encontram no Título III denominado “De las lesiones” pertencente ao Livro II referente aos “Delitos y sus penas”.

“El delito de lesiones establecido por el Código Penal”¹²⁴ tem como intuito sancionar os danos corporais, físicos e mentais causados a terceiros. A legislação espanhola estabelece diferentes tipos de lesões dado que os danos causados e seus efeitos não são iguais para todas as condutas lesivas.

A classificação do crime é feita em função do tipo de lesão por ele ocasionado podendo ser consideradas básicas, leves, graves ou muito graves¹²⁵.

“O delito básico de lesiones” encontra-se regulado no “artículo 147.1.” e, nos “apartados 2 y 3” deste artigo encontram-se tipificados os “delitos de lesiones leves” que correspondem a formas mais simples e menos graves do crime-base¹²⁶. Já o “delito de lesiones graves” encontra-se regulado nos “artículos 148. e 150.” e o “delito de lesiones muy graves” no “artículo 149.”.

Por seu turno, os “delitos de imprudência graves y menos graves” encontram-se regulados no “artículo 152.” e dizem respeito às lesões provenientes de condutas negligentes.

Tal como acontece na doutrina portuguesa, também na doutrina espanhola há divergência relativamente ao bem jurídico protegido nos “delitos de lesiones”, sendo que existem três correntes doutrinárias¹²⁷.

Parte minoritária da doutrina espanhola, defende a utilização de um critério tripartido o qual abrange a incolumidade pessoal, a saúde individual e a integridade física. Esta tese defende uma conceção ampla de lesão, entendendo que deve haver conservação total do corpo e sem ferimentos visíveis¹²⁸.

Outra parte da doutrina defende que os bens jurídicos protegidos são duplos – a saúde individual e a integridade corporal. Os autores que defendem esta posição apoiam-se na letra da lei, contudo tem recebido críticas devido ao facto de a integridade corporal estar abrangida no conceito de saúde individual pelo que não seria possível a sua proteção de maneira autónoma.

¹²² Arroyo de las Heras & Muñoz Cuesta, 1993.

¹²³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, disponível em www.boe.es.

¹²⁴ <https://www.eliasymunozabogados.com/blog/delito-lesiones-leves-graves-imprudentes-penas-multas>.

¹²⁵ <https://www.eliasymunozabogados.com/blog/delito-lesiones-leves-graves-imprudentes-penas-multas>.

¹²⁶ A análise deste artigo será realizada no ponto seguinte.

¹²⁷ Maestre, 2019, p. 12.

¹²⁸ Maestre, 2019, pp. 12 e ss.

Por último, a tese maioritária que defende que o bem jurídico protegido é a saúde individual, a qual é entendida como sendo uma vertente dupla constituída, por um lado, pela saúde física e, por outro lado, pela saúde psíquica¹²⁹.

Relativamente ao conceito de saúde individual, a doutrina distingue entre o conceito com carácter objetivo e o de natureza subjetiva¹³⁰.

A tese do conceito objetivo de saúde individual parte da ideia de que o bem jurídico protegido tem carácter relativo, isto é, é necessário ter em consideração as características individuais de cada sujeito e que nem todos são iguais. Esta tese defende um conceito amplo de saúde individual, o qual abarca o bom funcionamento do corpo tanto a nível físico como mental¹³¹. Assim sendo, consideram que há lesões quando o organismo funciona de maneira anormal por causa de uma doença ou diminuição funcional (ex: perda de um membro)¹³².

A tese do conceito subjetivo de saúde individual defende que o titular do direito é quem deve definir o que entende por saúde uma vez que as características principais deste bem jurídico são a sua disponibilidade e o seu carácter personalíssimo¹³³.

3.2 O “artículo 147.” como o crime-base do CP Espanhol¹³⁴

Artículo 147.

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

¹²⁹ Maestre, 2019, pp. 12 e ss.

¹³⁰ Maestre, 2019, pp. 12 e ss.

¹³¹ “En conclusión, podemos determinar que el concepto subjetivo de la salud, debemos entenderlo por bienestar físico, psíquico y social, es el de la OMS, pero la diferencia se manifiesta porque es el sujeto el que establece su contenido”. Cf. Maestre, 2019, pp. 12 e ss.

¹³² Maestre, 2019, pp. 12 e ss.

¹³³ Maestre, 2019, pp. 12 e ss.

¹³⁴ Calderón Cerezo & Choclán Montalvo, 2005, pp. 278 e ss.

*4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*¹³⁵

O “artículo 147.1.” corresponde ao tipo básico e é neste artigo que se define o crime-base de ofensas corporais. Para estarmos perante uma ofensa corporal é necessário que o agente, através de qualquer meio, cause a um terceiro uma lesão que provoque dano na sua integridade corporal, saúde física ou mental. No entanto, é necessário que esta lesão necessite de uma primeira assistência/intervenção facultativa feita por profissionais de saúde, ou de tratamento médico ou cirúrgico para a sua cura, ficando excluída a simples vigilância da mesma.

Por primeira assistência/intervenção facultativa feita por profissionais de saúde deve entender-se como os primeiros cuidados prestados ao ofendido pelos profissionais de saúde tais como observação da lesão, diagnósticos, prognósticos e eventuais curativos da mesma¹³⁶.

A moldura penal abstrata estabelecida para este tipo de crime é de três meses a três anos de pena de prisão ou de seis meses a doze meses de pena de multa.

No “artículo 147.2.” encontramos os chamados “delitos de lesiones leves” uma vez que é “uma modalidade” mais simples e menos grave do crime-base. Neste “apartado” encontram-se reguladas aquelas lesões, fruto da agressão, que não são alvo de tratamento médico ou cirúrgico para a sua cura. Para estes casos a moldura penal abstrata é de um a três meses de pena de multa.

Também o “artículo 147.3.” é referente aos “delitos de lesiones leves”, no entanto, aplica-se agressões ou maus-tratos no âmbito familiar que não causem lesões. Para estes casos a moldura penal abstrata é de um a dois meses de pena de multa.

3.3 “Delito de lesiones muy graves”

3.3.1 O “artículo 149.” do CP Espanhol

Artículo 149.

- 1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.*
- 2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial*

¹³⁵ Cf. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, disponível em www.boe.es.

¹³⁶ Espinoza, 2010, p. 261.

*protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.*¹³⁷

O “artículo 149.1.” do CP Espanhol é muito parecido ao nosso art. 144.º do CP e, tendo em conta a temática da dissertação apenas vamos analisar o “apartado 1” deste artigo.

À semelhança do nosso ordenamento jurídico, para haver punição pelo “delito de lesiones muy graves” é necessário que se encontrem preenchidos os elementos objetivo e subjetivo do tipo.

Começando pelo elemento subjetivo, importa desde já referir que o seu preenchimento é semelhante ao que acontece no ordenamento jurídico português. Portanto, é necessário que exista dolo por parte do agente, sendo que o dolo eventual é suficiente¹³⁸.

Relativamente ao elemento objetivo é necessário que o agente através de qualquer meio ou procedimento cause, pelo menos um, dos seguintes resultados: (i) perda ou inutilização de um órgão/membro principal ou de um sentido, (ii) causar a impotência ou esterilidade, (iii) deformação grave e (iv) doença somática ou psíquica grave.

Por conseguinte, se os elementos do tipo se encontrarem preenchidos estaremos perante um “delito muy grave de lesiones” cuja moldura penal abstrata é de seis a dozes anos de pena de prisão.

3.3.2 Perda ou inutilização de um órgão ou membro principal

Devemos entender por inutilização do órgão ou membro quando este perde as suas próprias funções, isto é, quando existe grande dificuldade ou impossibilidade de utilizar o órgão/membro havendo equiparação entre a sua perda material e a sua perda funcional¹³⁹ e ¹⁴⁰. De referir que esta inutilização do órgão ou membro não necessita de ser total, bastando para o preenchimento do tipo objetivo a inutilização parcial do mesmo¹⁴¹.

Segundo o Dicionário de Língua Espanhola da Real Academia¹⁴² podemos definir membro como qualquer extremidade do homem ou animal que é articulada com o tronco

¹³⁷ Cf. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, disponível em www.boe.es.

¹³⁸ Cf. STS 10/10/2006, n.º de resolução 936/2006; STS 22/12/2006, n.º de resolução 1278/2006, disponíveis em www.poderjudicial.es.

¹³⁹ Espinoza, 2010, p. 473.

¹⁴⁰ STS 14/10/2002, n.º de resolução 1696/2002, disponível em www.poderjudicial.es,

¹⁴¹ STS 25/06/1984, n.º resolução 663/1984; STS 25/02/1986, n.º resolução 265/1986, disponíveis em www.poderjudicial.es.

¹⁴² <https://dle.rae.es/>.

e órgão como qualquer parte do corpo animal ou vegetal que exerce uma determinada função. Por seu turno, a jurisprudência espanhola “ha realizado la distinción de forma casuística, aunque en principio parece que la referencia a órganos debe de entenderse a partes internas del cuerpo humano, con funciones propias”¹⁴³.

Questão que tem criado divergência doutrinal e jurisprudencial é a definição de órgão ou membro principal e não principal.

A jurisprudência maioritária tem defendido que o membro/órgão é toda a extremidade ou órgão externo/interno do corpo humano que possui uma atividade funcional independente e relevante para a vida, para a saúde e para o normal desenvolvimento da pessoa. Já o membro/órgão não principal é aquele que, apesar de ser semelhante ao principal, não tem autonomia, na medida em que se encontra ao serviço de outros membros ou órgãos principais e é dispensável para a vida ou saúde completa do sujeito, porém, a sua perda constitui uma deficiência anatómico-fisiológica¹⁴⁴.

3.3.3 O “artículo 150.” do CP Espanhol

Artículo 150.

*El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.*¹⁴⁵

O “artículo 150.” pune as “lesiones graves” que não se enquadrem no artigo anterior. Assim sendo, é necessário que exista dolo¹⁴⁶ e que a conduta do agente cause a um terceiro perda ou inutilidade de um órgão/membro não principal ou a sua deformidade. A moldura penal abstrata prevista para este crime é de três a seis anos de pena de prisão. Comparando com o anterior artigo, notamos que houve uma diminuição da moldura penal sendo que a justificação para dita alteração reside no facto de o bem lesado ser um órgão ou um membro não principal o que se enquadra nas “lesiones graves” e não, como no artigo anterior, nas “lesiones muy graves”.

Como já referimos anteriormente, devemos entender como membro não principal aquele que, apesar de ser semelhante ao principal, não tem autonomia, na medida em que se encontra ao serviço de outros membros ou órgãos principais e é

¹⁴³ Espinoza, 2010, p. 473.

¹⁴⁴ STS 15/06/1992, n.º de resolução 1912/1990, STS 14/10/2002, n.º de resolução 1696/2002, disponíveis em www.poderjudicial.es.

¹⁴⁵ Cf. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP disponível em www.boe.es.

¹⁴⁶ Também aqui é suficiente que haja dolo eventual.

dispensável para a vida ou saúde completa do sujeito, porém, a sua perda constitui uma deficiência anatômico-fisiológica¹⁴⁷.

3.3.4 Jurisprudência

A jurisprudência espanhola tem considerado como órgãos principais os olhos¹⁴⁸, os ouvidos¹⁴⁹ e os rins¹⁵⁰; como membros principais a mão¹⁵¹, o braço¹⁵², o pé e o tornozelo¹⁵³.

Segundo o Supremo Tribunal espanhol, o olho é considerado um órgão principal e nos casos em que a sua função se vê parcialmente afetada é necessário que a perda da visão seja mais de 50% da sua capacidade para se preencher o conceito de inutilidade ou perda¹⁵⁴.

Os casos paradigmáticos de órgãos/membros não principais na jurisprudência espanhola são: vesícula biliar¹⁵⁵, baço¹⁵⁶, testículos¹⁵⁷, peças dentárias¹⁵⁸, ombros¹⁵⁹ e dedos¹⁶⁰.

Relativamente aos dedos importa referir que a impotência funcional de um deles, a sua perda ou de alguma das suas falanges preenchem o conceito de membro não principal, porém, quando há afetação grave ou substancial da funcionalidade da mão como membro autónomo estamos perante uma inutilidade de um membro principal, o qual está regulado no artigo anterior¹⁶¹.

No caso dos testículos, o entendimento é de que existe perda ou inutilidade de um órgão principal quando há afetação de ambos os testículos¹⁶². No caso de haver apenas lesão de um, estamos perante uma perda ou inutilidade de um órgão não principal¹⁶³.

Por último, tem sido regra na jurisprudência espanhola considerar que a perda de uma peça dentária se enquadra no conceito órgão não principal. Contudo, há casos

¹⁴⁷ STS 15/06/1992, n.º de resolução 1912/1990; STS 14/10/2002, n.º de resolução 1696/2002, disponíveis em www.poderjudicial.es.

¹⁴⁸ STS 08/03/2002, n.º de resolução 402/2002, disponível em www.poderjudicial.es

¹⁴⁹ <https://www.iberley.es/temas/delito-lesiones-perdida-miembro-no-principal-63569> e STS 21/06/1991, n.º de resolução 9474/1991 disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁵⁰ STS 13/11/1981, n.º de resolução 4715/1981, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁵¹ STS 24/09/2002, n.º de resolução 1541/2002, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁵² STS 08/03/2002, n.º de resolução 402/2002, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁵³ STS 14/10/2002, n.º de resolução 1692/2002, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁵⁴ STS 08/03/2002, n.º de resolução 402/2002, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁵⁵ STS 15/06/1992, n.º de resolução 1912/1990, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁵⁶ SAP Málaga 15/05/2018, n.º de resolução 351/2018, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁵⁷ STS 16/05/1986, n.º de resolução 10407/1986, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁵⁸ STS 02/04/2019, n.º de resolução 184/2019, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁵⁹ STS 05/10/2004, n.º de resolução 1096/2004, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁶⁰ SAP Madrid 06/03/2006, n.º de resolução 81/2006, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁶¹ SAP Madrid 06/03/2006, n.º de resolução 81/2006, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁶² É uma situação excecional dado que para os restantes órgãos duplos (olhos, ouvidos, pulmões e rins) a lesão de um deles preenche o conceito de perda ou inutilidade de um órgão principal.

¹⁶³ STS 16/05/1986, n.º de resolução 10407/1986, disponível em www.poderjudicial.es.

em que a perda de peças dentárias não preenche o “artículo 150.”, mas sim o “delito básico de lesiones”, como podemos constatar na seguinte citação:

*(...) este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. Por lo que, habrá de analizarse caso a caso, pero a partir de la premisa general sentada en el acuerdo de que la pérdida dentaria es ordinariamente subsumible en el artículo 150 CP.*¹⁶⁴

3.3.5 Considerações finais

Tendo em consideração o exposto, verificámos que o ordenamento jurídico espanhol apresenta algumas diferenças relativamente ao ordenamento jurídico português, tais como a existência de diferentes graus (leves, graves e muito graves) de ofensas a que correspondem diferentes molduras penais; bem como, a tutela expressa e individualizada da integridade psicológica¹⁶⁵.

Também, verificámos que a jurisprudência, em alguns aspetos, defende soluções similares às defendidas no ordenamento jurídico português, como por exemplo, no caso dos dentes.

Podemos já adiantar que o sistema adotado pelo ordenamento jurídico espanhol nos parece muito atrativo e benéfico, contudo, o problema da definição de órgão/membro principal e não principal assemelha-se ao problema do conceito de órgão/membro importante existente no nosso ordenamento jurídico.

Assim sendo, questionamo-nos se o ordenamento jurídico português deveria continuar inalterado e apenas serem estabelecidos melhores critérios orientadores para a determinação do conceito de órgão/membro importante ou se deveria ser reformulado e criado um sistema semelhante ao do ordenamento jurídico espanhol com molduras penais intermédias e com uma tutela expressa e individualizada da integridade psicológica¹⁶⁶.

¹⁶⁴ STS 09/04/2012, n.º de resolução 271/2012, STS 09/10/2013, n.º de resolução 772/2013, disponíveis em www.poderjudicial.es.

¹⁶⁵ O ordenamento jurídico espanhol protege expressa e individualmente a integridade psicológica, desde que a lesão exija uma primeira assistência/intervenção facultativa por parte de profissionais de saúde, ou um tratamento médico ou cirúrgico para a sua cura. Já o ordenamento jurídico português, embora preveja no artigo 152.º, n.º 1 do Código Penal os maus-tratos de natureza psíquica, exclui as lesões psíquicas propriamente ditas do catálogo dos crimes contra a integridade física.

Da comparação entre ambos os regimes jurídicos, conclui-se que o atual regime português relativo às ofensas contra a integridade física não consegue proteger de forma adequada a integridade psicológica. Tal deve-se ao facto de a lei não especificar claramente quais as lesões psíquicas que podem ser objeto de tutela penal, o que dificulta enormemente a prova da sua existência e gravidade/extensão, daí, a sua tutela ser feita de forma secundária.

¹⁶⁶ Esta questão será aprofundada no Cap. 4.

4. Reflexões finais

Neste capítulo iremos abordar as questões anteriormente levantadas e refletir sobre as mesmas.

Iniciaremos pelas questões relativas à nossa lei atual e eventuais soluções e terminaremos este capítulo com uma proposta de alteração/atualização do art. 144.º, a) do CP.

I. Conceito de órgão

Como se referiu em capítulos anteriores, existe consenso na nossa ordem jurídica em torno da ideia de que o órgão é uma parte integrante do corpo humano que desempenha uma função específica.

Contudo, é importante ponderar se esta conceção é a mais apropriada, uma vez que surge a questão de saber se os órgãos que não são funcionais, total ou parcialmente¹⁶⁷, são abrangidos por esta definição “funcional” de órgão.

Esta mesma questão, do conceito de órgão, também se suscita quanto ao problema da privação de órgãos duplos, o qual é fonte de divergência na doutrina, dado que há quem defenda que apenas existe privação do órgão no caso de remoção do par, por entenderem que este conceito apenas está preenchido relativamente ao mesmo.

Do exposto, retirámos que a funcionalidade do órgão tem um papel muito importante na sua definição, contudo os órgãos que não são funcionais, total ou parcialmente, parecem não estar abrangidos por este conceito. Assim sendo, defendemos uma noção de órgão mais ampla, baseando-se no conceito científico, abarcando o sentido anatómico estático, bem como, diferentes níveis de (in)funcionalidade. Isto é, órgão deveria ser definido, na nossa opinião, como o conjunto de tecidos que formam uma unidade estrutural, a qual de forma autónoma mantém a sua estrutura, vascularização e, por regra, desempenha uma ou mais funções no corpo. Assim, são na mesma considerados órgãos os que não são funcionais, totalmente ou parcialmente.

Por último, somos da opinião que cada um dos “tecidos do órgão duplo” integra o conceito individual de órgão.

A título de ilustração do anteriormente exposto, devemos considerar os olhos como órgãos mesmo no caso dos invisuais ou míopes, também são órgãos cada um dos rins, mesmo nos casos dos que se encontram atrofiados e/ou a sua capacidade funcional é reduzida.

¹⁶⁷ Alguns exemplos: invisuais, míope, deficiência auditiva, rim atrofiado, entre outros.

II. Critérios para determinar o que é um órgão/membro importante

O corpo humano é uma estrutura complexa e organizada, cuja interação entre os sistemas que o compõem assegura a saúde e a sobrevivência do indivíduo. Nesse sentido, partilhamos a opinião de que todos os órgãos/membros têm valor, apesar de também defendermos a necessidade de existência de diferentes níveis de importância ao classificar órgãos não vitais e componentes de membros.

Tendo em consideração o anteriormente exposto, as posições existentes no nosso ordenamento jurídico¹⁶⁸ e respetivas críticas, questionamos se será possível estabelecer um critério/critérios que ajudem na classificação de órgão/membro como importante de forma universal/transversal¹⁶⁹, sem entrar no campo da individualidade, campo este que, em nosso entender, é relevante na determinação da medida da pena.

Dentro desta abordagem, entendemos que a afetação das capacidades extracorporais da vítima deve ser enquadrada na al. b) do art. 144.º do CP e ser considerada para auferir o quantitativo indemnizatório.

Outra questão a ter em consideração na determinação da medida da pena e do quantitativo indemnizatório é o impacto psicológico que a privação infligida tem na vítima; não devemos aqui confundir com o conceito de desfiguração, que também poderá ter este impacto, mas sim com o conceito de completude – ou seja, o impacto de a pessoa se sentir incompleta/privada de algo. Um claro exemplo do que se acaba de referir é o caso dos paraplégicos que se veem privados de uma perna. Apesar de a perna não ser usada para a locomoção e mobilidade, a sua perda tem impacto a nível físico e psicológico, sendo que relativamente a este último existirá uma sensação de (in)completude uma vez que a incapacidade já existente não afasta as consequências físicas e psicológicas fruto da privação da perna.

Começando pelo conceito de órgão importante, entendemos que é possível estabelecer critérios para a sua determinação, os quais são universais/transversais a todas as pessoas, como poderemos analisar pelo seguinte esquema:

¹⁶⁸ Critério objetivo, subjetivo e misto.

¹⁶⁹ Não se deve confundir o termo utilizado com o do conceito objetivo.

Critérios para determinar se é ou não um órgão importante

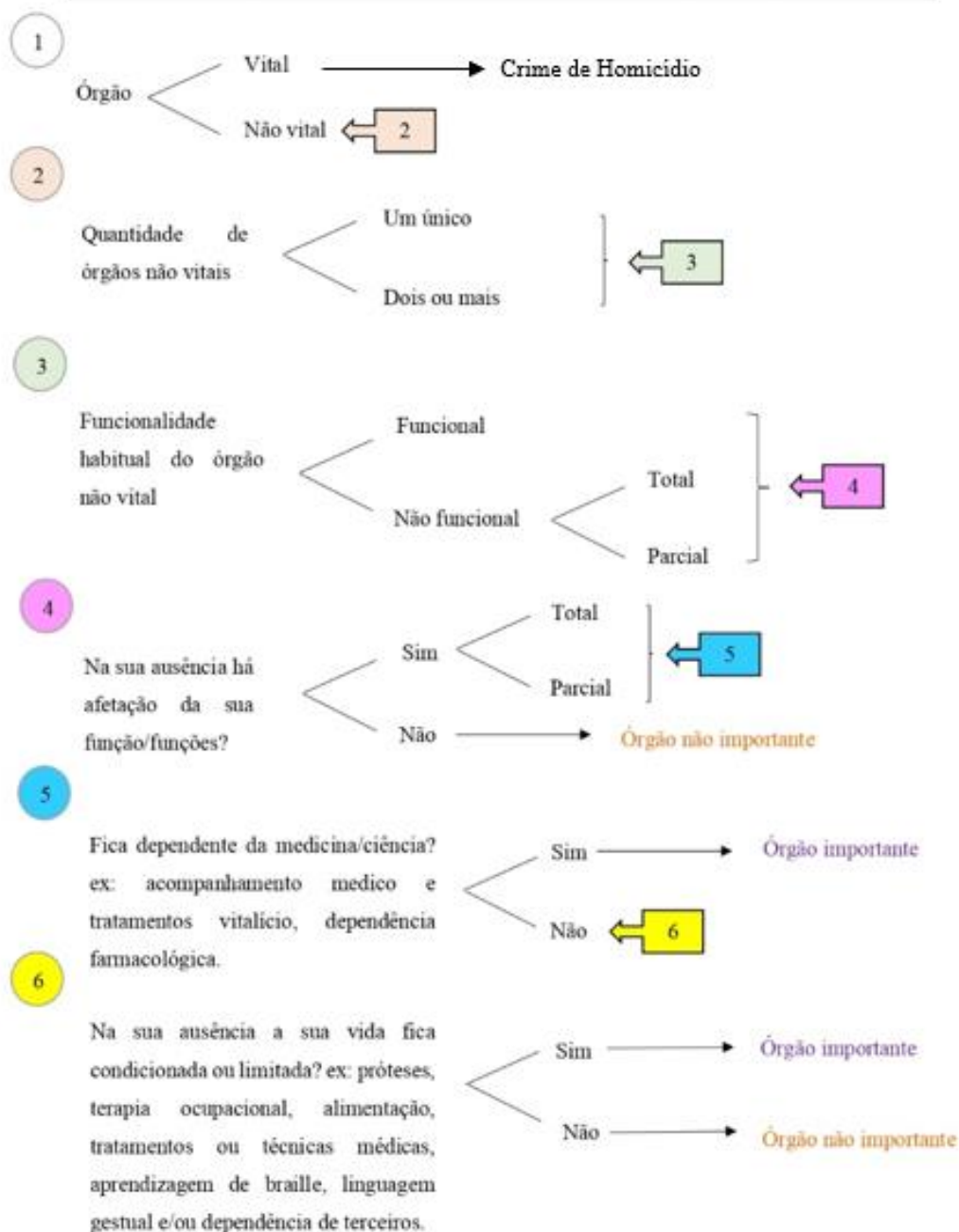


Ilustração 1 – Esquema dos critérios para determinar se o órgão é importante

Em primeiro lugar é necessário fazer uma distinção entre órgãos vitais¹⁷⁰ e os não vitais¹⁷¹, na medida em que se houver privação do primeiro estamos perante um crime de homicídio e já no segundo caso num crime de ofensas à integridade física¹⁷². Importa salientar que, no caso de se tratar de órgãos duplos, se o conjunto for considerado vital, a perda de ambos conduzirá à morte (homicídio), assim como no caso de a pessoa já só ter um desses órgãos e o perder.

No caso de estarmos perante um órgão não vital devemos determinar se se trata de um único órgão ou não e qual a sua funcionalidade habitual¹⁷³. Isto, de modo a avaliar se na sua ausência há ou não afetação da sua função/funções. Se a resposta for afirmativa, devemos determinar se a afetação da função/funções é total ou parcial e se há dependência da medicina/da ciência (tratamentos médicos/acompanhamento médico vitalício ou dependência farmacológica). Se houver afetação das funções e dependência médica/ da ciência estamos perante um órgão importante. Se houver afetação das funções, mas não houver dependência médica/da ciência é necessário determinar se na sua ausência a vida fica limitada ou condicionada (dependente de próteses, terapia ocupacional, alimentação, tratamentos ou técnicas médicas, aprendizagem de braille, linguagem gestual e/ou dependência de terceiros). No caso de a resposta ser afirmativa, estamos perante um órgão importante, senão, é não importante.

Vejamos os seguintes exemplos, tendo em conta o esquema anteriormente explicitado^{174 e 175}:

1. Um invisual ficar sem olho (com a órbita ocular vazia)
 - ❶ O olho é considerado um órgão não vital;
 - ❸ Como é um órgão duplo escolhemos a opção de 2 ou mais órgãos;
 - ❸ O olho quando estava na órbita ocular era considerado um órgão não funcional (parcialmente) relativamente à sua função principal — visão;
 - ❹ Na sua ausência há uma afetação parcial das suas funções, uma vez que o olho dá estrutura à órbita ocular e impede que os músculo e pálpebras fiquem atrofiados bem como se altere a simetria facial. A não existência de olho na órbita ocular pode ocasionar dor. Para além destas funções, os olhos também auxiliam na comunicação não verbal (funções secundárias);

¹⁷⁰ Órgão vital é aquele órgão que é imprescindível para a vida.

¹⁷¹ Órgão não vital é aquele órgão segundo o qual se pode viver sem, contudo, poderá haver afetação da saúde sem que leve à morte instantânea.

¹⁷² A menos que haja tentativa de homicídio.

¹⁷³ Quando falamos da funcionalidade dos órgãos, estamos a referir-nos às suas funções fisiológicas, que se dividem em funções principais e secundárias.

¹⁷⁴ As informações relativas às funções e consequências foram obtidas do Seely, Stephens, & Tate, 2011, do Harrison, 1998 e dos esclarecimentos da Dra. Catarina Gonçalves Martins.

¹⁷⁵ Os exemplos infra serão analisados com base nos critérios propostos, tendo como referência exclusiva a primeira parte da alínea a) do artigo 144.º do Código Penal. Contudo, ressalva-se que a sua eventual não subsunção, ou subsunção, a esta parte específica da norma, não impede que possam, em alternativa ou de forma cumulativa, enquadrar-se nas restantes alíneas do mesmo artigo.

- ⑤ Na sua ausência não fica dependente da medicina/da ciência, na medida em que não necessita de acompanhamento médico vitalício ou dependência farmacológica;
- ⑥ Na sua ausência a vida desta pessoa irá ficar condicionada/limitada pois necessitará de colocar uma prótese/tratamentos médicos, o que nos leva a considerar que o olho é um órgão importante.

2. 1/3 de pavilhão auricular

- ① O pavilhão auricular é um órgão não vital;
- ③ Como é um órgão duplo escolhemos a opção de 2 ou mais órgãos;
- ③ Órgão funcional;
- ④ Na sua ausência há uma afetação parcial das suas funções, dado que o pavilhão auricular é importante para proteger e regular a temperatura do canal auditivo interno, para a perceção espacial do som, protege o ouvido interno contra danos auditivos fruto da exposição direta ao som e pode condicionar a colocação de próteses auditivas;
- ⑤ Na sua ausência a pessoa não fica dependente da medicina/ da ciência, na medida em que não necessita de acompanhamento médico vitalício ou dependência farmacológica;
- ⑥ Na sua ausência a vida desta pessoa irá ficar condicionada/limitada pois necessitará de colocar uma prótese/terapia ocupacional o que nos leva a considerar que 1/3 do pavilhão auricular é um órgão importante.

3. Baço

- ① O baço é um órgão não vital;
- ③ Constituído por 1 órgão;
- ③ Órgão funcional;
- ④ Na sua ausência há uma afetação total da sua função;
- ⑤ Na sua ausência, a pessoa fica dependente da medicina/da ciência, na medida em que necessita de acompanhamento médico vitalício e dependência farmacológica (administração de vacinas)¹⁷⁶, o que nos leva a considerar que o baço é um órgão importante.

4. Apêndice

- ① O apêndice é um órgão não vital;
- ③ 1 órgão;
- ③ Órgão funcional;
- ④ Na sua ausência há uma afetação total da sua função;

¹⁷⁶ Ac. TRP 11/02/2015, Proc. 6432/12.4TAVNG.P1, disponível em www.dgsi.pt.

- ❸ Na sua ausência não fica dependente da medicina/ da ciência na medida em que não necessita de acompanhamento médico vitalício ou dependência farmacológica;
- ❹ Na sua ausência a vida desta pessoa não fica condicionada/limitada o que nos leva a considerar que o apêndice não é um órgão importante.

5. Ovários

- ❶ Os ovários são órgãos não vitais;
- ❷ Órgão duplo;
- ❸ Órgão funcional;
- ❹ Na ausência de um ovário há uma afetação parcial da sua função;
- ❺ Na ausência de um ovário fica dependente da medicina/ da ciência na medida em que necessita de acompanhamento médico vitalício ou dependência farmacológica, o que nos leva a considerar que os ovários são órgãos importantes.

Como sabemos, a pele é o órgão mais extenso de todo o corpo humano, pelo que é importante fazer uma ressalva quanto à aplicação destes critérios nos casos em que há ausência de partes da pele; no caso desta ausência ser muito extensa preenche o conceito de órgão vital.

Também é importante referir que a pele desempenha várias funções¹⁷⁷, entre as quais se destaca a sensibilidade tátil. Por esse motivo, importa salientar que, em caso de lesão, pode estar preenchida, cumulativamente, a alínea b) do artigo 144.º do Código Penal, no que respeita à perda de sentidos.

Para o conceito de membro importante, entendemos que também é possível estabelecer critérios para a sua determinação, os quais são universais/transversais a todas as pessoas, como poderemos analisar pelo seguinte esquema:

¹⁷⁷ Consultar o Anexo I.

Critérios para determinar se é ou não um membro importante

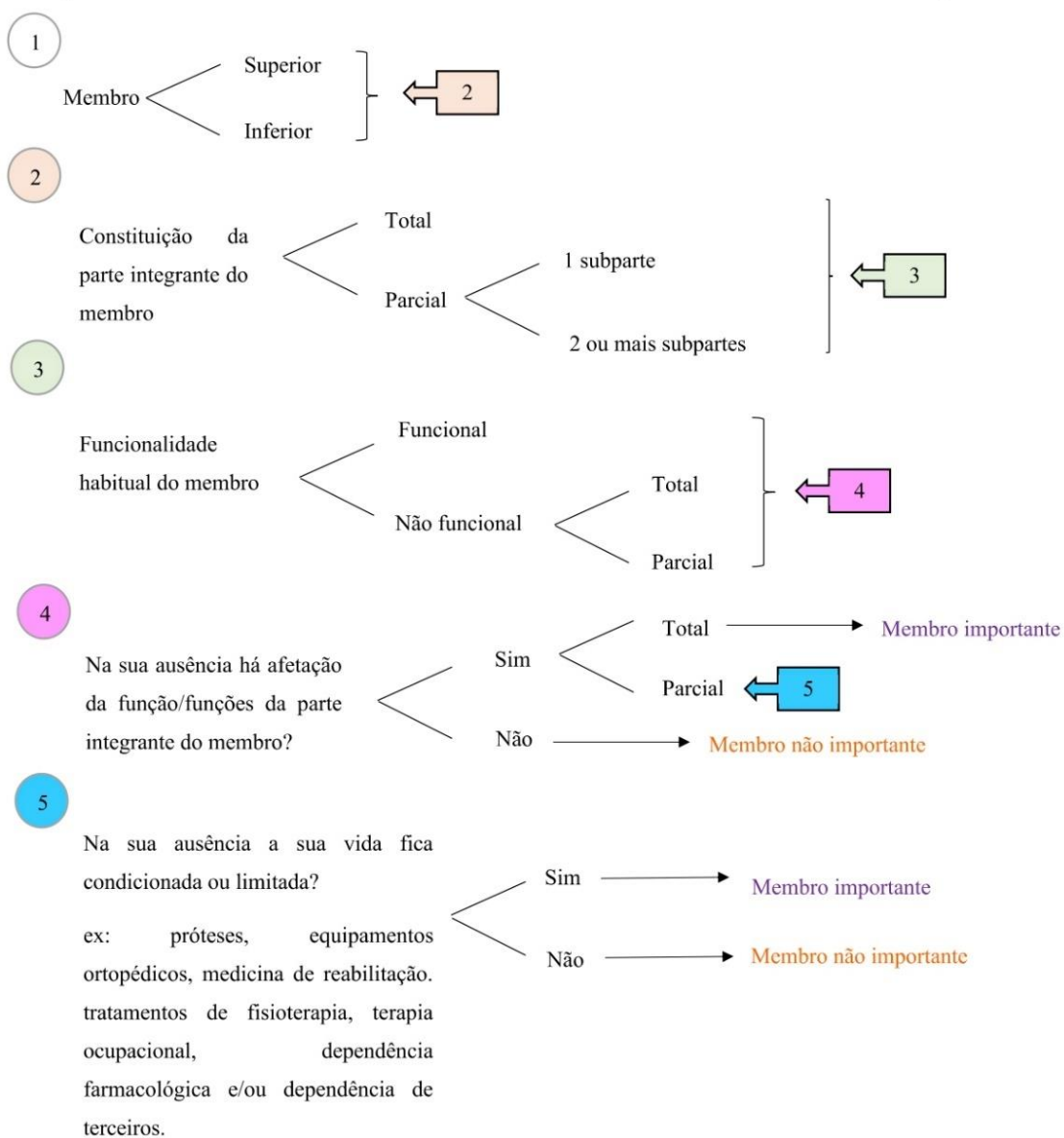


Ilustração 2 – Esquema dos critérios para determinar se o membro é importante

É necessário começar por identificar se o membro é superior ou inferior para de seguida determinar se a constituição da parte integrante do membro é total ou parcial (formada por uma ou mais subpartes).

Devemos avaliar a funcionalidade habitual do membro para depois determinar se na sua ausência há afetação da sua função/funções. Se a resposta for negativa devemos considerar que estamos perante um membro não importante. Se entendermos que há afetação da sua função/funções temos de avaliar se há limitação/condicionamento da vida da pessoa (próteses, equipamentos ortopédicos, medicina de reabilitação, tratamentos de fisioterapia, terapia ocupacional, dependência farmacológica e/ou dependência de terceiros). Se a resposta for afirmativa estamos perante um membro importante e se não for, é um membro não importante.

Vejamos os seguintes exemplos, tendo em conta o esquema anteriormente explicitado¹⁷⁸ e ¹⁷⁹:

1. Dedo mindinho da mão

- ❶ O dedo mindinho da mão pertence ao membro superior;
- ❸ Parcial, 1 subparte da mão que é uma parte integrante do membro superior;
- ❸ Membro funcional total;
- ❹ Na sua ausência não há uma afetação das funções da mão¹⁸⁰, motivo pelo qual não é considerado um membro importante¹⁸¹.

2. Dedo polegar da mão

- ❶ O dedo polegar da mão pertence ao membro superior;
- ❸ Parcial, 1 subparte da mão que é uma parte integrante do membro superior;
- ❸ Membro funcional;
- ❹ Na sua ausência há uma afetação total das funções da mão pelo que é considerado um membro importante.

3. Dedo indicador da mão

- ❶ O dedo indicador da mão pertence ao membro superior;
- ❸ Parcial, 1 subparte da mão que é uma parte integrante do membro superior;

¹⁷⁸ As informações relativas às funções e consequências foram obtidas do Seely, Stephens, & Tate, 2011, do Harrison, 1998 e dos esclarecimentos da Dra. Catarina Gonçalves Martins.

¹⁷⁹ Os exemplos infra serão analisados com base nos critérios propostos, tendo como referência exclusiva a primeira parte da alínea a) do artigo 144.º do Código Penal. Contudo, ressalva-se que a sua eventual não subsunção, ou subsunção, a esta parte específica da norma, não impede que possam, em alternativa ou de forma cumulativa, enquadrar-se nas restantes alíneas do mesmo artigo.

¹⁸⁰ Importa esclarecer que, embora a ausência do dedo mindinho não comprometa significativamente a função global da mão, isso não significa que o dedo seja desprovido de função.

- ❸ Membro funcional;
- ❹ Na sua ausência há uma afetação parcial das funções da mão.
- ❺ Na sua ausência a sua vida fica condicionada/limitada na medida em que necessitará de prótese, tratamentos de reabilitação e terapia ocupacional, logo é um membro importante.

4. Pé de um paraplégico

- ❶ O pé pertence ao membro inferior;
- ❷ Total visto que é uma parte integrante do membro inferior;
- ❸ Membro não funcional;
- ❹ Na sua ausência há uma afetação total das suas funções. O pé de um paraplégico é importante para a estabilidade e equilíbrio (tanto na cadeira de rodas como um ponto de apoio durante as transferências para outros locais/posições), bem como exercício e circulação (através de fisioterapia/reabilitação). Além disso, é importante referir os casos em que é possível recorrer a uma prótese (exoesqueleto) para tornar possível a sua locomoção.

III. Tentativa de ofensa à integridade física grave

Partindo do anteriormente exposto sobre a tentativa, concluímos que a questão controvertida consiste em saber se o implante de órgão/membro extirpado afasta o preenchimento do tipo.

Parte da doutrina¹⁸² defende que a recolocação do órgão/membro num curto período se enquadra na forma tentada do crime de ofensa à integridade física grave por privação de órgão/membro importante.

Porém, levantam-se-nos algumas dúvidas, como previamente explanado, relativamente ao carácter permanente da privação, aos avanços da medicina e às próprias condições de saúde da vítima poderem ser relevantes na delimitação da fronteira entre a tentativa e a consumação.

Como já foi anteriormente referido, partilhamos o entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque segundo o qual “a privação do órgão ou membro consiste na supressão total do órgão ou membro ou da sua utilidade funcional”¹⁸³.

Assim sendo, a mutilação total do órgão/membro preenche o tipo legal mesmo que, posteriormente, se venha a reimplantar cirurgicamente, como podemos constatar no seguinte acórdão: “Se, com a ofensa corporal, o arguido arrancou a orelha do

¹⁸² Faria, 1999, pp. 225-226; Faria, 2012, p. 342 e Silva Dias, 2007, p. 102.

¹⁸³ Albuquerque, 2022, p. 624.

ofendido, o crime é o do artigo 143, alínea a), mesmo que depois a orelha tenha sido recolocada, no seu sítio”¹⁸⁴.

O crime de ofensas à integridade física grave é um crime de resultado pelo que, ao estar preenchido o conceito de privação de um órgão/membro, estamos perante a consumação do crime e não na sua tentativa. Também não existe referência na letra da norma relativamente ao carácter permanente da privação, o que significa que o crime fica consumado tanto nos casos em que é possível haver reimplantação, através de cirurgia, como nos casos em que não possível. Assim sendo, entendemos que o conceito de privação deve ser interpretado num sentido lato, isto é, não ficar dependente do conceito de permanência uma vez que a possibilidade de “resolver”/atenuar o mal causado não exclui a ilicitude e o preenchimento do tipo legal.

Neste sentido, os avanços da medicina e da ciência também não podem ser fatores que influenciem a qualificação do crime e, conseqüentemente, o seu enquadramento na figura da tentativa. Cada vez mais, a ciência tem avançado e com ela a medicina, sendo que hoje em dia é possível criar órgãos geneticamente modificados, implantar membros/órgãos e, quem dirá, num futuro haverá a possibilidade de impressão 3D; estas ferramentas serão sem dúvida muito úteis, contudo não podem eludir o facto de que houve a privação de órgãos/membro, o qual tem importância e valor a nível anatómico, social e individual. Sem prescindir, que não podemos condicionar as vítimas a aderirem a tratamento cirúrgicos (os quais englobam riscos associados e, por vezes, longas recuperações) para benefício de uma menor punição do agressor.

IV. Proposta de lei

O corpo humano é uma estrutura complexa e organizada, cuja interação entre os sistemas que o compõem garante a saúde e a sobrevivência do indivíduo. Assim sendo, somos da opinião que todos os órgãos e membros têm valor, contudo defendemos que devem existir diferentes níveis de importância dentro da classificação de órgãos não vitais e de subpartes integrantes de membros.

O atual art. 144.º, al. a) é restritivo no conceito de “órgão/membro importante”, resultando desproporcionalidade entre os tipos legais de crime de ofensas à integridade física e respetivas molduras legais, motivo pelo qual entendemos que este artigo deveria ser alterado de modo a abranger as lesões que privem ou inutilizem órgãos/membros, estabelecendo para tal molduras penais intermédias.

A necessidade de haver molduras penais intermédias é notória no nosso atual ordenamento jurídico, na medida em que as ofensas que não se enquadrem neste art. 144.º poderão, em princípio, preencher o art. 143.º do CP.

¹⁸⁴ Ac. STJ 14/10/1993, Proc. 043744, disponível em www.dgsi.pt.

Por um lado, a privação do dedo mindinho da mão não se enquadra no conceito de membro importante, motivo pelo qual não podemos aplicar o art. 144.º, al. a) do CP. Assim sendo, esta lesão corporal enquadra-se no crime base (art. 143.º, CP), o qual tem uma moldura penal de um mês a três anos de pena de prisão ou pena de multa. Analisando a pena de prisão/multa, constatamos que as molduras penais abstratas são iguais às do crime de furto (art. 203.º, CP); ora, estes dois crimes protegem bens jurídicos diferentes, por um lado a integridade física e a saúde da vítima e, por outro, o património. Motivo pelo qual nos questionamos se é adequado haver molduras penais iguais para crimes tão diferentes e que protegem bens jurídicos distintos.

Por outro lado, questionamo-nos se fará sentido aplicar a mesma moldura penal abstrata para quem dá uma bofetada¹⁸⁵ e para quem priva a vítima de um dedo mindinho.

Proposta de alteração da al. a) do art. 144.º do CP¹⁸⁶:

a) Quem ofender o corpo de outrem de modo a:

- i.** Privá-lo ou inutilizá-lo de um órgão/membro de 1.º grau ou a desfigurá-lo grave e permanentemente será punido com pena de prisão de *W* a *X* anos;

Deve-se entender como órgão/membro de 1.º grau toda a extremidade ou órgão interno/externo do corpo humano cuja ausência afeta a sua função/funções, acarretando dependência da medicina ou ciência de modo vitalício e/ou limitação e condicionamento da vida.

- ii.** Privá-lo ou inutilizá-lo de um órgão/membro de 2.º grau ou a desfigurá-lo grave e permanentemente será punido com pena de prisão de *Y* a *Z* anos; Deve-se entender como órgão/membro de 2.º grau toda a extremidade ou órgão interno/externo do corpo humano cuja ausência afeta a sua função/funções, contudo é dispensável para a vida ou saúde completa do sujeito, constituindo a sua perda/inutilidade uma deficiência anatómico-fisiológica

- b) Quem ofender a integridade psicológica de outrem de modo a causar grave doença somática ou psíquica, será punido com pena de prisão de *U* a *F* anos;**

Breves exemplos:

- ❶ A privação dolosa do baço, do olho, do pé e de 1/3 do pavilhão auricular de um indivíduo preenchem o conceito de órgão de 1.º grau, logo deve ser aplicado o art. 144.º, a), i. do CP.

¹⁸⁵ Exemplo de agressão que se enquadra no crime de ofensas à integridade física simples.

¹⁸⁶ Optámos por não colocar um número concreto de anos de prisão devido ao facto de não se ter realizado um estudo da dosimetria da pena.

- ❸ A privação dolosa de um dedo mindinho ou do anelar, apêndice e dentes de um indivíduo preenchem o conceito de órgão de 2.º grau, logo deve ser aplicado o art. 144.º, a), ii. do CP.
- ❸ A psicose pós-traumática preenche o conceito de grave doença somática ou psíquica.

Conclusão

Como verificámos da leitura do art. 144.º do CP, a lei é ambígua e imprecisa relativamente aos conceitos utilizados. Assim, esta dissertação teve como objetivo clarificar a parte inicial da al. a) deste artigo, a qual suscita algumas questões controvertidas, e fazer propostas de melhoria. De seguida, enumeraremos de forma sucinta as conclusões alcançadas.

i. O conceito de órgão a ser seguido deve ser coincidente com a definição da ciência ou com as propostas da doutrina, que tem como ideia base a funcionalidade do órgão/membro?

Defendemos uma noção de órgão mais ampla, de base científica, que abarque o sentido anatómico estático, bem como, diferentes níveis de (in)funcionalidade. Isto é, órgão deveria ser definido como o conjunto de tecidos que formam uma unidade estrutural, a qual de forma autónoma mantém a sua estrutura, vascularização e, por regra, desempenha uma ou mais funções no corpo. Assim, são na mesma considerados órgãos os que não são funcionais, total ou parcialmente.

ii. Alguma das três teses defendidas pela doutrina define satisfatoriamente o conceito de importante órgão/membro?

As posições existentes no nosso ordenamento jurídico acabam por gerar várias dúvidas; desta forma, tentámos estabelecer um conjunto de critérios universais/transversais, que em nosso entender ajudam na classificação de órgão/membro como importante.

iii. O reimplante, num período temporal curto, de um órgão/membro que foi extirpado deve preencher o crime consumado de ofensa à integridade física grave ou a sua tentativa?

Estando preenchido o conceito de privação de órgão/membro e sendo o crime de ofensa à integridade física grave classificado com um crime de resultado, apenas podemos enquadrar a situação no crime consumado.

Como anteriormente referimos, o conceito de privação deve ser interpretado num sentido lato, ou seja, não deve ficar dependente do conceito de permanência na medida em que a possibilidade de “resolver”/atenuar o mal causado não diminui a ilicitude, nem afasta o preenchimento do tipo legal.

Também os avanços da medicina e da ciência não podem ser fatores que influenciem na desqualificação do crime e, conseqüentemente, no seu enquadramento na figura da tentativa.

iv. A nossa lei deveria ser alterada/atualizada?

Acreditamos que o atual art. 144.^o, al. a) do CP apresenta limitações no que diz respeito à definição de “órgão/membro importante”, o que se traduz em inadequação entre os tipos legais de ofensas à integridade física e respectivas molduras legais. Por conseguinte, defendemos que este tipo legal de crime deveria ser modificado de modo a abranger as lesões que privem ou inutilizem órgãos/membros, estabelecendo diferentes graus de classificação dos órgãos/membros e, consequentemente, criando molduras penais intermédias.

Por último, somos da opinião de que o catálogo dos crimes de ofensas à integridade física necessita de ser alterado de forma a proteger diretamente e individualmente a saúde psicológica.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, P. P. (2007). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (2.^a ed.). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALBUQUERQUE, P. P. (2022). *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (5.^a ed.). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ARROYO DE LAS HERAS & MUÑOZ CUESTA (1993). *Delito de lesiones*. Navarra: Editora Aranzadi.
- CALDEÓN CERESO & CHOCLÁN MONTALVO (2005). *CP comentado*. Barcelona: Editora Ediciones Deusto.
- CARVALHO, A. T. (1999). Anotação ao Artigo 200.^o. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A. T. (2012). Anotação ao Artigo 200.^o. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial* (2.^a ed., vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, J. d. (1995). *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, C. F. (2017). *Os Crimes Contra as Pessoas – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*. Porto: Universidade Católica Editora.
- EIRAS, H. & FORTES, G. (2010). *Dicionário de direito penal e processo penal* (3.^a ed.). Lisboa: Quid Juris.
- ESPINOZA, M. A. (2010). Análisis comparativo del tipo básico del delito de lesiones en España y en Chile. Bases para una reforma – Dissertação da Universitat de Barcelona.
- FARIA, M. P. (1999). Anotação ao Artigo 143.^o. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- FARIA, M. P. (1999). Anotação ao Artigo 144.^o. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- FARIA, M. P. (2012). Anotação ao Artigo 143.^o. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial*, vol. I, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- FARIA, M. P. (2012). Anotação ao Artigo 144.^o. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial*, vol. I, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- FARIA, M. P. (2017). *Formas Especiais do Crime*. Porto: Universidade Católica Editora Porto.
- FARIA, M. P. (2021). *O crime negligente – A negligência do médico*. Porto: Católica Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, J. d. (2012). Anotação ao Artigo 131.^o. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial*, vol. I, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, J. d. (2019). *Direito Penal – Parte geral* (3.^a ed., vol. I). Coimbra: GestLegal.
- GADEA, S. A. (2023). *Comentario al Artículo 149.º del Código Penal*. Espanha. <https://app.vlex.com/vid/comentario-articulo-codigo-penal-69087015>

- GAMA, L. O. & BATISTA, C. (1924). *Notas ao Código Penal Português* (2.^a ed., vol. III). Coimbra: Coimbra Editora.
- GARCIA, M. M. & CATELA RIO, J. (2018). *Código Penal - parte geral e especial com notas e comentários*. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, M. L. (1986). *Código Penal Português – Anotado e comentado e legislação complementar* (3.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, M. L. (1995). *Código Penal Português – Anotado e comentado e legislação complementar* (8.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- HARRISON, F. B. (1998). *Medicina Interna Compêndio –Fauci, Braunwald, Isselbacher, Wilson, Martim, Kasper, Hauser, Longo* (14.^a ed.). McGraw Hill Medicina.
- LEAL-HENRIQUES, M. d. & CARRILHO DE SIMAS SANTOS, M. J. (1986). *O Código Penal de 1982*. Rei dos Livros.
- MAESTRE, J. G. (2019). *El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones*. Dissertação da Facultad de Derecho da Universidad de la Laguna, Espanha.
- MINISTÉRIO da Justiça. (1979). *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte especial*. Lisboa: Associação Académica de Lisboa.
- PEREIRA, V. d. & Lafayette, A. (2014). *Código Penal – Anotado e comentado* (2.^a ed.). Lisboa: Quid iuris?
- PINTO DA COSTA, J. (1985). Ofensas corporais – Introdução ao seu estudo médico-legal. *Revista do Ministério Público*, vol. 23..
- SÁ, F. O. (1991). As ofensas corporais no Código Penal: Uma perspetiva médico-legal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*.
- SANTOS, M. S. & FREITAS, P. M. (2018). *Código Penal – Actas e projeto da Comissão de Revisão*. Rei dos Livros.
- SEELY, R., STEPHENS, T. & TATE, P. (2011). *Anatomia & fisiologia* (8.^a ed.). Loures: Lusociência.
- SILVA DIAS, A. (2007). *Crimes contra a vida e a integridade física* (2.^a ed., reimp. 2021). Lisboa: AAFDL.
- SILVA, F. (2017). *Direito penal especial – Os crimes contra as pessoas* (4.^a ed.). Lisboa: Quid Juris.
- SILVA, G. M. (2015). *Direito penal português – Teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- SILVA, P. F. (2022). *Ofensas corporais graves – No âmbito da atividade desportiva*. Dissertação de Mestrado da UCP.
- SIMAS SANTOS, M. & LEAL-HENRIQUES, M. (2023). *Código Penal anotado – Parte especial: Arts. 131.º a 389.º* (5.^a ed.). Rei dos Livros.

Anexos

Anexo I—Lista dos órgãos e suas funções

	DESCRIÇÃO E FUNÇÃO ^{187, 188, 189 e 190}	Classificação ^{191?}
Apêndice	O apêndice encontra-se localizado na primeira porção do intestino grosso, sendo um tubo pequeno e oco com formato de dedo. Não existe consenso entre os médicos relativamente à sua função no corpo humano. Há quem defenda que o apêndice é um órgão vestigial de um órgão maior e cuja função era ajudar na digestão da celulose das plantas, motivo pelo qual consideram que, atualmente, não tem utilidade para o corpo humano. Outros defendem que é um órgão útil para o armazenamento de bactérias benéficas aos intestinos e que são utilizadas após as doenças para ajudar na recuperação do corpo.	Não é considerado um órgão vital.
Baço	O baço é um órgão oval, achatado e castanho. As suas funções são: • Armazenar e filtrar o sangue, removendo e eliminando todos os resíduos celulares e células sanguíneas danificadas e velhas. • Produzir glóbulos brancos e anticorpos para defesa do organismo perante infeções. • Manter os níveis de fluidos no corpo.	Não é considerado um órgão vital. É possível viver sem o baço, contudo a vida da pessoa fica limitada e/ou condicionada. O baço é um órgão altamente irrigado devido à sua função de filtrar o sangue, o que significa que se

¹⁸⁷ <https://www.innerbody.com/htm/body.html>.

¹⁸⁸ <https://my.clevelandclinic.org/health>.

¹⁸⁹ <https://www.msdmanuals.com/pt-pt/casa>.

¹⁹⁰ Seely, Stephens & Tate, 2011 e Harrison, 1998.

¹⁹¹ Legenda:

Órgão vital: aquele órgão que é imprescindível para a vida.

Órgão não vital: aquele órgão segundo o qual se pode viver sem, contudo, poderá haver afetação da saúde sem que leve à morte instantânea.

		houver uma lesão do mesmo a pessoa, poderá ver a sua vida em risco devido à hemorragia gerada pela lesão.
Bexiga	A bexiga é um órgão elástico e oco que se situa na parte inferior do abdómen. A função da bexiga é armazenar a urina.	Não é considerado um órgão vital. A sua ausência condiciona ou limita a vida da pessoa. Em alguns casos, é possível criar uma “bexiga nova” através de intervenção médica/cirúrgica.
Boca	A boca pertence aos sistemas digestivo e respiratório. As suas funções são: • Respirar; • Falar; • Mastigar e engolir alimentos; • Comer e provar alimentos; • Beber.	No caso de lesão grave da boca a vida da pessoa fica condicionada e/ou limitada, bem como sujeita a tratamentos e intervenções médicas, pelo que nestes casos não é considerada órgão vital.
Brônquios	Os brônquios são dois grandes tubos flexíveis e elásticos que ligam a traqueia aos pulmões. Temos os brônquios principais esquerdo e direito, que por sua vez se vão ramificar em brônquios mais pequenos e terminar em bronquíolos. As funções dos brônquios são: • Transportar ar de e para os pulmões. • Hidratar e filtrar o ar, principalmente, através da retenção de bactérias, fungos,	Se houver comprometimento (obstrução total e bilateral) dos brônquios, os pulmões não vão conseguir fazer a sua função, culminando na morte da pessoa, pelo que nestes casos

	vírus e outras partículas de modo a proteger os pulmões e prevenir infecções.	são considerados órgãos vitais.
Cerebelo	O cerebelo é um órgão, de pequenas dimensões, que se encontra localizado entre o cérebro e o tronco encefálico. As funções do cerebelo ainda estão a ser estudadas, mas já se descobriu que: É um órgão responsável por receber informação sensível. Recebe informação sensorial (em relação ao posicionamento) dos músculos, articulações e ouvido interno, integra essa informação e cria uma representação precisa da posição do nosso corpo. Com base nesta informação que chega ao cerebelo é calculado os ajustes necessários para correção de movimentos, para manter a postura correta e o equilíbrio. Isto é importante para coordenar os movimentos durante atividades dinâmicas, como correr, caminhar	É possível viver sem cerebelo, contudo é muito raro. Existe uma doença rara em que as pessoas nascem sem cerebelo; alguns pacientes têm uma vida normal com efeitos menores e outros têm efeitos graves com necessidade de acompanhamento médico constante. Em caso de lesão ou doença que danifique o cerebelo o mais normal é que tenham problemas permanentes ou a longo prazo, pelo que estamos perante um órgão não vital.
Cérebro	O cérebro é a parte maior e principal do encéfalo, sendo responsável pela maior parte das ações conscientes. As suas funções abrangem vários âmbitos desde a memória, inteligência, raciocínio, linguagem, comportamento e razão até ao controlo dos músculos esqueléticos e a nível sensorial.	É considerado um órgão vital. Contudo, importa referir que há casos em que as lesões cerebrais não conduzem à morte, mas afetam de forma significativa a vida de uma pessoa tais como

		perda de funções como fala, audição, locomoção, escrever, alterações de personalidade e a nível comportamental.
Clitóris	O clitóris pertence ao aparelho genital feminino e é um órgão constituído por uma rede complexa de nervos e tecido erétil. Este órgão é responsável pela sensação de prazer durante as relações sexuais após estimulação.	Não é um órgão vital. Na sua ausência a mulher poderá continuar a ter prazer apesar de ser mais difícil.
Coração	O coração é o órgão principal do sistema cardiovascular e é um músculo único, com um sistema/rede elétrica incorporado que é responsável pela sua contração. É através da sua contração que faz com que o sangue chegue às diferentes partes do corpo. As suas funções são: • Fazer circular o sangue por todo o corpo. • Controlar o ritmo, velocidade e frequência cardíaca. • Manter a tensão arterial.	É considerado um órgão vital.
Couro Cabeludo	“O couro cabeludo é constituído por cinco camadas: pele, camada subcutânea de gordura, camada aponevrótica ou epicrânio, camada de tecido laxo e camada de tecido fibroso ou pericrânio, fortemente aderente ao crânio”¹⁹². Funções do couro cabeludo: barreira física, isolante térmico e proteção imunológica.	No caso de perda total devemos considerar que é um órgão vital.
Dentes	Por regra, o ser humano tem 32 dentes os quais fazem parte do sistema digestivo.	Não é um órgão vital.

¹⁹² <https://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/couro%20cabeludo>.

	A sua função é cortar, rasgar, misturar e triturar, de forma conjunta e harmoniosa, os alimentos antes de poderem ser engolidos.	
Esófago	O esófago é um órgão em forma de tubo oco e muscular. A sua principal função é transportar alimentos e líquidos para o estômago.	Não é um órgão vital. A vida da pessoa fica condicionada e/ou limitada. É possível tentar reparar através de intervenção médica e nos casos em que a reparação não seja possível ou viável será necessário recorrer, por exemplo a uma Gastrostomia Percutânea Endoscópica.
Estômago	O estômago é um órgão muscular que pertence ao sistema digestivo. A sua função é digerir os alimentos através do (i) armazenamento temporário dos mesmos, (ii) de movimentos de contração e de relaxamento para misturar e decompor os alimentos e (iii) de enzimas e outras células especializadas que ajudam a digerir os alimentos.	Não é um órgão vital. Contudo, a vida da pessoa fica condicionada e/ou limitada dado que a longo prazo há défices nutricionais.
Faringe	A faringe é um órgão que pertence ao sistema respiratório e digestivo. As suas funções são: • Transportar ar, alimentos e líquidos. • Empurrar os alimentos para o esófago. • Equalizar a pressão e drenar o líquido dos ouvidos.	Não é um órgão vital. Contudo, condicionaria e limitaria a vida da pessoa tornando-a dependente da medicina/ciência.
Fígado	O fígado é um órgão e uma glândula que se localiza na zona abdominal. As suas funções são:	É um órgão vital.

	• Limpar as toxinas/substâncias nocivas do sangue. • Eliminar os glóbulos vermelhos velhos. • Produzir a bÍlis. • Metabolizar as proteínas, hidratos de carbono e gorduras. • Produção de substâncias que auxiliam o sangue na coagulação. • Regular a quantidade de sangue existente no corpo. • Armazenar glicogénio e vitaminas.	
Glândulas	As glândulas são órgãos que pertencem ao sistema endócrino e exócrino. A sua função é produzir hormonas e zelar pelo equilíbrio do metabolismo. As principais glândulas são: • <u>Timo</u>: é uma glândula linfoide que tem como função regular a defesa imunológica do organismo. • <u>Glândulas salivares</u>: produzem saliva, a qual é utilizada para humedecer os alimentos e, assim, torná-los mais fáceis de engolir. É composta por enzimas (proteínas) que auxiliam a decompor os alimentos o que facilita a digestão. • <u>Hipotálamo</u>: atua como o centro integrador de homeostase juntamente com a hipófise, regula uma ampla gama de processos fisiológicos tais como a termorregulação, osmorregulação e regula as emoções. A sua principal função é manter o corpo num estado estável (homeostase). É o principal elo entre o sistema endócrino e o sistema nervoso. • <u>Hipófise</u>: é uma glândula endócrina de tamanho reduzido localizada na base do	Não são considerados órgãos vitais. Contudo, a sua falta condiciona e limita a vida do individuo deixando-o dependente da medicina/ciência.

	cérebro, abaixo do hipotálamo. A sua principal função é produzir e libertar hormonas que auxiliam na realização de funções corporais importantes, tais como: crescimento, metabolismo, reprodução, equilíbrio de água e sal, etc. • <u>Glândula tireoide:</u> é uma glândula endócrina que produz e liberta certas hormonas. A sua principal função é controlar o metabolismo, como por exemplo a energia utilizada pelo corpo. • <u>Glândulas paratireoides:</u> produzem hormonas da paratireoides, que tem como papel a regulação do nível de cálcio e fósforo presente no sangue. • <u>Células ilhotas do pâncreas:</u> produzem hormonas responsáveis pelo controlo da glicemia (insulina) e também produzem enzimas digestivas. • <u>Glândulas adrenais:</u> são glândulas endócrinas que secretam hormonas na corrente sanguínea. A sua função é auxiliar no controlo da pressão arterial, frequência cardíaca, bem como na produção de suor, entre outras. • <u>Testículos:</u> é a gônada sexual masculina que produz os espermatozoides • <u>Ovários:</u> são glândulas do sistema reprodutor feminino, cuja função é sintetizar hormonas sexuais, bem como produzir e armazenar os óvulos. • <u>Pâncreas:</u> é um órgão com funções endócrinas e exócrinas, ou seja, produz insulina que é responsável pelo controlo dos níveis de glicemia no sangue e enzimas que	
--	--	--

	ajudam na digestão e absorção dos alimentos. • <u>Próstata</u>: a próstata é um pequeno órgão que se localiza abaixo da bexiga e à frente do reto e é exclusiva do sexo masculino. A sua função é produzir o fluido encarregue por proteger e nutrir os espermatozoides.	
Gânglios Linfáticos	São pequenos órgãos em forma de feijão e tem como função filtrar substâncias no fluido linfático ajudando, assim, o sistema imunológico.	Não são órgãos vitais. Contudo condicionam e limitam a vida do indivíduo e o fazem depender da medicina/ciência.
Intestino Delgado	O intestino delgado é um órgão extenso pelo qual os alimentos circulam. As suas funções são: • Decompor os alimentos em líquido para os nutrientes serem absorvidos. • Extrair a água. • Movimentar os alimentos ao longo do trato gastrointestinal.	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz depender da medicina/ciência.
Intestino Grosso	O intestino grosso é composto por um tubo longo ligado ao intestino delgado e que inclui o cólon, reto e ânus. A sua função é transformar os resíduos alimentares em fezes e eliminá-los do corpo.	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz depender da medicina/ciência.
Laringe	A laringe é um órgão em forma de tubo oco que liga a faringe ao resto do sistema respiratório. A suas funções são: • Auxiliar a engolir os alimentos, evitando que os alimentos e outras partículas entrem no sistema respiratório. • Respirar. • Criar sons vocais	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz depender da medicina/ciência.

Língua	É um órgão musculoso e revestido de mucosa. As suas funções são: • Auxiliar na respiração; • Ajuda na emissão de sons e assim se conseguir falar; • Movimenta os alimentos pela boca facilitando a sua mastigação e a engoli-los.	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo.
Mama	As mamas são órgãos que pertencem à anatomia masculina e feminina. A sua função na anatomia feminina é funcional (amamentação) e sexual (para dar prazer).	Não sé um órgão vital. São importantes para amamentar e criar um vínculo benéfico entre a mãe e bebé.
Medula Espinhal	A medula espinhal é um órgão extenso muito semelhante a um tubo. Faz parte do sistema nervoso central e começa no tronco encefálico. A sua principal função é transportar os sinais nervosos ao longo de todo o corpo originárias do cérebro ou tronco encefálico. As mensagens nervosas transmitidas têm como funções: controlar os movimentos e funções do corpo, comunicar os sentidos ao cérebro e gerir os reflexos.	A lesão da medula espinhal pode culminar na morte ou em grande incapacidade. Entre C2-C5 geralmente é fatal, porque daqui saem prolongamentos nervosos responsáveis por enervar os músculos respiratórios, portanto a falha dos mesmo por falta de comando vindo do cérebro para respirar, estes deixam de funcionar, levando a colapso pulmonar (deixam de funcionar). Entre C5-T1 pode ficar sem mexer

		tronco/braços/pernas (depende do nível) T11-L1 - paralisia das pernas e perda de sensibilidade.
Nariz	O nariz é o órgão do olfato e as suas funções são: • Ser a principal via de acesso para entrada e saída de ar dos pulmões. • Aquece, umedece e limpar o ar, antes que ele entre nos pulmões.	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz depender da medicina/ciência.
Olho	Os olhos são os órgãos responsáveis pela visão e a sua principal função é detetar os estímulos visuais e transmitir essa informação ao cérebro. Também são responsáveis pela sua nutrição (hidratação) e proteção.	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz depender da medicina/ciência.
Ossos	Os ossos são a principal forma de suporte estrutural do corpo e são feitos de tecido duro e forte. A suas funções são: • Sustentar e manter estável o corpo; • Proteger os órgãos; • Auxiliam na movimentação; • Dão sustento a muitos tecidos importantes.	A falta de um osso específico ou a disfunção de um osso não os classifica como órgãos vitais.
Ouvidos¹⁹³	Os ouvidos são órgãos duplos que se encontram em cada lado da cabeça. As suas funções são a audição e ajudar no equilíbrio. Ouvido externo: “porção de ouvido que inclui o pavilhão auricular e o canal auditivo externo” terminando no tímpano. “O pavilhão auricular, ou orelha, é a parte carnuda do ouvido externo, no exterior da cabeça, e consiste	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz depender da medicina/ciência.

¹⁹³ (Seely, Stephens, & Tate, 2011, p. 557 e ss)

	primariamente em cartilagem elástica coberta de pele”. Ouvido interno: “contém os órgãos sensoriais do ouvido e do equilíbrio; formado pelos labirintos ósseo e membranoso”. Ouvido médio: “espaço cheio de ar no osso temporal; contém os ossinhos auditivos; entre o ouvido externo e o interno”.	
Pele	A pele é considerada o maior órgão do corpo humano e as suas funções são: proteção, regulação da temperatura corporal e permite a sensibilidade tátil.	Depende da extensão da lesão. Se for muito extensa poderá ser considerado um órgão vital.
Pênis	O pênis é um órgão sexual masculino erétil que tem como função a eliminação da urina e o depósito do esperma na vagina.	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz depender da medicina/ciência.
Pulmões	Os pulmões são órgãos duplos com forma esponjosa que se localizam dentro da caixa torácica. A sua principal função é auxiliar nas trocas gasosas, ou seja, disponibilizar oxigénio ao corpo e eliminar o dióxido de carbono.	É um órgão vital. É possível viver sem um pulmão, mas a vida da pessoa fica condicionada e limitada.
Rins	Os rins são órgãos duplos com forma de feijão e localizam-se na parte posterior do abdómen. As suas funções são: • Filtrar o sangue e eliminar os resíduos. • Controlar o equilíbrio do pH do sangue. • Produzir glucose, proteínas que ajudam no aumento da pressão arterial e hormonas (calcitriol e eritropoietina).	É um órgão vital. É possível viver sem um rim, mas a vida da pessoa fica condicionada e limitada, bem como dependente da medicina/ciência.
Traqueia	A traqueia é constituída por um tubo rígido e flexível composto por anéis de cartilagem. A sua função é transportar ar e proteger os pulmões de agentes externos.	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz

		depende da medicina/ciência.
Ureter	O ureter é um órgão duplo, que fazem parte do sistema urinário, constituído por dois tubos que fazem a ligação entre os rins e a bexiga. A sua função é transportar urina através de movimentos peristálticos da musculatura lisa.	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz depender da medicina/ciência.
Uretra	A uretra é um tubo que tem como função transportar a urina para fora do organismo.	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz depender da medicina/ciência.
Útero	O útero é um órgão em forma de pera, oco e musculado que é exclusivo do sexo feminino. As suas funções são relativas à gravidez, menstruação e fertilidade.	Não é um órgão vital. Contudo condiciona e limita a vida do indivíduo e o faz depender da medicina/ciência.
Vasos Sanguíneos (artérias, veias e capilares)	Os vasos sanguíneos são órgãos com forma de tubo que se estendem por todo o organismo. As suas funções são: • Fazer circular o sangue por todo o organismo. • Fornecem oxigénio e nutrientes aos órgãos e demais estruturas (artérias). • Transportam para eliminação os resíduos e dióxido de carbono dos órgãos e demais estruturas (veias).	A lesão de uma grande/média artéria tem uma maior probabilidade de evento fatal, ou em caso de isquemia de membro se não for tratada rapidamente leva à morte daquele membro e, consequentemente à sua amputação.

Anexo II— Lista de membros e suas funções

	DESCRIÇÃO E FUNÇÃO ¹⁹⁴ , ¹⁹⁵ e ¹⁹⁶	
Membros Superiores	Os membros superiores são constituídos pelos braços, antebraços e mãos. As suas funções são relativas à mobilidade, sustentação e equilíbrio do corpo.	A afetação ou falta de uma das partes integrantes dos membros superiores condiciona e limita a vida de um indivíduo.
Partes integrantes dos membros superiores		
Antebraços	O antebraço é constituído por toda a região do cotovelo ao punho. As suas funções são: • Flexão e extensão do punho e dedos; • Flexão do cotovelo.	
Articulações	As articulações são os pontos de conexão entre dois ou mais ossos/cartilagens. As suas principais funções são: permitir os movimentos entre os segmentos do corpo e manter a estrutura óssea estável. As articulações dos membros superiores são: • Ombro • Punho • Cotovelo	
Braços	O braço é constituído por toda a região entre o ombro e o cotovelo. Tem como função a movimentação do antebraço e da mão, permitindo a flexão e extensão do cotovelo.	
Mãos	A mão é composta pelo punho, palma da mão e dedos. As suas funções são: agarrar, segurar, manipular objetos e realizar tarefas detalhadas. Os dedos têm articulações que permitem flexão e extensão, e o polegar é especialmente importante	

¹⁹⁴ <https://www.todamateria.com.br/membros-do-corpo-humano/>.

¹⁹⁵ Seely, Stephens, & Tate, 2011 e Harrison, 1998.

¹⁹⁶ <https://www.clinicajoelhoombro.com/pt/ombro/anatomia-do-ombro/articulacao-do-ombro/>.

Membros Inferiores	devido à sua capacidade de oposição aos outros dedos, o que permite a precisão no ato de agarrar. Os membros inferiores encontram-se localizados abaixo da cintura pélvica e incluem as pernas, as coxas, o quadril e os pés. A suas funções são: • Locomoção e equilíbrio; • Estabilidade e distribuição do peso corporal;	A afetação ou falta de uma das partes integrantes dos membros inferiores condiciona e limita a vida de um indivíduo.
Partes integrantes dos membros inferiores		
Articulações	As articulações são os pontos de conexão entre dois ou mais ossos/cartilagens. As suas principais funções são: permitir os movimentos entre os segmentos do corpo e manter a estrutura óssea estável. As articulações dos membros inferiores são: • Joelho • Tornozelo	
Coxas	A coxa é constituída por toda a região entre o quadril e o joelho. As suas funções são: relativas à locomoção e a sustentação do corpo.	
Pernas	A perna é constituída por toda a região entre o joelho e o tornozelo. As suas funções são: locomoção, equilíbrio e estabilidade.	
Pés	O pé está ligado ao tornozelo e é composto pelo tarso, metatarsos e falanges. A suas funções são: absorver os impactos sofridos durante a locomoção, essenciais na locomoção e distribuição do peso.	
Quadril	O quadril liga a pélvis é uma a articulação que conecta os membros inferiores à pélvis. As suas funções são: • Suportar o peso;	

	• Equilibrar o corpo em posturas estáticas (de pé) e dinâmicas (caminhando ou correndo); • Proteger o sistema reprodutor e a parte inferior do sistema digestivo.	
--	--	--

Time of war and time in war

**Unmanned Aerial Vehicles and the changes in the warfare:
An approach to recent events**

Ana Amélia Resende Cury

Sob a orientação do Professor
Doutor José Alberto Azeredo Lopes

*To my grandma,
You are my star, wherever you are.*

“Every morning the gazelle wakes up knowing she must run faster than the lion or it will be killed.

Every morning the lion wakes up knowing he must run faster than the gazelle or he will starve.

It doesn’t matter if you are a lion or a gazelle: when the sun rises you better start running.”

Mia Couto¹

¹ Translation from the original text by the author Mia Couto (2016). *A confissão da leoa*. São Paulo: Companhia das Letras.

Acknowledgments

To my husband, Diogo. For your tireless patience, for your daily support, and, most importantly, for always being by my side no matter what. You believed in me when I didn't. You are the love of my life.

To my beloved sister, Bibica. Even far away, I feel your presence in my everyday life, and everything only makes sense knowing that you are by my side. I love you with all my heart and I miss you every single day.

To my parents. There are not enough words to express how grateful I am for everything you have done for me. I am who I am because of you. Being far away is not easy, and I always count the days to have you by my side. I love you both so much.

To my beloved family here in Portugal — Tia Cris, Pedro and Duda. Familiar faces in daily challenges are a comfort, and I couldn't be better supported. Thank you for always holding my hand.

Last, but not least, to my dissertation supervisor Professor José Alberto Azeredo Lopes, with a brilliant mind and countless knowledge. The one who said to me, since the beginning, it was possible. My most sincere gratitude.

Abstract

In recent years, the use of UAV on the battlefield has gained great prominence, changing the guidelines of International Law and posing new challenges that cannot be ignored. Recent conflicts — Russia and Ukraine, Israel and Hamas, and the Houthis in the Red Sea against the United States and the United Kingdom — are practical examples of how the exacerbated use of drones is changing the world order in relation to modern military operations. New guidelines have begun to be considered: it is more advantageous to keep soldiers off the battlefield, while cheaper weapons become the main actors within the conflict. At the same time, in a negative way, the use of drones facilitates the escalation of a conflict into a humanitarian crisis — as the emotion and compassion of soldiers are also retracted from the scene. Furthermore, a single drone attack is not capable of authorizing the exercise of the right of self-defence, and an accumulation of events must be characterized for this purpose — which can make it difficult to defend against this type of attack, often done in isolation. The challenges are many, technological advances — such as artificial intelligence — are rapid, and it is up to International Law to find a way to deal with this new element that, apparently, is here to stay.

Keywords: Unmanned Aerial Vehicles; Autonomous Weapon Systems; drones; Artificial Intelligence; warfare; conflict; Russia and Ukraine; Israel and Hamas; the Houthis and the U.S. and U.K.

Resumo

Nos últimos anos, o uso de veículos aéreos não tripulados no campo de batalha vem ganhando grande destaque, alterando as diretrizes do Direito Internacional e colocando em cena novos desafios que não podem ser ignorados. Recentes conflitos — Rússia e Ucrânia, Israel e Hamas, e os Houthis no Mar Vermelho contra os Estados Unidos e o Reino Unido — são exemplos práticos de como o exacerbado uso de drones vem alterando a ordem mundial em relação às operações militares modernas. Novas diretrizes passaram a ser consideradas: torna-se mais vantajoso manter os soldados fora do campo de batalha, enquanto armas de baixo valor passam a ser os principais atores dentro do conflito. Ao mesmo tempo, de forma negativa, o uso de drones facilita a escalada do conflito para uma crise humanitária — já que a emoção e compaixão dos soldados também é retirada de cena. Ainda nessa perspectiva, um único ataque de drone não é capaz de autorizar o exercício do direito de legítima defesa, devendo estar caracterizada uma acumulação de eventos para tanto — o que pode dificultar a defesa contra este tipo de ataque, muitas vezes feito de forma isolada. Os desafios são muitos, os avanços tecnológicos — como a inteligência artificial — são rápidos, e cabe ao Direito Internacional encontrar maneiras de lidar com este novo elemento que, aparentemente, veio para ficar.

Palavras-chave: Veículos Aéreos Não Tripulados; Sistemas de Armas Autônomas; drones; Inteligência Artificial; guerra; conflito; Rússia e Ucrânia; Israel e Hamas; os Houthis e os Estados Unidos e Reino Unido.

Acronyms and abbreviations

AI	Artificial Intelligence
AWS	Autonomous Weapon System
EU	European Union
IHL	International Humanitarian Law
IAC	International Armed Conflict
ICJ	International Court of Justice
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
NIAC	Non-International Armed Conflict
No.	Number
P(p).	Page(s)
UAV	Unmanned Aerial Vehicle
U.K.	United Kingdom
U.N.	United Nations
U.S.	United States of America
Vol.	Volume

Table of contents

Preface	9
1. Introduction	10
2. A theoretical approach to Unmanned Aerial Vehicles	13
2.1. From Unmanned Aerial Vehicles to Autonomous Weapon Systems	13
2.2. The technological evolution and its implications for UAV	15
2.3. New challenges arising	17
3. UAV and the modern military operations	19
3.1. A (low cost) war remotely operated	20
3.2. The dehumanization of war	26
3.3. The configuration of an armed attack	34
4. Conclusion	40
Bibliography	43
Legislation	48
Jurisprudence	48
Other official documents	48

Previous note

Before starting, it is important to point out the fact that this work analysed three ongoing conflicts, which are susceptible to fluctuations and major daily changes. It is relevant for the reader to keep in mind that all the information presented here was collected until April/2024.

Preface

In recent years, technological advances have had considerable influence on the battlefield, stealing the spotlight in global newspapers. In my perspective, the rampant use of drones is the main element that has gained prominence in the most recent conflicts, and the curiosity about this new machinery has made me look at its practical effects inside a war with other eyes.

The interest began in 2022, with the unfolding of the war between Russia and Ukraine: a very peculiar conflict that has demonstrated how the use of UAV can change the course of history completely. The advances achieved by Ukraine with the help of this type of weaponry, in addition to arousing a curiosity in practical terms, have raised a warning as to how far man can go with the help of machines. From my point of view, it seems technology can indeed present itself as a great ally on the battlefield.

As if that weren't enough, in recent months, two new relevant conflicts have highlighted the use of drones in warfare: Israel and Hamas; and the Houthis against the U.S. and the U.K in the Red Sea. In both cases, drones have not only gained a prominent place in international media but proven indispensable for the actors involved. The actions on the battlefield, in both situations, seem to be inseparable from the use of UAV.

The combination of all these factors has made me believe that there will probably no longer be war without technology and drones, that the use of artificial intelligence — the next inevitable step — will be a path with no return, and that, even though the scenario is unstable and brings an alert, the effects seem irreversible.

The purpose of this study is, therefore, to understand how the massive and unrestrained use of drones has changed the *modus operandi* on the battlefield; whether this is a path of no return; and what the world can expect in a near future in this context.

1. Introduction

Over the last few years, the world has witnessed different armed conflicts which are directly influencing global guidelines. One of the most affected segments by these conflicts is warfare, where new technologies are changing how global actors think and proceed. In this scenario, the use of unmanned aerial vehicles (“UAV”) — and specifically the use of autonomous weapon systems (“AWS”) — is gaining more space, forcing an almost immediate adaptation of the agents involved in these conflicts.

From the war between Russia and Ukraine, to the conflict between Israel and Hamas, and the recent U.S. and U.K. fight against the Houthis in the Red Sea, this work will try to understand how the use of UAV and AWS — and specifically the use of drones — is being crucial to rethinking and realigning war strategies, as well what the main challenges related to the use of this type of weaponry are.

First, the idea will be to understand exactly what UAV are, the difference between UAV and AWS, and how to identify these weapons for military purposes. Also, the idea is to bring to the reader’s knowledge that new technologies, like artificial intelligence, are being developed and gaining more space in the military field, directly influencing the use of UAV.

From this knowledge, the purpose will be to identify whether these innovations will be determinant to drastically change the warfare and whether world powers — like the U.S. and the European Union — are already rethinking their own war strategies for the next years, and we will also identify the main challenges arising from the use of new technologies on the battlefield.

The next step will be to characterize the AWS which are being used in the recent conflicts already mentioned. After these preliminary points, the analysis will focus on each of these conflicts, on the details of these wars directly related to the use of UAV and, most specifically, on the unrestricted use of drones.

Regarding Russia and Ukraine, considered as probably the most important conflict of the last decades, this study will try to understand how the use of UAV has come as the Ukrainian salvation. Brought as a turning point for the war, this work will try to see how the autonomous weapons have presented themselves as the best procedure to fight this war, making Ukraine change not only its strategies on the battlefield, but also the direction of new investments that have been made behind the scenes.

The next moment will be dedicated to analysing the conflict between Israel and Hamas, which has made the world’s population hold their breath in recent months. Here, the focus of the study will be to understand the main consequences, within the battlefield, of the use of drones in such a peculiar terrain as the Gaza Strip. Based on this premise,

the intention of the study will be to answer whether the use of drones has been decisive in the (possible) committing of war crimes by the Israeli army.

Last, but not least, the third conflict under the eyes of this study will be the recent attacks in the Red Sea designed by the Houthis and their peculiar drones. The idea here is to understand the real implications of the usage of drones in this kind of conflict, and whether these recent attacks to international vessels can be qualified as an armed attack under Article 51 of the U.N. Charter — authorizing, in these circumstances, the exercise of the right of self-defence by some States.

As is going to be shown in the next few pages, the main objective behind this work is to understand the main positive and negative points regarding the use of UAV for military purposes and how the increasing use of drones has had a decisive impact on recent war strategies. This study will try to identify the main consequences of a massive use of UAV on the battlefield, and the thorough analysis of these three recent conflicts will be determinant for this main purpose.

2. A theoretical approach to Unmanned Aerial Vehicles

As mentioned before, the main idea behind this study is to understand how the massive and unrestricted usage of UAV is (positively and negatively) impacting warfare and modern military operations. To achieve this goal, it's important to previously understand what UAV are from a theoretical point of view, bringing to light a necessary legal dimension of this weaponry.

As will be shown over the next pages, the characterization and, consequently, the evolution of UAV are crucial elements not only to help identify the new challenges arising from this type of weaponry, but also to conclude how the world is planning to deal with these new scenarios in the future.

Going through the characterization of drones, the technological evolution of this type of weaponry, and reaching the present day, the first part of this study will try to bring the necessary knowledge of the legal dimension behind these weapons, and immediately map the main challenges inherent to their unrestricted use over the last years.

2.1. From Unmanned Aerial Vehicles to Autonomous Weapon Systems

Since World War I², unmanned aerial vehicles have been gaining more and more space on the battlefield, taking direct action out of soldiers' hands. The real turning point

² "A brief history of drones" (*s.d.*).

happened in 2001, after 9/11. From that moment, the United States began to increasingly invest in the development and use of UAV, especially drones, undertaking the first strike in Afghanistan as part of the Operation Enduring Freedom³. Since then, “drones have become one of the most effective killers of insurgents, terrorists and enemy combatants in a war”^{4 5}.

UAV are unmanned weapons, meaning that they are weapons without the immediate interference of a human being. In most cases, control is indirect and remote, allowing for human performance at a distance.

From the U.S. point of view, UAV are presented as “an effort to reach remote territory and targets, save American blood and treasure, achieve optimal accuracy and efficiency in targeting operations”⁶. As can be seen, not only direct human action has been taken out of the field, but the precision of drones has made this kind of weapon more attractive for a State involved in a war. At the same time, you could prevent the bloodshed of your own soldiers while hitting your enemy accurately⁷.

If the possibility of using UAV already frightened the characters on the battlefield, in the last few years this scenario has been increasingly confirmed. The development of new weapons with new technologies was always considered inevitable, and with the UAV it was no different. Great powers, undoubtedly led by the United States⁸, began to direct their efforts and invest more and more in UAV, trying to find a way to make them “even better” — at least from a warfare point of view.

The evolution was a mere consequence. From these investments urged the so-called autonomous weapon systems. AWS are “a weapon system designed and programmed for a mission, to be adaptive, and to identify, select and engage military targets without human intervention”⁹. The implementation of AWS, once activated, brought the possibility of targeting without specific human involvement, completely taking out of the battle the personification of a human action¹⁰. Regarding this affirmation, it must be emphasized that, despite the belief that human actions are completely out of the scenario with the use of AWS, “this can only be said to refer to the moment after the system is activated”¹¹. Thus, system activation is necessary, and only

³ Brookman-Byrne, 2017, p. 4.

⁴ Williams, 2015, p. 65.

⁵ According to Ryan J. Vogel, while in 2001 the U.S. only had 10 Predator UAV, by 2007 that number multiplied to 180, showing how the usage of drones became increasable important in the battlefield (Vogel, 2011, p. 104).

⁶ Vogel, 2011, p. 102.

⁷ Vogel, 2011, p. 102.

⁸ Vogel, 2011, p. 103.

⁹ Seixas-Nunes, 2021, p. 425.

¹⁰ Leys, 2020, p. 378.

¹¹ Seixas-Nunes, 2021, p. 428.

after this moment no more human intervention is necessary, putting the “autonomous” criterion into perspective.

According to Afonso Seixas-Nunes¹², the characterization of AWS must fulfil three requirements: (i) it must be seen as a weapon system, and not as a new agent on the battlefield, bringing the idea of a machinery action: (ii) AWS are developed and designed by humans, and they will obey a specific military order, showing a bit of human intervention, even if indirectly and in a small measure; and (iii) AWS must be precisely designed for a specific military mission, putting away the idea of uncertainty and generality.

Regarding the military mission, its specification is not as simple as it seems and involves complex machine-learning algorithms. These algorithms, using collected data, make it possible to predict the expected scenarios, but also to consider the complications arising from any battlefield. AWS are capable of learning from the ground, and they can change their route according to each situation, adapting to different circumstances to finally reach their main target¹³. This fact confirms, once and for all, the minimal human intervention when targeting with AWS.

It's important to recognize that all AWS are considered UAV, but not all UAV can be characterized as AWS. That's because not all UAV will target without human intervention upon activation — only those based on machine-learning algorithms will. Some of them may require human action from the first moment until the end, taking away the “autonomous” criterion.

Over the last few years, AWS have become the centre of attention regarding military strategies, not only for taking human action out of the battlefield — protecting soldiers from the volatility of war —, but also given the lower costs implied and the ability to make quicker decisions, which make this type of weaponry increasingly attractive to major military powers.

From a strategic and military point of view, drones can be used in three different scenarios¹⁴. The first one is as an agent in the battlefield, actively participating in the war with missiles and bombs. The second use is from a distance, trying to achieve security by implementing a sky patrol system. The third scenario is related to “target killing”, when used with the specific mission of killing a terrorist suspect — exactly what happened recently with al-Qaeda leader Ayman al-Zawahiri¹⁵.

With the increasing implementation of this type of weapon, it's possible to recognize that human action is losing its space and starting to be seen as a mere

¹² Seixas-Nunes, 2021, pp. 428-429.

¹³ Seixas-Nunes, 2021, pp. 435-437.

¹⁴ Saura, J. (s.d.).

¹⁵ Garamone, 2022.

supporting role on the battlefield. After just pressing a button, there is no longer any need to engage in the acts performed.

2.2. The technological evolution and its implications for UAV

Developments can always go further. The main actors within a war are (mostly powerful) States which feel free to put their economic and military strategies ahead of any other right. Based on this assumption and given that investments in drones are gaining more space inside relevant debates and war strategies, a new concept has appeared: artificial intelligence (“AI”) as a war partner. AI is the simulation of human intelligence by machines, where robots might replace the human mind in some actions and decisions. But it’s necessary to understand how this can influence warfare.

As mentioned before, over the last few years UAV evolved making space for AWS, which are a more autonomous weapon with way less human intervention. AI could make this automation go further. Combining machine learning with recent advances of hardware, human agents might become, at most, “supervisors” of how AWS perform on the battlefield¹⁶.

For now, the idea behind UAV is that they are designed for a specific military mission and directed by an operator to achieve a specific target. With AI, the scenario could completely change. The robotic evolution could enable adaptation from the AWS itself, not only responding for the reality in the battlefield, but also “thinking” how things should be done, and which steps should be taken. This evolution brings the possibility for autonomous weapons to act unilaterally, as it opens the opportunity for them “to adapt to changing and unpredictable environments”¹⁷.

According to Professor Afonso Seixas-Nunes, “new advances in artificial intelligence allow roboticists to envisage scenarios in which the mission entrusted to an AWS can be performed exclusively by the system”¹⁸. From this affirmation it is possible to conclude that the system could be capable of completely substituting the human mind in making important decisions.

Taking a recent example of the use of AI on the battlefield, there’s a shocking case that happened in 2021 where military drones attacked fleeing soldiers without being instructed to do so¹⁹. According to the U.N. Report, “the lethal autonomous weapons systems were programmed to attack targets without requiring data connectivity between

¹⁶ Seixas-Nunes, 2021, p. 425.

¹⁷ Anderson & Waxman, 2023, p. 6.

¹⁸ Seixas-Nunes, 2021, p. 431.

¹⁹ Sankaran, 2021.

the operator and the munition”²⁰, confirming that said lethal actions were implemented by these drones without a human command behind it.

For most people, this kind of event would be a fighting script, but not for world powers. It’s important to understand that the greed for power is directly reflected in military advances, and whoever is ahead in this segment is already winning. Based on this premise, ensuring continuous technological advances in military defences is crucial, and, led by the U.S., Western countries are absorbing these lessons and implementing the knowledge in their future perspectives²¹.

In line with this idea, on September 2023, the U.S. announced the Replicator initiative, focused mainly on increasing the use of AI on the battlefield and confirming the use of autonomous weapons to identify, track and attack targets without human intervention²². The objective is to develop thousands of autonomous weapons in only 18/24 months, pressing other countries to join this military race. Some even say that “AI is indispensable to the United States’ future security”²³, showing how relevant this evolution can be to a powerful international actor such as the U.S. and that AI can be a crucial element to support military operations.

The European Union is right behind, but the goals are timider. For now, the EU hasn’t presented specific investments involving artificial intelligence and AWS. However, we can conclude it is a matter of time, since AI, big data, quantum technologies, and cyber and space capabilities are already on their radar²⁴. The European Defence Agency “2023 EU Capability Development Priorities”²⁵ already show how defence priorities have changed in recent years, highlighting the need for investment in the UAV department, and focusing on drones and their operational applications. It’s a matter of urgency to “significantly ramp up the incorporation of drones and counter-drone technology into its numerous defence documents and initiatives”²⁶.

The development and advancement of the world’s warfare is quickly moving forward. From the transformation of UAV to AWS and the recent usage of AI for military purposes, it’s possible to affirm that technological evolution has brought new scenarios, but also new challenges that are forcing the International Law community to deal with them.

²⁰ U.N. Security Council. *Letter from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council* (2021).

²¹ “Killer drones pioneered in Ukraine are the weapons of the future” (2024).

²² Rosen, 2023.

²³ Flournoy, 2023, pp. 61 and 66.

²⁴ Borsari & Davis, 2023.

²⁵ “The 2023 EU Capability Development Priorities” (2023).

²⁶ Borsari, F. & Davis, 2023.

2.3. New challenges arising

The increasing implementation of (autonomous) drone warfare is gaining more and more space worldwide. New drone technologies are allowing the reduction of war costs while increasing precision in hitting military targets, causing severe damage — sometimes irreversible — to the opponent.

As will be thoroughly explored in this work, these new drones can be light, small and practically invisible to the opponent's eyes while extremely precise and destructive. Furthermore, investments are reduced, since a drone can cost less than a tenth of the price of conventional missiles. Despite being extremely cheap, a small drone can, for instance, sink a ship or destroy a refinery, causing million-dollar-damages and inestimable losses.

Also, in situations where human material is practically non-existent — with a shortage of soldiers capable of going to the field —, fighting a war outside the battlefield presents itself as an excellent strategic solution, guaranteeing soldiers' security while allowing the optimization of battle strategies, since “unlike humans, AWS do not have a need to protect themselves”²⁷. So, the use of drones can not only help prevent bloodshed, but it can make action on the battlefield more strategic and less emotional as well: these devices are emotionless²⁸, they don't feel tired or hungry, feel fear, anger or hate, transforming their action into purely strategic and mathematically calculated operations.

All these considerations bring along new challenges which are already on the radar of many international actors. Considering the positive points of using UAV on the battlefield, the main international agents already face daily challenges in improving and investing in the development of these weapons. The intention is to increasingly improve performance on the battlefield, bringing safety and precision to action, while reducing the costs spent on a conflict. From this point of view, it is possible to affirm that “the idea of autonomous systems, which depend exclusively on their embedded algorithms and do not require human intervention, has caught the imagination and excitement of many”²⁹.

However, this increasing use of UAV can also present the other side of the coin, raising important questions inside the international community, such as how to control and how to stop an automatic weapon with no human behind its control, or who is responsible for humanitarian crises when no operator is behind a drone strike.

From the *jus in bellum* point of view, some authors already point out the complexity of saving civilians in a war mostly directed by computers, where the differentiation between soldiers and civilians becomes very difficult, if not impossible³⁰.

²⁷ Wagner, 2014, p. 1.412.

²⁸ Wagner, 2014, p. 1.412.

²⁹ Seixas-Nunes, 2021, p. 424.

³⁰ Leys, 2020, p. 379.

Some scholars even affirm that “a substantial number of life-or-death decisions in the next generation of warfighting will be made by computers, not humans”³¹, which can increase the level of humanitarian crises the world is already dealing with.

According to the ICJ, “States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets”³². This understanding corroborates how unstable and (probably) dangerous the unbridled use of AWS can be. These systems are unpredictable, and the data collection from the battlefield in real time only increases this instability, since “the optical outcome is not based on human judgment, but on probabilities”³³. At the same time, International Humanitarian Law needs a certain level of compassion, which is practically impossible to achieve with UAV³⁴.

For the International Law community, though, this is not the only challenge related to the use of AWS. The *jus ad bellum* perspective also brings different concerns regarding new technologies on the battlefield, making the main actors of a possible war rethink new limits and new requirements when starting a conflict. For instance, it’s relevant to establish and understand whether the “use of force by an AWS alters the legality of another party’s self-defence”³⁵.

Some ideas point in the way of defending that “autonomous weapons system’s actions cannot be attributed to the State at all”³⁶. This premise would lead to the conclusion that an attack committed with the use of AWS would not authorize a State’s right of self-defence, since no *jus ad bellum* violation would be characterized.

This understanding could help to avoid dangerous escalation for simpler situations, such as a single and small explosion committed by a drone not being recognized as an armed attack to legitimize the use of force (under Article 51 of the U.N. Charter). Nevertheless, on the other hand, if States or other war actors were not to be responsible for situations related to AWS attacks, this conclusion would affect their responsibility for atrocities identified under *jus in bellum*³⁷, such as the confusion between civilians and military targets — an idea that the International Humanitarian Law community would never accept.

Given this entire narrative, it is possible to identify how sensitive this discussion is and how complex it can be to find a balance between the use of UAV on the battlefield and the preservation of *jus ad bellum* and *jus in bellum*. While it’s important to identify

³¹ Scharre *apud* Leys, 2020, p. 384.

³² ICJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996), p. 35, § 78.

³³ Seixas-Nunes, 2021, pp. 451-452.

³⁴ Arkin *apud* Wagner, 2014, p. 1.412.

³⁵ Leys, 2020, p. 380.

³⁶ Leys, 2020, p. 399.

³⁷ Leys, 2020, p. 400.

responsibilities for humanitarian crises related to the unrestricted use of drones, some boundaries must be established regarding the legitimate use of force, since not any kind of attack can authorize such a reaction.

New technologies have come to stay, and they are already putting into perspective how they can affect warfare nowadays. The use of AI on the battlefield is just an example of how new technologies are able to affect a conflict. The International Law community is already facing some difficulties in dealing with regular AWS, and the adoption of AI can increase the complexities in these legal scenarios.

For now, one thing is possible to affirm: “Autonomous Weapon Systems will affect how and whether crises escalate. This is especially true for the most dangerous kinds of crises, involving two or more powerful and technologically advanced States”³⁸. And this type of situation is exactly what’s happening today, creating several new challenges related to the use of UAV, as we’ll see below.

3. UAV and the modern military operations

As pointed previously, the evolution of UAV is bringing to light extremely relevant discussions related to warfare and modern military operations, creating not only several daily implications, but also legal uncertainty arising from the unrestricted use of drones on the battlefield. From a theoretical point of view, it is possible to affirm that the present world scenario shows these facts, as is going to be pointed in this work.

Since 2022, the world has been experiencing several different kinds of conflicts, maintaining the globe in a constant state of alert. Despite all these adversities, and regarding the purpose of this work — related to the unrestrained use of UAV on the battlefield — the idea will be to analyse, from this perspective, three of these major recent conflicts, namely: (i) Russia x Ukraine; (ii) Israel x Hamas; and (iii) the U.K. and the U.S. x the Houthis in the Red Sea.

While some facts present positive points coming from the use of drones, such as keeping the soldiers away from the battlefield and reducing the war costs, others show how dangerous this unrestricted implementation can be to the society, where civilians are becoming the biggest victims. Additionally, from a military point of view, the analysis will also consider whether a drone attack is sufficient to legitimize the right of self-defence under Article 51 of the U.N. Charter.

As is going to be seen, each one of these conflicts has brought different reflections on the (unrestricted) use of AWS, presenting several discussions on not only why so

³⁸ Leys, 2020, p. 384.

many countries are inclined to invest in and use this kind of weapon, but also as regards the real implications for International Law and what to expect in the near future.

3.1. A (low-cost) war remotely operated

The main consequences regarding the unrestricted use of drones are related to not only maintaining the soldiers away from the battlefield, but also reducing the costs of an expensive war – the conflict between Russia and Ukraine is a perfect example thereof, presenting itself as a low-cost war remotely operated.

In February 2022, the world stopped. All eyes turned to Eastern Europe, to the border which separates Russia and Ukraine. The invasion of Ukraine — or, as Moscow calls it, the “special military operation” — started more than 2 years ago and is already seen worldwide as a new historical milestone. For the purpose of this study, this war is considered as a turning point when talking about new military strategies and, specifically, about the use of UAV on the battlefield.

Remembering the beginning of the war in 2022 — when the world thought Ukraine wouldn’t resist the Russian army —, it’s possible to affirm that the use of drones came as a solution for the Ukrainian forces. Since day one, AWS were presented as a way of stopping Russian advances, creating difficulties but, above all, making it possible to fight the war. And the question remains on how they are doing it.

In the beginning, the strategy focused on the use of larger drones, like the Turkish TB2 Bayraktar³⁹ — which presents a range of up to 300 kilometres and can cost from 1 million to 5 million dollars⁴⁰. Later, with the progress of the war and the evolution of Russia’s air defence, taking the TB2 Bayraktar easily down⁴¹, Ukrainian forces had to change their path. That was the moment when they started using smaller drones, which completely changed how to fight the war. Smaller drones have “better battlespace awareness and more capability to hit targets”⁴².

Completely deviating from conventional rules, Ukraine started investing in common drones, like the ones used by civilians (for example, the first-person view, also known as “FPV”). Most military forces would never agree with the implementation of commercial aerial vehicles. According to some scholars, these type of drones require a proximity from its operator, requesting agility “to detect and destroy targets before the enemy triangulates their locations”⁴³.

³⁹ Kahn, 2022.

⁴⁰ “Romania wants to buy 18 Turkish Bayraktar TB2 UCAVs for \$300M” (2022).

⁴¹ Kunertova, 2023, p. 583.

⁴² Thompson, 2024.

⁴³ Chávez & Swed, 2023, p. 597.

However, this issue is not being considered by the Ukrainian army. This type of drone is much cheaper — around a thousand dollars per unit —, and it can help Ukraine achieve an important objective: to strike fixed targets at relatively low cost⁴⁴. Since the beginning of the war, the funds allocated to military costs have been scarce, and Ukraine directly depends on aid from other States — which is known to, probably, not last forever. That's the reason why reducing expenses is not only a primary objective, but it's necessary for Ukrainian survival. Replacing million-dollar drones with simpler equipment has presented itself as the best solution, and this is how the war has been fought since — using a “low cost” method.

So, if in a first moment most equipment was more expensive and bigger — easier to be target by the enemy —, now civilian drones are stealing the thunder. They present simpler systems and are sneakier in the eyes of the opponent, showing how “very inexpensive drones can damage or destroy very expensive military equipment”⁴⁵. Since they are not developed to act on the battlefield, their lifespan ends up being short. However, their low cost justifies the risks.

So, if on the one hand it is possible to automate the process with the use of commercial drones, keeping soldiers off the battlefield and severely reducing military costs, on the other hand some risks remain: soldiers are not as far as they could be, which not only puts human material at risk, but could also end up exposing Ukrainian defence strategies on the battlefield. Nevertheless, with the increasing use of drones, it seems Ukraine is willing to take this risk. At least for now.

Ukrainian President Volodymyr Zelenskyy has already pointed out how the Ukrainian production of UAV is essential and should focus on drones with different ranges and purposes⁴⁶. The proximity of operators is a concern, and the goal is to put them as far away as possible. With such a production in the backyard, not only can they improve drones' ranges, but the costs can drop even more, confirming that the use of drones can be the battlefield's strategy for this next generation.

Another crucial point is that these kinds of drones are sneakier, making it harder for the opponent to identify them in their aerial space. In the last few months, the Ukrainian army has been able to reach Moscow, presenting a symbolic movement and a very high risk for the Russian capital. Countless drones have been intercepted in the Russian city, and some attacks have been carried out successfully^{47 48 49}.

⁴⁴ Thompson, 2024.

⁴⁵ Shyian, 2023, p. 1.

⁴⁶ Ellyatt, 2023.

⁴⁷ “Drone attack hits building in central Moscow” (2023).

⁴⁸ Denisova, 2024.

⁴⁹ “Russia says Ukrainian drone attack killed 2 on border” (2024).

Recently, on March 12th, 2024, dozens of Ukrainian drones hit an important Russian oil facility, causing production disruption and chaos just a few days before the presidential elections^{50 51}. This proves that the smaller the drones, the easier they can advance into opponent's territory, since they can "appear invisible on air-defence radar systems because of their altitude and speed"⁵².

But there's more. These massive attacks operated against the Russian oil and gas industry appear to be performed by "drones with longer ranges and more advanced capabilities, some of which have even begun to integrate a basic form of artificial intelligence to help them navigate and avoid being jammed"⁵³. According to the Royal United Services Institute — a UK security think tank —, these drones are fully autonomous, requiring no communication with satellites, which shows how far Ukraine intends to go in relation to investment in and development of new autonomous weapons⁵⁴.

The positive points of using drones are being intensively explored by Ukraine, especially in the last few months. As commonly known, the Ukrainian counteroffensive — which was supposed to happen in the middle of 2023, with lots of investments coming from western countries — was a big failure, and Ukraine was not able to achieve any of its targets, including getting back some important cities.

The use of drones came once again as a solution, an attempt to counterbalance this collapse. On February 14th, 2024⁵⁵, an important strike happened, and the Ukrainian military forces sank a Russian landing ship in the Black Sea. The assault was made with the use of high-tech naval drones and represented a huge success for the Ukrainian army.

Less than a month later, it happened again and, on March 6th, 2024⁵⁶, another Russian warship was sunk. Now, a sea drone — called Magura V5, specifically developed by Ukraine — was the chosen one. This sea drone has a range of up to 800 kilometres, 60 hours of battery life, and present GPS and video cameras⁵⁷.

The negative point is that sea drones are not as cheap as civilian drones, such as FPV. The Magura V5 costs around 250 thousand dollars, while the Sea Baby — a new type of sea drone recently developed by Ukraine — costs around 220 thousand dollars. In any case, these devices are capable of sinking ships worth millions or billions of dollars, which ends up justifying all the investment made by the Ukrainians⁵⁸.

⁵⁰ Roth, 2024.

⁵¹ Faulconbridge & Kelly, 2024.

⁵² Kunertova, 2023, p. 582.

⁵³ Cotovio, Sebastian & Goodwin, 2024.

⁵⁴ Cotovio, Sebastian & Goodwin, 2024.

⁵⁵ Novikov, 2024.

⁵⁶ Vlasova & Lendon, 2024.

⁵⁷ Hatton, 2024.

⁵⁸ Hatton, 2024.

As can be seen, “Ukraine has already demonstrated that its naval drone capabilities can push Russian vessels away from its coast”⁵⁹. The use of sea drones in the Black Sea has been crucial and these strikes have lifted Ukrainians’ morale⁶⁰. After sinking some Russian ships, Ukraine has finally been able to restart its grain exports to pre-war parameters, not only boosting their economy, but also ensuring supplies for the entire world. And one thing is for sure: without sea drones — the new character in this war — this victory would never have been possible.

But these are not the only strengths related to the use of this kind of UAV. In a huge battle as this one — maybe the most important since World War II — drones are also playing another important role backstage, bringing transparency in potential war crimes committed by Russia inside the Ukrainian territory.

For this kind of monitoring, the U.S. has donated a few autonomous camera drones, developed by Skydio, an American enterprise specialized in this kind of equipment. The Skydio 2+ drones have high resolution cameras, being able to “take photo and video content to document war crimes”⁶¹. The expectations are to document the destruction of civilian facilities and human rights abuses committed by the Russian forces. Maybe one day, with this evidence, Russia will finally answer for its barbaric acts. For now, it’s possible to recognize that “obtaining information about the enemy provides an indirect benefit” from this kind of equipment⁶².

One thing is for sure: UAV have completely changed the fate of the conflict, and all these positive points are in aware. In the last months, former Ukrainian army chief Valerii Zaluzhnyi has been focusing on the importance of technology development for the military field, which is crucial for the continuation of the war against Russia. For him, “in a society possibly reluctant to put large numbers of young men and women directly in harm’s way, remote-controlled drones provide a more acceptable type of combat operation”⁶³.

In a letter addressed to CNN on February 1st, 2024, Zaluzhnyi was categorical not only in describing the importance of investments in technology, but also in pointing out that the use of UAV may represents the main salvation for Ukraine:

The main reason for the change in the strategy, forms and methods of employment of forces, of course, is the development of weapons and equipment, especially unmanned systems, the use of which has become

⁵⁹ Kunertova, 2023, p. 587.

⁶⁰ Hatton, 2024.

⁶¹ “USAID delivers Skydio autonomous camera drones to Ukraine to document war crimes” (2023).

⁶² Shyian, 2023, p. 3.

⁶³ Carey, 2024.

widespread and allows to perform a wide range of tasks, which is constantly growing. Therefore, unmanned systems, along with other advanced types of weapons, are almost the only tool for withdrawing from military operations of a positional form, which are not beneficial in terms of time for Ukraine for a set of reasons.

(...)

In view of the mentioned above, as well as in accordance with the conditions of war today, perhaps the main option for gaining an advantage is to master the entire arsenal of relatively cheap, modern and extremely effective assets that are rapidly developing. It is the attempt to take advantage of the progress in the development of new technologies that will allow to win the scientific, technical, technological and tactical battle and will lead not only to the unconditional Victory, but also to savings and conservation of resources both by Ukraine and our partners.

(...)

In addition, I would like to note that in addition to improving the effectiveness of combat operations, unmanned and other advanced technological systems are able to solve a number of key problems in the organization and conduct of combat operations of the Defence Forces of Ukraine.

(...)

Therefore, it is extremely necessary to take advantage of the opportunities provided by the new conditions of war to maximize the accumulation of the latest combat capabilities, which will allow less resources to inflict maximum damage on the enemy, stop his aggression and protect Ukraine from it in the future.⁶⁴

The importance of investing in new technologies is not a Ukrainian concern only. Western countries, especially the U.S., have been watching closely the development of the conflict between Russia and Ukraine, and the worries are increasingly growing. Learning from the difficulties of stopping smaller drones, the U.S. Department of Defence is already developing the Anvil-M anti-drone system, which is a device that comes from the ground focusing on the destruction of these types of enemy drones^{65 66}.

As can be seen, investing in technology can open important paths inside the battlefield, and, in this specific conflict, it can be decisive for the fate of both sides. For

⁶⁴ Zaluzhnyi, 2024.

⁶⁵ Demarest, 2023.

⁶⁶ Shyian, 2023, p. 7.

the former Ukrainian army chief, “innovation in drones, electronic warfare, anti-artillery capabilities and demining equipment, as well as in the use of robotics”⁶⁷ is urgent, since these weapons are becoming the main core for fighting this battle. Some already say this conflict “has become a laboratory for new military technology”⁶⁸, and Ukraine is becoming the main actor, seizing the opportunity to develop a domestic industrial base of UAV.

So, if at first the expectation was to see a Ukrainian defeat in a few months, the use of drones has not only given the country the possibility to fight but has also transformed this conflict into a war of attrition, where everything is possible. Now, with both parties mostly away from the battlefield, whoever lasts the longest wins. It’s reasonable to affirm that the possibility of winning is on the side of who lasts the longest — and with all these several investments in UAV, Ukraine has transformed from an underdog to a potential actor who remains in the “game”.

In the current moment, Ukraine is losing 10,000 drones per month, which can only let the world imagine how many UAV are actually on the battlefield. One thing is for sure: “Never before have so many drones been used in a military confrontation”⁶⁹. And following the idea presented by former Ukrainian army chief Zaluzhnyi, this is just the beginning.

The unrestricted use of drones, with new technologies or even after some improvisations — as the usage of FPV with duct tape and bombs⁷⁰ — has completely changed the balance of power, giving Ukraine a true chance to fight this battle. With a bit of creativity and innovation, Ukraine has been showing the world “how savvy technological adaptation can change twenty-first century warfare and could tip the balance of power in favour of the force that is more innovative”⁷¹. The use of UAV presents itself as a breath of hope in the midst of chaos.

Confirming this idea, it’s a mere consequence to recognize that “the decreased human cost of war, especially in respect of the soldiers’ physical and psychological health; the better situation for ground forces and a faster response to strike back enemy forces; the fewer financial costs for States; and the increased ability to take faster and more accurate decisions, compared to human capability”⁷², are considered strong arguments to defend the use of AWS.

As can be seen, all these arguments — also combined with indirect benefits from the use of UAV, such as high-resolution cameras and how sneaky these weapons can be

⁶⁷ “Ukraine’s commander-in-chief on the breakthrough he needs to beat Russia” (2023).

⁶⁸ Hatton, 2024.

⁶⁹ Franke, 2023.

⁷⁰ Kullab, 2023.

⁷¹ Thompson, 2024.

⁷² Seixas-Nunes, 2021, pp. 429-430.

to the opponents' eyes and their air defence — are truly reaffirmed as the war between Russia and Ukraine progresses, confirming that (probably) drone strikes came to potentially transform the global order⁷³.

3.2. The dehumanization of war

The problems with the massive use of drones are not limited to war strategies, costs, and remote military operations. The unrestricted use of UAV carries a very heavy burden related to humanitarian rights, and the very recent conflict between Israel and Hamas⁷⁴ can demonstrate these facts.

On October 7th, 2023, a massive and cruel attack spread inside Israel. The Hamas group⁷⁵ planned and carried out an unprecedented terrorist attack, not only killing Israelis and foreigners, but also taking more than 100 people into captivity. The thirst for revenge was immediate. Israel's response was no different, and now the cruel acts have changed sides. By squeezing the population within the Gaza Strip, the Israeli army seeks, at the same time, to free its hostages and to extinguish once and for all those considered enemies — the Hamas. To achieve this target, they are not putting the humanitarian perspective in balance.

First, it's necessary to point out that the Gaza Strip — the urban area where the conflict is taking place — is not an easy territory. The irregularities of the terrain, with narrow streets and buildings packed with civilians, make the Israeli army's task much more difficult. Putting soldiers on the street is the same as sending them to an (almost) uncertain destination, and they are not totally willing to do that.

The way found to avoid this type of instability and reduce the risk for soldiers is exactly the use of drones, now placed on the front lines of this conflict. Trying to deviate from the difficulties faced, "Israel is (...) deploying smaller drones that can get much closer to the action"⁷⁶.

One of the drones used by Israel is the Xtender, a small device suitable for tunnels and the irregularity presented in Gaza. Regarding this kind of drone, the way it works demonstrates the type of technological evolution that is already affecting weapons:

The drone has shrouded rotors to prevent damage from contact with walls and its software allows it to recognise objects and avoid collisions. It

⁷³ Kunertova, 2023, p. 580.

⁷⁴ Please note that, for the main purpose of this work, we'll not present our opinion on who might be right or wrong in this conflict, but we'll analyse the legal perspectives regarding the use of AWS and, specifically, how this unrestricted use is transforming the scenario in a dehumanization war.

⁷⁵ The Hamas — an acronym of the Arabic phrase "Islamic Resistance Movement" — is considered a terrorist group by some countries, such as Israel, the United States and the European Union ("What is the Palestinian group Hamas?" – 2024).

⁷⁶ "How Israel is using drones in Gaza" (2023).

can attach a charge strong enough to break down a door, back away before it is detonated and then proceed. Xtender can also carry a small explosive warhead, weighing up to 150 grams.

(...)

Xtenders can work in a chain to connect an operator with a unit which would otherwise be out of reach. These drones can also operate semi-autonomously, continuing with a mission without human input or returning to a place where they can connect via radio. That they can function autonomously also makes these drones easier for operators to use, enabling them to focus on important updates, such as whether the drone has found people or weapons.⁷⁷

This information brings the algorithms method — mentioned in the second chapter — to the scene, showing how the drones used by Israel are autonomous and how the human action is practically out of the scope. After pressing the button, the drone is programmed to achieve its target no matter what. Nevertheless, it is important to understand how this affects the conflict itself and how this can be interpreted by the International Law community.

For International Law, one of the main questions regarding the Israeli offensive is related to understanding whether the Israeli forces⁷⁸ are committing war crimes with their actions. As commonly known, a war crime, as stated in Article 8 of the Rome Statute, can be classified as a serious violation of International Humanitarian Law⁷⁹ in an armed conflict. To avoid this kind of crime, the military forces involved in an armed conflict must respect two main principles when fighting a war, which are the principle of distinction and the principle of proportionality.

According to Professor Doulgas Guilfoyle^{80 81}, the principle of distinction is intimately related to distinguishing military targets from civilians, to guarantee protection for the civilian population involved in the consequences of the armed conflict. In accordance with this, it's mandatory to direct the operation exclusively towards

⁷⁷ "How Israel is using drones in Gaza" (2023).

⁷⁸ It's important to understand that "a war crime gives rise to individual criminal responsibility, not state responsibility" (Lewis, 2023, p. 6). This affirmation means, in this case, that we are only analysing individuals' responsibility, related to the person who gives an order to the Israeli forces (which can be, for e.g., any commander; Mr. Yoav Galant – Israeli Ministry of Defence; or even Mr. Benjamin Netanyahu – Israel's Prime Minister).

⁷⁹ Lewis, 2023, p. 2.

⁸⁰ Guilfoyle, 2016, pp. 201-202.

⁸¹ U.N. *Protocol I* (1997). Article 48 – Basic Rule: "In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives".

military targets and objectives. Otherwise, one of the requirements for committing a war crime would be fulfilled.

The principle of proportionality^{82 83} is still related to the principle of distinction, since it maintains the idea of protecting the civilian population. For the matter of this principle, even military targets should not be aimed at if the side effects of the attack can somehow reach civilian life disproportionately. This means side effects are plausible, but these must not be in excess when compared to the concrete military advantage expected from the action.

Also, before analysing whether we are facing a war crime, it's important to identify whether this conflict is considered an international armed conflict (IAC) or a non-international armed conflict (NIAC), since each brings different implications by the Rome Statute and the type of war crime committed.

In 1995, the ICTY⁸⁴ established the criterion for identifying IAC and NIAC. According to the ICTY, an IAC occurs when the armed conflict arises between two States, whereas an NIAC occurs when the conflict is between governmental authorities and organized armed groups, or between these groups and a State — exactly what we are currently experiencing between Israel and the Hamas. In that case, the ICTY has defined that “International Humanitarian Law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached”⁸⁵. This confirms that war crimes can be seen not only in IAC, but also in NIAC.

Considering the conflict between Israel and the Hamas as a NIAC, it's possible to identify the type of war crime that could be committed by order of the perpetrator with the unrestricted use of AWS. The Rome Statute⁸⁶ brings several different situations that could fit the latest acts carried out by Israeli forces, but the main three would be Articles 8(2)(c)(i), 8(2)(e)(i) and 8(2)(e)(ii), as seen below:

Article 8(2)(c)(i), Rome Statute: In the case of an armed conflict not of an international character, serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts committed against persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed

⁸² Guilfoyle, 2016, pp. 201-202.

⁸³ U.N. *Protocol I* (1997). Article 57, 2, III – Precautions in attack: “With respect to attacks, the following precautions shall be taken: a) those who plan or decide upon an attack shall: (...) III. refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”.

⁸⁴ ICTY. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, October 2nd, 1995, p. 37, § 70.

⁸⁵ ICTY. *The Prosecutor v. Dusko Tadic* (1995), p. 37, § 70.

⁸⁶ ICC. *Rome Statute* (1998).

hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause: (i) Violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

Article 8(2)(e) (i) and (ii), Rome Statute: Other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

- (i) Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities;
- (ii) Intentionally directing attacks against buildings, material, medical units and transport, and personnel using the distinctive emblems of the Geneva Conventions in conformity with international law.

In the first situation, the attacks perpetrated must result in civilians' murder. The second and the third situations are slightly different, since they are related to directing the attack — designedly — to the civilian population or medical units. In the second and third scenarios, a civilian murder is not necessary to qualify the action as a war crime.

Having identified the types of war crimes that could be committed in this conflict, the next step would be the fulfilment of the mental element, which is necessary to characterize any kind of war crime, including the ones mentioned before. The mental element presents the intent and knowledge related to the action^{87 88}. As such, it's necessary to point out that the “intention” behind the military action must be truly present, confirming that the perpetrator knows the factual circumstances of committing the prohibited act.

In the conflict analysed, the idea is to identify whether the Israeli forces — personified by an order from a commander —, while using AWS, are respecting the core principles of distinction and proportionality, and whether all other requirements for the characterization of this kind of crime are fulfilled.

Regarding the use of AWS in the battlefield and its relationship with the principles of distinction and proportionality, some scholars defend that these weapons have come to guarantee compliance with both principles. For these scholars, “drones, however, arguably have the potential to allow armed forces to target individuals very precisely and

⁸⁷ Guilfoyle, 2016, p. 214.

⁸⁸ ICC. *Rome Statute* (1998). Article 30: “Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge”.

actually minimize the risk to nearby civilians in such situations”⁸⁹, minimizing the civilian risks and disproportional damages in the battlefield.

Although we understand this line of thought, it does not seem very feasible. According to Professor Doulgas Guilfoyle, the use of unmanned weapons can bring risky situations due to “fatal errors through not exercising sufficient care in deciding whether a suspicious person or vehicle identified by a drone is actually a military target which can be attacked with lethal force”⁹⁰.

Besides, it seems easier to order an attack from inside an office, away from the dangers of the battlefield, with practically no emotional charge. In these situations, thinking about consequences, unfortunately, is no longer a priority. This scenario is exactly what the world is being forced to witness in this conflict.

Since the beginning of the war, countless drone attacks have been ordered by Israeli forces, which confirms how easy it is to push a button. At the same time, the number of civilians affected by these attacks is uncertain, demonstrating once again how fallible (or inconsequential) the use of AWS might be.

Some may ask about the requirement of the mental element, since the situation involves a weapon that, after pressing a button, needs no more human interaction. Nevertheless, the importance here is to recognize the intention behind the act and the risks involved in each situation. As mentioned before, the Israel x the Hamas conflict is taking place in the Gaza Strip, a territory which presents irregularities and narrow streets, making the possibility of targeting civilians pretty easy. In such a situation, the use of drones presents a huge threat for the civilian population. From this idea, it's easy to affirm that achieving a military target without consequences for the Palestinian population is rare, if not impossible.

In the last few months, the international community has been forced to watch some attacks committed by drones that tend to be classified as war crimes where the prosecutor has ignored the principles of distinction and proportionality and knew exactly what the consequences of their acts would be. Here are some examples:

- (i) 18 November 2023 – Israeli drone strike in West Bank⁹¹: 5 Palestinians killed during a strike that was supposed to reach the headquarters of the Fatah group in the Balata refugee camp east of the city of Nablus.

⁸⁹ Lewis & Crawford *apud* Guilfoyle, 2016, p. 204.

⁹⁰ Guilfoyle, 2016, p. 204.

⁹¹ “5 Palestinians killed in Israeli drone strike in West Bank” (2023).

- (ii) 20 December 2023 – Israeli drone strike in Gaza with dead child pulled from rubble⁹²: No evidence to justify why the area was attacked by the drone.
- (iii) 24 December 2023 – Israel’s deadly attack on a Gaza refugee camp⁹³: More than 70 people killed, including 12 women and seven children. The strike made by the Israeli drone devastated an overcrowded residential area, burying entire families under tons of rubble.
- (iv) 27 December 2023 – Israeli strike on refugee camp in occupied West Bank again⁹⁴: At least 6 Palestinians killed. The victims were reportedly young men between the ages of 16 and 29. This attack was the second strike in 24 hours.
- (v) 19 January 2024 – Israeli drones and the attack to a hospital in southern Gaza⁹⁵: 142 Palestinians killed and 278 injured in Gaza in 24 hours.
- (vi) 2nd March 2024: A drone strike hits a tent camp in Rafah⁹⁶: The attack happened next to Al-Helal Al-Emirati Maternity Hospital in southern Gaza and killed 11 people, leaving more than 50 injured.
- (vii) 1st April 2024: An aid convoy is hit in a Israeli strike⁹⁷: 7 aid workers from the World Central Kitchen killed. Since the beginning of the conflict, 196 aid workers have been killed in Gaza, which contributes to the conclusion that this attack was not an isolated one.

As can be seen, most of the attacks planned by the Israeli forces not only killed civilians, but targeted residential neighbourhoods, refugee camps and even hospitals. All these elements make it impossible to abide by the principles of distinction and proportionally. *In contrarium*, these acts may configure war crimes under Articles 8(2)(c)(i), 8(2)(e)(i) and 8(2)(e)(ii) of the Rome Statute. The actions are categorically disproportionate and do not present any thought on the distinction between military and civilian targets.

From this point of view, it’s possible to conclude that maintaining a distance from the battlefield makes it simpler to fight a war. This means that, “as distance increases, it

⁹² “Sky News witnesses chaos of Israeli drone strike in Gaza as dead child pulled from rubble” (2023).

⁹³ Tello, 2024.

⁹⁴ “Six killed in Israeli strike on refugee camp in occupied West Bank” (2023).

⁹⁵ “Israeli drones attack hospital in southern Gaza, Palestinian Red Crescent says” (2024).

⁹⁶ “At least 11 Palestinians killed after Israel hits tent camp in Rafah” (2024).

⁹⁷ Rasgon & Boxerman, 2024.

becomes psychologically easier for individuals to commit acts that they would often otherwise be more reluctant to carry out”⁹⁸. It’s more comfortable to (not) think when you don’t have to look in the eyes of your target.

Also, the automatization of weapons brings the idea that, once the button is pushed, nothing else can be done. Mistakes can happen and, without human discernment, a step taken may not be reversed. The truth is that “the judgment, reasoning, and discretion exercised by a human cannot be performed by a machine”⁹⁹.

But without any big surprises, things can get worse. As mentioned in the second chapter of this study, the development of AWS is moving faster, and now it’s plausible to already consider the influence of AI on the battlefield. If the world is already dealing with severe humanitarian consequences from the unrestricted use of drones, the implementation of AI, completely taking away the human presence, can get things (apparently) out of control.

The development of this type of weapon with artificial intelligence is so complex that it is possible to think about witnessing weapons acting without any type of human intervention. At first, it could seem somewhat absurd, but these new technological advances allow us to consider these apparently unrealistic, but palpable, scenarios. The concerns are tangible and, unfortunately, this is already happening in the conflict between Israel and the Hamas.

Since December 2023, Israel is using AI to select bombing targets in Gaza, making this technology responsible for deciding which target to achieve, resulting in “targeting choices with life-and-death consequences”¹⁰⁰. For now, there are no answers regarding this situation. Nevertheless, the use of AI in this specific conflict is bringing up several concerns, since it’s not clear if all the civilian “casualties” mentioned before have some relation to the AI targeting. Activists are demanding more transparency, but Israel prefers to remain silent¹⁰¹.

So, if, on the one hand, the benefits of using AWS are evident — as they endanger fewer soldiers, prevent loss of life¹⁰², and can be more precise in hitting targets —, on the other, the use of drones presents a very unstable scenario with a refinement of cruelty, considering that it becomes easier to advance on the battlefield without distinguishing targets and civilians.

When talking about regular AWS, some scholars already affirm that “the use of autonomous weapons is becoming one of the most significant threats to humanity in

⁹⁸ Grossman *apud* Wagner, 2014, p. 1.410.

⁹⁹ Ulgen, 2016, p. 12.

¹⁰⁰ Davies, McKernan & Sabbagh, 2023.

¹⁰¹ Gedeon & Miller, 2024.

¹⁰² Wagner, 2014, p. 1.412.

today's society"¹⁰³. If this type of thinking already finds space within some scholars regarding conventional AWS, the use of artificial intelligence increases the concern even further.

As can be concluded, one of the main problems regarding the unbridled use of AWS is related not only to the capability of this kind of weapon to distinguish civilians from soldiers¹⁰⁴, but also to how simple the use of it can be. The rebound effect is immediate: while most Israeli soldiers are saved, countless Palestinian civilians find themselves in a degrading situation, putting their lives at risk on a daily basis.

The direct result is what we are seeing today: until now, more than 33 thousand¹⁰⁵ Palestinian civilians have already died in this conflict —more than 13,800 of which being children —, a number that increases day by day. At the end of the day, the world can (unfortunately) expect the scenario we are already familiarized to see, which is another possible war crime “un-investigated or, at the very least, unpunished”¹⁰⁶. Therefore, the hope is that, eventually, in a not-so-distant future, International Humanitarian Law will be able to protect those who unfairly end up being targets of the indiscriminate use of drones.

3.3. The configuration of an armed attack

After presenting different sides and consequences from the use of drones, another perspective from this study will be to understand whether a drone attack can be qualified as an armed attack under Article 51 of the U.N. Charter, consequently authorizing the exercise of the inherent right of self-defence.

Recently, the conflict between the Houthi and the U.S. and the U.K., which is taking place in the Red Sea, raised some questions regarding this topic, pointing out nuances that cannot be ignored when analysed from the perspective of the right to self-defence, as it's going to be shown in the next few pages.

The Red Sea is considered a strategic point of connection between Asia and Europe (connecting the Indian Ocean and the Mediterranean Sea through the Bab El-Mandab Strait and the Suez Canal), being essential for the development of the global economy. Nowadays, 12 percent of global trade and 30 percent of global container traffic traverses the Red Sea¹⁰⁷, which includes the traffic of crude oil, condensate and refined petroleum products. Without this pathway, the only route would be to go under the African continent, which adds days to the journey taken by international cargo ships. Precisely

¹⁰³ Gunawan, Aulawi, Anggriawan & Putro, 2022, p. 1.

¹⁰⁴ Leys, 2020, p. 379.

¹⁰⁵ Motamedi & Chughtai, 2024.

¹⁰⁶ Lewis, 2023, p. 3.

¹⁰⁷ Fuary-Wagner, Wiggins & Hewitt, 2024.

because of the relevance of the Red Sea, many countries have permanent military bases around the region, to guarantee a constant protection of the area¹⁰⁸.

On November 19th, 2023, the Houthi — an armed group based in Yemen¹⁰⁹, which is strategically positioned in the Red Sea —, started to attack several cargo ships in the area, in a way of showing support to the Palestinians in the conflict against Israel. Most of the attacks were made by UAV, which, as already mentioned, are capable of reaching specific targets (here recognized as the ships themselves) without much effort and almost no human interaction.

The Houthi's weaponry is made of the junction of medium and long-range drones, such as the Samad-2 (ranging between 1.200 km-1.500 km), Samad-3 (ranging between 1.300 km-1.700 km,) and Samad-4 (ranging 2.000 km), and the Wa'id (ranging 2.500 km)¹¹⁰. From this perspective, it is already possible to conclude that the Houthi are truly prepared to achieve medium and long-distance targets, being possible to maintain their forces far away from the conflict itself.

First, only Israeli ships or the ones on route to Israel were the target. The first cargo ship attacked was the Galaxy Leader, owned by a British company, but also by an Israeli citizen¹¹¹. Later, the criterion was gone, and any cargo ship passing through the Red Sea could be a target. This was enough to cause chaos in the region, making several countries rethink their ships' route. The global economic crisis began: the attack threatened freedom of navigation and the stability of global oil prices¹¹².

Concerned with their own cargo ships, the U.S. announced a maritime force to protect them. For the U.S. government, "maintaining the flow of oil through major thoroughways around the world is a national security concern"¹¹³.

Nevertheless, this maritime force was not enough, and the strikes ordered by the Houthi continued to happen. Worried about the tensions in the region, on January 10th, 2024, the U.N. Security Council adopted Resolution 2722¹¹⁴, reaffirming navigational rights and demanding the Houthi to immediately cease all the attacks — without expressly authorizing the use of force. As can be imagined, the Resolution had no practical effects. The instability persisted.

Then, just one day after the adoption of Resolution 2722, the U.S. and the U.K. launched missiles against the Houthis, more specifically in the controlled region of Yemen¹¹⁵. They had more than 60 targets, focusing on the capital city of Sana'a, but also

¹⁰⁸ Fuary-Wagner, Wiggins & Hewitt, 2024.

¹⁰⁹ "Who are the Houthis? A simple guide to the Yemeni group" (2024).

¹¹⁰ Jalal, 2023.

¹¹¹ Scharf, 2024.

¹¹² Shamash, 2017, p. 1.

¹¹³ Shamash, 2017, p. 5.

¹¹⁴ U.N. Security Council. *Resolution No. 2722* (2024).

¹¹⁵ Sabbagh & Borger, 2024.

other cities, such as Saada and Dhamar. With these strikes came a message. The Representative of the U.S. to the U.N., Linda Thomas-Greenfield, addressed a letter to the Security Council claiming the use of force under their right of self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations^{116 117}.

In this specific conflict, even though Resolution 2722 does not expressly authorize the use of force, the U.S. concluded that “the resolution took note of the right of Member States, in accordance with international law, to defend their vessels from attack”¹¹⁸ — which would, under the American understanding, indirectly authorize the use of force. This knowledge is rejected by some scholars (such as Russell Buchan and Marko Svicevic)^{119 120}, who defend that said Resolution does not authorize the use of force against the Houthis. Nevertheless, these scholars also support that the exercise of the inherent right of self-defence must be judged not by the (non)authorization by the Security Council but considering whether the actions taken by the U.S. and the U.K. respect the requirements of proportionality and necessity, and whether they are taken against an armed attack.

As per Article 51, a State may justify the use of force claiming the right of self-defence if an armed attack occurs against the State itself. The proof of an armed attack was implemented to narrow the possibility of a unilateral use of force, to restore possible abuses by States¹²¹.

In this specific case, most of the Houthi’s attacks are done isolated, and each of the drones is directed to one single ship. From this point, one shot results in one attack. Regarding all these considerations, the most important question inherent to the right of self-defence claimed by the U.S. and the U.K. is to understand whether an AWS strike can be considered an armed attack for the purpose of Article 51, whether a single attack be qualified as an armed attack under the jurisdiction of Article 51, and whether an armed attack can be performed by a machine, without (almost no) human intervention.

The legislation itself was not specific in defining what exactly an armed attack is, leaving the concept completely open to interpretations. In 1986, the ICJ elucidated what an armed attack is, pointing that it should be considered “the most grave form of the use

¹¹⁶ U.N. *U.N. Charter* (1945). Article 51: “Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security”.

¹¹⁷ U.N. Security Council. Letter from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council (2024).

¹¹⁸ U.N. Security Council. *Letter from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council* (2024).

¹¹⁹ Buchan, 2024.

¹²⁰ Svicevic, 2024.

¹²¹ Stahn, 2003, p. 37.

of force (those constituting an armed attack)”¹²². Yet, this concept is not enough. An act may be considered a grave form of the use of force, but sometimes it might be almost impossible to justify the use of self-defence — since, according to the ICJ, and as a matter of customary law, this right must rely on necessity and proportionality¹²³.

Regarding these requirements, it is very curious to see the choice of words, very accurate, used by the U.S. in its letter, mentioning more than once how the strikes made by the U.S. army were necessary and proportionate, consistent with the right of self-defence authorized by the U.N. Charter:

In response to these attacks and the continuing threat of future attacks, on 11 January, the United States, as part of a multinational operation, alongside the United Kingdom and with support from Australia, Bahrain, Canada and the Netherlands, conducted discrete strikes against Houthi facilities in Yemen that facilitate Houthi attacks in the Red Sea region, including air and coastal surveillance radar sites, as well as unmanned aerial system and missile facilities and launch sites. These necessary and proportionate strikes were taken after non-military options proved inadequate to address the threat.

(...)

The United States took this necessary and proportionate action consistent with international law and in the exercise of the United States’ inherent right of self-defence as reflected in Article 51 of the Charter of the United Nations. The United States will take further action against the Houthis as may be necessary in the exercise of its inherent right of self-defence to respond to future attacks or threats of attacks against the United States.¹²⁴

So, it’s not only necessary to respond with proportionality and necessity, but the configuration of an armed attack must be truly present. Yet, in this specific conflict, the question is how to justify a single attack (made by a single drone) as an armed attack. In similar situations, the legal way found by International Law to justify the use of force under the right to self-defence consists on the application of the theory of “accumulation

¹²² ICJ. *Nicaragua v. United States of America* (1986), p. 101, § 191.

¹²³ ICJ. *Nicaragua v. United States of America* (1986), p. 103, § 194.

¹²⁴ U.N. Security Council. *Letter from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council* (2024).

of events”, where “a series of minor incidents, taken together, can be said to reach the threshold of an armed attack”¹²⁵.

Despite being a little controversial, nowadays this doctrine is already being accepted by some scholars and even by the ICJ. When judging the Oil Platforms case, the ICJ pointed out that “even taken cumulatively, (...), these incidents do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States”¹²⁶, bringing the conclusion that cumulative events may constitute an armed attack.

This point can be considered arguable, since only the cumulation of attacks could authorize the exercise of the right of self-defence. Consequently, a single drone attack would not authorize this premise, and since drone attacks are easily done isolated, this would create an unstable scenario.

When considering the conflict between the U.S. and the U.K. against the Houthi, the only way to justify an occurrence of an armed attack seems to be the application of the theory of “accumulation of events”. One single attack, by a single drone, at one single vessel, probably doesn’t configure the “most grave form of the use of force” requirement pointed by the ICJ. Nevertheless, the accumulation of a series of attacks against different vessels in the region — made by several drones, in several different days — does.

In the letter addressed to the Security Council, the Representative of the U.S. is very accurate in his mention that the exercise of the right of self-defence is directly related to a series of attacks — not a single one — identified in the Red Sea:

I wish to report, on behalf of my Government, that the United States, in the exercise of its inherent right of self-defence, as reflected in Article 51 of the Charter of the United Nations, has undertaken discrete strikes against Houthi facilities in Yemen in response to a series of armed attacks by Houthi militants over the last few months, including several attacks against United States Navy ships in the Red Sea.

Confirmed that the compilation of several events can configure an armed attack for the purpose of Article 51, the next step is to understand whether these attacks can be originated by a AWS — with (almost) no human interaction.

In the *Nicaragua v. United States of America* case, the ICJ defined that this most grave form of the use of force must be “not merely action by regular armed forces across an international border, but also “the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries (...)”¹²⁷. Some authors defend that, from this

¹²⁵ Tams, 2009, p. 388.

¹²⁶ ICJ. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, p. 192, § 64.

¹²⁷ ICJ. *Nicaragua v. United States of America* (1986), p. 103, § 195.

affirmation, we can conclude that an armed attack must originate from human action, since “attacks of humans acting on behalf of a State count”¹²⁸ and “the use of force still depends on humans”¹²⁹.

However, until today, the ICJ has not clearly established whether an attack performed by a non-human soldier constitutes an armed attack for the purposes of Article 51, nor has it set a clear distinction between an attack performed by an AWS and the ones performed by missiles or naval mines¹³⁰.

Nevertheless, it’s important to understand that even an attack performed by an AWS is somehow directed by a human order. As mentioned in the second chapter, after activating the system, no more human intervention is necessary — but the order of activation is essential, and it involves direct human action. The conclusion is inevitable: “when the offensive use of an AWS is the result of a human operator’s command: (...) it would be absurd to suggest that the delegation of targeting and firing functions renders such an action not an “armed attack”¹³¹.

Also, the eventual non-recognition of the AWS attack as an armed attack harms not only the right to self-defence, but also the application of the rules inherent to International Law as a whole. Recognizing drone attacks as armed attacks guarantees the main purpose of International Humanitarian Law. After all, “if AWS are ‘weapons’ for the purposes of International Humanitarian Law (which falls under the *jus in bello* umbrella), then shouldn’t they also be ‘weapons’ for the purposes of *jus ad bellum*?”¹³² We do believe the answer to this question must be “yes”.

Considering the (several) drone attacks made by the Houthis as an armed attack, it’s a consequence to recognize that the other requirements originating from Article 51 to justify a self-defence action are fulfilled, confirming the legality of the use of force by the U.S. and the U.K. in the Red Sea.

Assuming that these drone attacks can be considered an armed attack under Article 51, it’s reasonable to agree with the actions taken by the U.S. and the U.K. in this specific case, as they suffered an armed attack — arising from several drone attacks, at different times and days — and, consequently, were entitled to take the necessary and proportionate acts to protect their rights, using the force under the justification of self-defence.

¹²⁸ Leys, 2020, p. 402.

¹²⁹ Kunertova, 2023, p. 584.

¹³⁰ Leys, 2020, pp. 402-403.

¹³¹ Leys, 2020, pp. 402-403.

¹³² Leys, 2020, p. 403.

4. Conclusion

As thoroughly analysed through the three recent conflicts mentioned in the previous chapters, the use of UAV is becoming one of the most important elements inside the battlefield. By changing the core of military strategies, these weapons are capable of transforming the paths of a war drastically, with a deep impact on the warfare and modern military operations.

One of the main consequences is related to the power of changing the course of a conflict. The possibility of representing a turning point element is precisely characterized in the war between Ukraine and Russia, since the use of drones came as a game changer to the Ukrainian army. Not only are these weaponries cheaper and more accurate, but they keep the soldiers out of action as well, preserving lives that would otherwise be at risk. The configuration of a war of attrition gave Ukraine a chance of winning the conflict, something no one could possibly believe in the beginning of the war.

Confirming the supposed benefits of using AWS, the defenders of this kind of weapons are of the opinion that they “not only provide significant strategic and tactical advantages on the battlefield but are also morally superior to the use of human combatants”¹³³. This affirmation comes from the idea that keeping soldiers out of the ground presents positive results, as pressing a button is much easier than looking into the enemy’s eyes.

This confirms the fact that this unrestrained implementation of UAV reduces the compliance with *jus ad bellum*, since “the political calculus would not have to take into account the number of fallen soldiers”¹³⁴. From this idea, it is possible to recognize that the use of AWS makes it easier to respond to a crisis with the use of force without the need to think twice before taking a huge steps inside a conflict, since the continuity of the escalation will not increase the risks to civilians or soldiers¹³⁵.

Nevertheless, this premise brings another side of the coin, showing that the unrestricted implementation of AWS on the battlefield can easily transform a conflict into a bloodshed — as is happening in the conflict between Israel and Hamas. This war shows that human emotions must be considered a relevant element in decision making, and that the ability to empathize “play[s] a constructive and decisive role in determining which option an individual will actually take at a given moment”¹³⁶.

So, while the use of AWS can potentialize the action on the battlefield — as seen in the conflict between Russia and Ukraine —, at the same time, it brings a huge concern regarding instability and insecurity, especially to the civilian population, putting the *jus*

¹³³ Gunawan, Aulawi, Anggriawan & Putro, 2022, p. 4.

¹³⁴ Wagner, 2014, p. 1.419.

¹³⁵ Wagner, 2014, p. 1.419.

¹³⁶ Wagner, 2014, p. 1.415.

in bellum at risk — exactly what’s happening in the Israel and Hamas conflict. It’s a consequence to affirm that, in cases like the latter, “drones have become a powerful platform for use as offensive weapons”¹³⁷, representing a real humanitarian risk for the population within a conflict of this magnitude.

Thus, it is necessary to recognize that the exacerbated use of these offensive weapons must authorize the right to self-defence — as pointed previously, when analysing the conflict against the Houthis in the Red Sea. The idea is the accumulation of events, and how harmful they can be. If a single drone attack may not configure the “most grave form of the use of force” to justify the right of self-defence — which can be tricky, since several drone attacks are done isolated and are capable of causing great destruction —, according to the theory of “accumulation of events”, the proliferation of this kind of attack does, in attention to the *jus ad bellum* premises and Article 51 of the U.N. Charter.

As seen throughout this study, the use of UAV is still very controversial within International Law, presenting positive and negative points for the ones active on the battlefield and bringing to light major challenges that need to be faced. Furthermore, the continuous development of this type of weaponry, with the use of artificial intelligence, will most likely make the world scenario even more unstable.

In a way of showing preoccupation regarding this subject, the U.S. Defence Department has already issued a specific guideline regarding the use of autonomous and semiautonomous weapons enabled by AI, specifically setting the necessity to observe the laws of war and maintain the training models operated by U.S. soldiers¹³⁸. For example, “any AI-enabled weapon must be discriminate, able to distinguish between combatants and noncombatants on the battlefield”¹³⁹. Nevertheless, putting all these guidelines in practice doesn’t seem simple and, despite having been redacted in 2020, until today no real implementation has been truly performed.

Considering all this information — and especially the exacerbated instability —, some authors defend that this kind of military weapons should be limited or even prohibited¹⁴⁰. For now, over 25 countries and 100 nongovernmental organizations have already called for a pre-emptive ban on the use of AWS, pointing concerns especially regarding ethics and accountability¹⁴¹.

¹³⁷ Shyian, 2023, p. 3.

¹³⁸ Flournoy, 2023, p. 67.

¹³⁹ Flournoy, 2023, p. 67.

¹⁴⁰ Gunawan, Aulawi, Anggriawan & Putro, 2022, pp. 4-5.

¹⁴¹ Seixas-Nunes, 2021, p. 425.

Yet, given the considerable influence and benefits of AWS on the battlefield and the investment of the major world powers in the development and improvement of this type of weaponry over the last few years, any attempt on limitation seems useless.

In view of the above, the only conclusion to be drawn is the following: “drone proliferation across the military and civilian spheres is inevitable and norms can merely moderate drone warfare”¹⁴² ¹⁴³. The future is already around the corner, and there’s nothing we can do about it.

¹⁴² Leys, 2020, p. 402.

¹⁴³ Schulzke *apud* Kunertova, 2023, p. 586.

Bibliography

- ANDERSON, K. & M. WAXMAN. (2023). Law and ethics for Autonomous Weapon Systems: Why a ban won't work and how the laws of war can. *Columbia Public Law Research Paper*, Research Paper no. 11. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2250126>.
- BORSARI, F. & G.B. DAVIS JR. (2023). Drones are changing warfare — the EU needs to catch up. *Politico*, 26 December 2023. <https://www.politico.eu/article/drones-are-changing-warfare-the-eu-needs-to-catch-up-ukraine-gaza-conflicts/>.
- BROOKMAN-BYRNE, M. (2017). Drone use 'outside areas of active hostilities': An examination of the legal paradigms governing US covert remote strikes. *Netherlands International Law Review*, vol. 64, pp. 3-41. <https://doi.org/10.1007/s40802-017-0078-1>.
- BUCHAN, R. (2024). The law of self-defense and the U.S. and UK strikes against the Houthis. *Lieber Institute for Law & Warfare at West Point*, 31 January 2024. <https://lieber.westpoint.edu/law-self-defense-us-uk-strikes-against-houthis/>.
- CAREY, A. (2024). Exclusive: Ukraine must adapt to a reduction in Western military aid, embattled army chief says. *CNN*, 02 February 2024. <https://edition.cnn.com/2024/02/01/europe/zaluzhnyi-ukraine-russia-war-analysis-intl/index.html>.
- CHÁVEZ K. & O. SWED (2023). Emulating underdogs: Tactical drones in the Russia-Ukraine war. *Contemporary Security Policy*, vol. 44, no. 4, pp. 592-605.
- COTOVIO, V., C. SEBASTIAN & A. GOODWIN (2024). Ukraine's AI-enabled drones are trying to disrupt Russia's energy industry. So far, it's working. *CNN*, 02 April 2024. <https://edition.cnn.com/2024/04/01/energy/ukrainian-drones-disrupting-russian-energy-industry-intl-cmd/index.html>.
- DAVIES, H., B. MCKERNAN & D. SABBAGH (2023). 'The Gospel': How Israel uses AI to select bombing targets in Gaza. *The Guardian*, 01 December 2023. <https://www.theguardian.com/world/2023/dec/01/the-gospel-how-israel-uses-ai-to-select-bombing-targets>.
- DEMAREST, C. (2023). Anduril unveils Anvil-M counter-drone kit that can defeat smaller UAS. *Defense News*, 05 October 2023. <https://www.defensenews.com/unmanned/uas/2023/10/05/anduril-unveils-anvil-m-counter-drone-kit-that-can-defeat-smaller-uas/>.
- DENISOVA, K. (2024). Minister confirms Ukraine hit 'a target' near St. Petersburg with homegrown drone. *The Kyiv Independent*, 18 January 2024. <https://kyivindependent.com/minister-confirms-ukraine-hit-a-target-near-st-peterburg-with-homegrown-drone/>.
- ELLYATT, H. (2023). 'The war is coming home to Russia': Ukraine turns the tables on Moscow as drone warfare intensifies. *CNBC*, 01 September 2023. <https://www.cnbc.com/2023/09/01/ukraine-turns-the-tables-on-moscow-as-drone-attacks-increase.html>.

- FAULCONBRIDGE, G. & L. KELLY (2024). Ukraine knocks out Russian refinery in major attack. *Reuters*, 12 March 2024. <https://www.reuters.com/world/europe/ukraine-launches-drones-oryol-fuel-facility-other-regions-russia-says-2024-03-12/>.
- FLOURNOY, M. A. (2023). AI is already at war – How Artificial Intelligence will transform the military. *Foreign Affairs*, November/December 2023, pp. 56-69.
- FRANKE, U. (2023). Drones in Ukraine and beyond: Everything you need to know. *European Council on Foreign Relations*, 11 August 2023. <https://ecfr.eu/article/drones-in-ukraine-and-beyond-everything-you-need-to-know/>.
- FUARY-WAGNER, I., J. WIGGINS & L. HEWITT. (2024). Five maps that show why the Red Sea is so important. *Financial Review*, 31 January 2024. <https://www.afr.com/world/middle-east/five-maps-that-show-why-the-red-sea-is-so-important-20240115-p5ex9j>.
- GARAMONE, J. (2022). U.S. drone strike kills al-Qaida leader in Kabul. *U.S. Department of Defense*, 02 August 2022. <https://www.defense.gov/News/News-Stories/Article/Article/3114362/us-drone-strike-kills-al-qaida-leader-in-kabul/>.
- GEDEON, J. & M. MILLER (2024). Israel under pressure to justify its use of AI in Gaza. *Politico*, 03 March 2024. <https://www.politico.com/news/2024/03/03/israel-ai-warfare-gaza-00144491>.
- GUILFOYLE, D. (2016). *International criminal law*. Oxford University Press, 2016.
- GUNAWAN, Y., M. HARIS AULAWI, R. ANGGRIAWAN & T. ANGGORO PUTRO (2022). Command responsibility of autonomous weapons under international humanitarian law. *Cogent Social Sciences*, vol. 8:1, 2139906, 2022.
- HATTON, B. (2024). Meet Ukraine's small but lethal weapon lifting morale: Unmanned sea drones packed with explosives. *The Associated Press*, 05 March 2024. <https://apnews.com/article/russia-ukraine-war-sea-drones-explosives-1b0974b77e32d6b5e9409ba3451716c6>.
- JALAL, I. (2023). The Houthis' Red Sea missile and drone attack: Drivers and implications. *Middle East Institute*, 20 October 2023. <https://www.mei.edu/publications/houthis-red-sea-missile-and-drone-attack-drivers-and-implications>.
- KAHN, L. (2022). How Ukraine is using drones against Russia. *Council on Foreign Relations*, 02 March 2022. <https://www.cfr.org/in-brief/how-ukraine-using-drones-against-russia>.
- KULLAB, S. (2023). Ukraine is building an advanced army of drones. For now, pilots improvise with duct tape and bombs. *The Associated Press*, 26 September 2023. <https://apnews.com/article/drones-ukraine-war-russia-innovation-technology-589f1fcoeodb007ea6d344b197207212>.
- KUNERTOVA, D. (2023). Drones have boots: Learning from Russia's war in Ukraine. *Contemporary Security Policy*, vol. 44, no. 4, pp. 576-591.
- LEWIS, D. A. (2023). War crimes involving autonomous weapons. Responsibility, liability and accountability. *Journal of International Criminal Justice*, August 2023, pp. 1-16.
- LEYS, N. (2020). Autonomous Weapon Systems, international crises, and anticipatory self-defense. *Yale Journal of International Law*, vol. 45, no. 2, pp. 377-412.

- MOTAMEDI, M. & A. CHUGHTAI (2024). Israel's war on Gaza – Six relentless months of death and destruction. *Al Jazeera*, 07 April 2024. <https://www.aljazeera.com/news/2024/4/7/israels-war-on-gaza-six-relentless-months-of-death-and-destruction>.
- NOVIKOV, I. (2024). Ukrainian military says it sank a Russian landing ship in the Black Sea. *The Associated Press*, 14 February 2024. <https://apnews.com/article/russia-ukraine-war-ship-drones-black-sea-8d2a78ab1fb2a9b04ec8c421782417d>.
- RASGON, A. & A. BOXERMAN (2024). What we know about the Israeli strike that killed 7 aid workers in Gaza. *The New York Times*, 02 April 2024. <https://www.nytimes.com/2024/04/02/world/middleeast/world-central-kitchen-workers-strike-gaza.html>.
- ROSEN, B. (2023). AI and the future of drone warfare: Risks and recommendations. *Just Security*, 03 October 2023. <https://www.justsecurity.org/89033/ai-and-the-future-of-drone-warfare-risks-and-recommendations/>.
- ROTH, A. (2024). Ukraine disrupts production at Russian refinery in cross-border strikes on oil facilities. *The Guardian*, 12 March 2024. <https://www.theguardian.com/world/2024/mar/12/russia-ukraine-war-fuel-refinery-fire-drone-strike-attack>.
- SABBAGH, D. & J. BORGER (2024). US and UK strike Houthi sites in Yemen in response to 'unprecedented' attacks. *The Guardian*, 12 January 2024. <https://www.theguardian.com/world/2024/jan/12/us-uk-air-strikes-yemen-houthi-rebels-red-sea-crisis>.
- SANKARAN, V. (2021). Military drones may have attacked humans for the first time without being instructed to, UN report says. *Independent*, 31 May 2021. <https://www.independent.co.uk/tech/drone-fully-automated-military-kill-b1856815.html>.
- SAURA, J. (s.d.). Drones: Breakthrough or threat? Implications of the use of drones in international law. *International Catalan Institute for Peace*. <https://www.iwm.org.uk/history/a-brief-history-of-drones>.
- SCHARF, A. (2024). The full map: All ships attacked by Yemen's Houthis in the Red Sea. *Haaretz Daily Newspaper*, 15 January 2024. <https://www.haaretz.com/israel-news/security-aviation/2024-01-15/ty-article-magazine/30-attacks-all-red-sea-ships-targeted-by-the-houthis/0000018c-5df7-d6f9-afbc-5dff7a430000>.
- SEIXAS-NUNES, A. (2021). Autonomous Weapons Systems and the procedural accountability gap. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 46, no. 2, pp. 412-478.
- SHAMASH, S. (2017). Yemeni Houthi threat to United States National security from an energy perspective, April 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4667227>.
- SHYIAN, A. (2023). Drone wars. Episode 2. Development of the approach to the organization of air defense against drones and cruise missiles in the rear and on the battlefield. *Vinnitsia National Technical University*, October 2023. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4611845>.

- STAHN, C. (2003). Terrorist acts as armed attack: The right to self-defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter, and international terrorism. *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 27, no. 2, pp. 35-54. <https://www.jstor.org/stable/45289238>.
- SVICEVIC, M. (2024). Strikes against the Houthis: The relationship between Resolution 2722 (2024) and the right of self-defense. *Lieber Institute for Law & Warfare at West Point*, 06 February 2024. <https://lieber.westpoint.edu/strikes-against-houthis-relationship-resolution-2722-right-self-defense/>.
- TAMS, C. J. (2009). The use of force against terrorists. *The European Journal of International Law*, vol. 20, no. 2, pp. 359-397. <https://doi.org/10.1093/ejil/chp031>.
- TELLO, A. (2024). What Israel's deadly attack on a Gaza refugee camp says about IDF's conduct, choice of weaponry. *Arab News*, 06 January 2024. <https://www.arabnews.com/node/2437301/middle-east>.
- THOMPSON, K. D. (2024). How the drone war in Ukraine is transforming conflict. *Council on Foreign Relations*, 16 January 2024. <https://www.cfr.org/article/how-drone-war-ukraine-transforming-conflict>.
- ULGEN, O. (2016). Human dignity in an age of autonomous weapons: Are we in danger of losing an elementary consideration of humanity? *European Society of International Law, Conference Paper Series*, vol. 8, no. 9, Conference Paper no. 15/2016.
- VLASOVA, S. & B. LENDON (2024). Ukraine's drones sink another Russian warship, Kyiv says. *CNN*, 06 March 2024. <https://edition.cnn.com/2024/03/05/europe/russian-warship-destroyed-ukraine-intl-hnk-ml/index>.
- VOGEL, R. J. (2011). Drone warfare and the law of armed conflict, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 39, no. 1, pp. 101-138. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1759562>.
- WAGNER, M. (2014). The dehumanization of international humanitarian law: Legal, ethical, and political implications of Autonomous Weapon Systems, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 47, no. 5, pp. 1.371-1.424.
- WILLIAMS, B. G. (2015). The drone campaign against Al Qaeda and ISIS, Perspectives on *Terrorism*, vol. 9, no. 3, pp. 65-70. <https://pt.icct.nl/sites/default/files/2023-08/6-the-drone-campaign-against-al-qaeda-and-isis.-interview-with-lt.-general-david-deptula-usaf-ret.-by-brian-glyn-williams.pdf>.
- ZALUZHNYI, V. (2024). On the modern design of military operations in the Russo-Ukrainian War: In the fight for the initiative, 02 February 2024. <https://s3.documentcloud.org/documents/24400154/ukraine-valerii-zaluzhnyi-essay-design-of-war.pdf>. Retrieved from: <https://edition.cnn.com/2024/02/01/europe/zaluzhnyi-ukraine-russia-war-analysis-intl/index.html>.
- A brief history of drones. *Imperial War Museums, s.d.* <https://www.iwm.org.uk/history/a-brief-history-of-drones>.

The 2023 EU capability development priorities. *European Defence Agency*, 2023. <https://eda.europa.eu/docs/default-source/brochures/qu-03-23-421-en-n-web.pdf>.

Romania wants to buy 18 Turkish Bayraktar TB2 UCAVs for \$300M. *Daily Sabah*, 01 September 2022. <https://www.dailysabah.com/business/defense/romania-wants-to-buy-18-turkish-bayraktar-tb2-ucavs-for-300m>.

Drone attack hits building in central Moscow. *BBC*, 18 August 2023. <https://www.bbc.com/news/world-europe-66541027>.

Russia says Ukrainian drone attack killed 2 on border. *The Moscow Times*, 08 March 2024. <https://www.themoscowtimes.com/2024/03/08/russia-says-ukrainian-drone-attack-killed-2-on-border-a84392>.

USAID delivers Skydio autonomous camera drones to Ukraine to document war crimes. *United States Agency for International Development*, 27 July 2023. <https://www.usaid.gov/news-information/press-releases/jul-27-2023-usaid-delivers-skydio-autonomous-camera-drones-ukraine-document-war-crimes>.

5 Palestinians killed in Israeli drone strike in West Bank. *Anadolu Agency*, 18 November 2023. <https://www.aa.com.tr/en/middle-east/5-palestinians-killed-in-israeli-drone-strike-in-west-bank/3057275>.

At least 11 Palestinians killed after Israel hits tent camp in Rafah. *Al Jazeera*, 02 March 2024. <https://www.aljazeera.com/news/2024/3/2/at-least-10-palestinians-killed-after-israel-hits-tent-camp-in-rafah>.

How Israel is using drones in Gaza. *The Economist*, 04 December 2023. <https://www.economist.com/the-economist-explains/2023/12/04/how-israel-is-using-drones-in-gaza>.

Israeli drones attack hospital in southern Gaza, Palestinian Red Crescent says. *CNBC*, 20 January 2024. <https://www.cnn.com/2024/01/20/israeli-drones-attack-hospital-in-southern-gaza-palestinian-red-crescent.html>.

Killer drones pioneered in Ukraine are the weapons of the future. *The Economist*, 08 February 2024. <https://www.economist.com/leaders/2024/02/08/killer-drones-pioneered-in-ukraine-are-the-weapons-of-the-future>.

Six killed in Israeli strike on refugee camp in occupied West Bank, *Al Jazeera*, 27 December 2023. <https://www.aljazeera.com/news/2023/12/27/six-killed-in-israeli-strike-on-refugee-camp-in-occupied-west-bank>.

Sky News witnesses chaos of Israeli drone strike in Gaza as dead child pulled from rubble. *SKY News*, 21 December 2023. <https://news.sky.com/story/sky-news-witnesses-chaos-of-israeli-drone-strike-in-gaza-as-dead-child-pulled-from-rubble-13035162>.

Ukraine's commander-in-chief on the breakthrough he needs to beat Russia. *The Economist*, 01 November 2023. <https://www.economist.com/europe/2023/11/01/ukraines-commander-in-chief-on-the-breakthrough-he-needs-to-beat-russia>.

What is the Palestinian group Hamas? *Reuters*, 23 January 2024. <https://www.reuters.com/world/middle-east/what-is-palestinian-group-hamas-2023-10-30/>.

Who are the Houthis? A simple guide to the Yemeni group. *Al Jazeera*, 12 January 2024. <https://www.aljazeera.com/news/2024/1/12/who-are-yemens-houthis-a-basic-guide>.

Legislation

International Criminal Court. *Rome Statute of the International Criminal Court (1998)*. Rome, Italy, 17 July 1998. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>.

United Nations. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice (1945)*. San Francisco, United States of America, 06 June 1945. <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>.

United Nations. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*. Geneva, Switzerland, 8 June 1997. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.34_AP-I-EN.pdf.

Jurisprudence

International Court of Justice. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Judgment of 27 June 1986. <https://www.icj-cij.org/case/70/judgments>.

International Court of Justice. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion of 8 July 1996. <https://www.icj-cij.org/case/95/advisory-opinions>.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*. IT-94-1. Judgment of 15 July 1999. <https://www.icty.org/en/case/tadic> and <https://ucr.irmct.org/scasedocs/case/IT-94-1#eng>.

International Court of Justice. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 6 November 2003. <https://www.icj-cij.org/case/90/judgments>.

Other official documents

United Nations Security Council. *Letter from the Panel of Experts on Libya established pursuant to Resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council*. 8 March 2021. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/037/72/pdf/n2103772.pdf?token=QzIKL50FtrevQ1DJmt&fe=true>.

United Nations Security Council. *Resolution No. 2722 (2024)*. 10 January 2024. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/009/28/pdf/n2400928.pdf?token=cRCCKkF7AbxyhnJZZz&fe=true>.

United Nations Security Council. *Letter from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council*. 12 January 2024. <https://digitallibrary.un.org/record/4034249?ln=en>.

**A contratação pública ecológica e a Resolução do Conselho de
Ministros n.º 132/2023 à luz do Direito da União Europeia**

Ana Catarina Santos Poças

Sob a orientação do Professor
Doutor Pedro Cerqueira Gomes

*Ao meu avô
Damião.*

Agradecimentos

Aos meus pais, ao meu irmão Pedro, ao Miguel, pelo apoio e amor incondicional, sem os quais este caminho seria, certamente, menos seguro.

Ao Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes, orientador da presente dissertação, pela disponibilidade, dedicação e profissionalismo.

Um sincero e terno obrigada.

Resumo

A presente dissertação ocupa-se da temática da contratação pública ecológica, com o principal propósito de aferir a compatibilidade das soluções protagonizadas pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro, com o Direito da União Europeia.

Partindo de um exercício comparatístico das diferentes soluções adotadas pelo ordenamento jurídico de outros Estados-Membros, e de uma análise crítica das opções acolhidas pelo Conselho de Ministros, pudemos concluir pela desconformidade de algumas delas para com o Direito da União Europeia, em especial, o princípio da concorrência.

Nessa medida, procuramos, na fase terminal da nossa análise, contribuir para a identificação daquelas que defendemos ser as soluções que melhor se coadunam com o nosso ordenamento jurídico, em especial, o Código dos Contratos Públicos, e com aquela que é a realidade técnica e financeira dos operadores económicos que operam no mercado nacional e transnacional.

Palavras-chave: Contratação pública ecológica; Direito da União Europeia; Critérios ecológicos obrigatórios; políticas estratégicas; Resolução do Conselho de Ministros, n.º 132/2023, de 25 de outubro.

Abstract

The present dissertation focuses on the theme of ecological public procurement, with the main purpose of assessing the compatibility of the solutions provided by Council of Ministers' Resolution No. 132/2023, dated October 25th, with European Union law.

Through a comparative exercise of the different solutions adopted by the legal systems of other Member States, and a critical analysis of the options embraced by the Council of Ministers, we were able to conclude that some of them are not in compliance with European Union law, especially the principle of competition.

Thus, in the final phase of our analysis, we seek to contribute to the identification of those solutions that we argue are best aligned with our legal system, especially the Public Contracts Code, and with the technical and financial reality of economic operators taking part in the national and transnational market.

Keywords: Ecological public procurement; European Union law; mandatory ecological criteria; strategic policies; Council of Ministers' Resolution No. 132/2023, dated October 25th.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac./Acs.	Acórdão / Acórdãos
Al./Als.	Alínea / Alíneas
Art./Arts.	Artigo / Artigos
CCP	Código dos Contratos Públicos
Ed.	Edição
N.º/N.ºs	Número/Números
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (da obra citada)
p./pp.	Página / Páginas
PIB	Produto Interno Bruto
Proc.	Processo
PRR	Plano de Recuperação e Resiliência
RCM	Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro
ss.	Seguintes
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Vol.	Volume

Índice

I. Introdução: objeto e sequência	8
II. O surgimento de uma contratação pública “verde” no Direito da União Europeia	10
2.1. Os alicerces fundadores de uma contratação pública ecológica	10
2.2. As Diretivas de 2014: a afirmação de uma contratação pública programática	14
III. Será possível falar em critérios ecológicos obrigatórios no contexto da Diretiva 2014/24/UE?	19
3.1. A querela doutrinal em torno da questão sobre a natureza obrigatória dos requisitos de sustentabilidade na Diretiva 2014/24/UE	20
3.1.1. A posição adotada: uma interpretação meta-teleológica	22
3.2. Uma Europa a diferentes velocidades na adoção de requisitos obrigatórios em matéria de contratos públicos ecológicos: breve apontamento	24
IV. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro: um novo elefante na sala?	28
4.1. Breve nota sobre a mais recente tendência legislativa nacional em prol de uma contratação pública sustentável	28
4.2. Aspetos essenciais	29
4.3. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro, sob o rigoroso crivo do Direito da União Europeia: nota de (des)conformidade	31
4.4. Uma proposta para o futuro de olhos postos no presente à luz de experiências comparadas	36
V. Conclusão	38
Referências bibliográficas	40

I. Introdução: objeto e sequência

Há muito tempo que, a par das preocupações relacionadas com a promoção e salvaguarda de um mercado interno, não discriminatório e concorrencial, a União Europeia avoca para si um leque particularmente extenso de competências estreitamente relacionadas com a promoção de políticas estratégicas, nomeadamente, sociais e ambientais.

Neste contexto, atendendo ao papel, de enorme relevo, que a contratação pública assume no âmbito da economia europeia – representando, sistematicamente, cerca de 14% do PIB da União Europeia¹ – cedo deixou, também a mesma, sobretudo com as Diretivas de 2014, de ser encarada apenas como um instrumento idóneo a alcançar objetivos puramente económico-financeiros e destinado a satisfazer as necessidades públicas, para passar a constituir uma peça crucial na concretização de políticas iminentemente estratégicas que vinham sendo delineadas no âmbito de um mercado que se vem, cada vez mais, assumindo como um verdadeiro mercado de objetivos extraeconómicos.

Perante tal conjuntura, têm vindo a ser implementadas pelos legisladores ordinários dos vários Estados-Membros um conjunto de medidas que têm como objetivo-último promover uma contratação pública social e ambientalmente responsável.

Ora, com a presente dissertação, pretende-se levar a cabo uma abordagem jurídica, necessariamente perfunctória, da temática da contratação pública ecológica, com o principal fito de aquilatar, à luz do Direito da União Europeia, o mérito legislativo das soluções protagonizadas pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro, por via da qual o legislador português definiu um conjunto de critérios ecológicos a aplicar aos contratos públicos celebrados pela Administração direta e indireta do Estado.

Para o efeito, e como pressuposto inicial do tema vindo de enunciar, importará proceder, num primeiro momento, a uma adequada introdução do contexto europeu no qual, afincadamente, se vem afirmando uma estratégia de instrumentalização dos contratos públicos enquanto propulsores de um mercado ecológico, inclusive, lançando mão – sob um desígnio meramente ilustrativo – daquelas que foram as soluções legislativas adotadas por alguns dos Estados-Membros nesta matéria.

Uma vez percorrido tal périplo, estaremos (assim se espera) em condições de identificar, criticamente, as principais fragilidades das opções acolhidas pelo ordenamento jurídico português e, bem assim, apresentar, de forma sustentada, possíveis soluções que, no nosso entendimento, melhor se adequam à filosofia normativa

¹ Cfr. https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en.

do nosso Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP) e aos crescentes e exigentes desafios com que, numa fase de evidente transição de um modelo voluntário para um regime de aplicação obrigatória de critérios ecológicos, o mercado se tem, naturalmente, debatido.

II. O surgimento de uma contratação pública “verde” no Direito da União Europeia

2.1. Os alicerces fundadores de uma contratação pública ecológica

Foi à escala europeia que, num passado ainda recente, se deram os primeiros passos no sentido da adoção de uma estratégia de instrumentalização dos contratos públicos como um motor de consciencialização e fomentação de práticas ambientalmente sustentáveis^{2 3}.

De facto, desde a cimeira de Cardiff, em 1998, que vem sendo fomentada, pelas instituições da União Europeia, uma estratégia global com vista à aplicação do princípio da integração ambiental, consagrado, num primeiro momento, no artigo 6.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia e, atualmente, no artigo 11.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE).

Na sua Comunicação de 11.03.1998, intitulada “Os contratos públicos na União Europeia”, a Comissão Europeia procurou alertar para a possibilidade de que é titular toda e qualquer entidade adjudicante de integrar, nas diferentes fases de um procedimento concursal com vista à celebração de um contrato público, considerações de carácter ambiental para efeitos de optar pela proposta economicamente mais vantajosa, sublinhando que “as normas de direito comunitário, nomeadamente as directivas sobre contratos públicos, integram considerações de carácter ambiental na adjudicação de contratos públicos”⁴.

Nessa senda, em 09.06.1999, através de uma nova Comunicação sobre o mercado único e a proteção ambiental, a Comissão Europeia sustentou não existir qualquer contradição inerente entre os objetivos do Mercado Único e a prossecução de políticas ambientais, preconizando que “a inclusão da dimensão ambiental nos procedimentos de adjudicação de contratos (...) poderá constituir um importante estímulo para se chegar a padrões de consumo sustentáveis”⁵.

A mesma preocupação ambiental no âmbito do Direito dos contratos públicos mereceu, dois anos mais tarde, um acolhimento semelhante na Comunicação da Comissão de 04.07.2001 “sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e

² A este propósito, cfr. Dragos & Neamtu, 2015, p. 93.

³ Sobre o surgimento de uma contratação pública “verde”, cfr. Amado Gomes & Caldeira, 2017, pp. 45 e ss.

⁴ Cfr. COM (1998) 143 final, de 11.03.1998, https://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-1998-_143_final.PDF.

⁵ A este propósito, cfr. Bastos, 2012, p. 6, <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/escolhacriteriosambientaisadjudicacaocp.pdf>.

as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos”⁶. Através da referida Comunicação, a Comissão Europeia cuidou de clarificar as possibilidades que, à luz do regime de contratação pública até então vigente, se mostravam à disposição das entidades adjudicantes de forma a incluir preocupações ambientais nas diferentes fases do processo de adjudicação de um contrato, desde a definição do objeto do contrato e das especificações técnicas, até à fase de seleção dos candidatos e, por fim, na própria execução do contrato⁷.

Porém, não descorando o valioso contributo da Comissão Europeia⁸ para a integração de critérios ecológicos no domínio da contratação pública, revela-se preponderante fazer menção ao impulso dado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE)⁹, designadamente, por via do seu célebre acórdão *Concordia Bus Finland*¹⁰. A este propósito, tenha-se presente que as Diretivas de 1992 continham um elenco meramente exemplificativo de critérios de ponderação para a adjudicação dos contratos públicos, o qual não incluía, de forma expressa, quaisquer considerações ambientais. Nessa medida, tornava-se necessário clarificar se, para a escolha da proposta “economicamente mais vantajosa”^{11 12}, podiam as entidades adjudicantes socorrer-se de critérios ecológicos. Ora, por via do mencionado acórdão, o TJUE, veio, incontornavelmente, abrir a porta da admissibilidade (embora condicionada) de inclusão de considerações ambientais nos critérios de adjudicação para a celebração de contratos públicos¹³, ao concluir que, quando “a entidade adjudicante decida adjudicar um concurso ao proponente que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, pode tomar em consideração critérios ecológicos”¹⁴.

Destarte, com repercussões indeléveis no Direito da Contratação Pública Europeu, ficava assim esclarecida a admissibilidade da tomada em consideração de critérios ambientais na adjudicação de contratos públicos, para a qual, no entanto, o mesmo acórdão fixou quatro pressupostos: i) ligação dos critérios ambientais ao objeto do contrato; ii) a aposição de critérios ambientais não se mostre de molde a conferir à

⁶ Cfr. COM (2001) 274 final, de 04.07.2001, https://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-2001-_274_final.PDF.

⁷ A este propósito, cfr. Estorninho, 2012, https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto_profa_mje.pdf.

⁸ Sobre o papel preponderante da Comissão na ecologização dos contratos públicos, cfr. Rebelo, 2004, pp. 81-96.

⁹ Nesta senda, recorda Pedro Cerqueira Gomes que ao longo do processo de europeização do mercado dos contratos públicos a inserção de fatores ambientais e sociais, por parte das entidades adjudicantes, nunca foi pacífica. Cfr. Cerqueira Gomes, 2016, p. 92.

¹⁰ Proferido no âmbito do proc. C-513/99, de 17.09.2002.

¹¹ Tenha-se presente, a este propósito, o art. 36.º da Diretiva 92/50.

¹² Sobre um conceito remodelado e unitário de *proposta economicamente mais vantajosa*, cfr. Bordalo Faustino, 2014, p. 124.

¹³ A este propósito, cfr. Andhov & Muscaritoli, 2023, pp. 21 e ss.; Bastos, 2012, pp. 7 e ss.

¹⁴ Cfr. Parágrafo n.º 69 do Ac. do TJUE “*Concordia Bus Finland*”, proc. C-513/99, de 17.09.2002.

entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional; *iii*) os critérios ambientais estejam expressamente previstos no caderno de encargos ou no anúncio de concurso; e, por último, *iv*) os critérios ambientais sejam conformes com os princípios fundamentais do direito comunitário, em especial, com o princípio da não discriminação¹⁵.

Ora, o entendimento sufragado pelo acórdão *Concordia* foi seguido e desenvolvido pela jurisprudência subsequente do TJUE¹⁶. Em boa verdade, a jurisprudência do acórdão *Concordia* veio a revelar-se a principal responsável pela inclusão expressa de considerações ambientais nos critérios de adjudicação nas Diretivas de 2004, as quais vieram, inclusive, a ser apelidadas como as “diretivas de consolidação e de sistematização”¹⁷. Através delas, o legislador europeu pretendeu clarificar¹⁸ a forma como as entidades adjudicantes podem, por via da contratação pública, contribuir para o cumprimento de objetivos de promoção de um desenvolvimento sustentável e preservação ambiental – objetivos anteriormente consagrados no Tratado de Maastricht¹⁹ – “garantindo ao mesmo tempo a possibilidade de obterem para os seus contratos a melhor relação qualidade/preço”²⁰.

Pela primeira vez, seriam transpostas para os ordenamentos jurídicos nacionais de todos os Estados-Membros, disposições normativas²¹ que permitiriam a integração de requisitos ambientais nos procedimentos de contratação pública²².

Nestes termos, o intuito do legislador europeu parece ter sido o de redirecionar, de forma vanguardista²³, a atenção do poderoso e relevante universo da contratação pública para a consecução de objetivos de políticas horizontais²⁴ ²⁵.

No entanto, um recurso ainda insuficiente aos critérios ambientais pelas entidades adjudicantes dos vários Estados-Membros, a par de uma regulamentação que se revelava lacunosa pela jurisprudência do TJUE²⁶, deram lugar, uns anos mais tarde, a uma nova Reforma.

O comumente designado “Relatório Monti”, intitulado “Uma nova estratégia para o mercado único: ao serviço da economia e da sociedade europeias”, alertou para a

¹⁵ A este propósito, cfr. Estorninho, 2012, p. 14.

¹⁶ Em particular, cfr. os Acs. EVN e Wienstrom (proc. C-448/01, de 04.12.2003), Max Havelaar/Dutch Coffee (proc. C-368/10, de 10.05.2012), Beentjes/Estado Neerlandês (proc. C-31/87, de 29.09.1998), e Comissão/França (proc. C-225/98, de 26.09.2000).

¹⁷ Cfr. Carneiro, Sousa Santos & Barros, 2015, p. 232.

¹⁸ Em sentido consonante, Cfr. Cerqueira Gomes, 2016, p. 92.

¹⁹ Cfr. art. 3.º do Tratado de Maastricht.

²⁰ Cfr. considerando n.º 5 da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31.03.2004.

²¹ Para uma discussão sobre importância das disposições normativas das Diretivas de 2004, cfr. Arrowsmith & Kunzlik, 2009.

²² Neste sentido, cfr. Gonçalves, 2018, p. 273.

²³ A propósito do papel inovador e preponderante desempenhado pelas Diretivas de 2004 na afirmação e consolidação de uma nova conceção da contratação pública, cfr. Estorninho, 2006, p. 53.

²⁴ Neste sentido, cfr. Campos, 2011.

²⁵ A título ilustrativo, cfr. letra “b”, do n.º 3, do art. 23.º; n.º 6, do art. 23.º; e art. 26.º.

²⁶ A título exemplificativo, cfr. Proc. C-532/06 e C-368/10.

necessidade de uma maior integração de objetivos de políticas horizontais nos contratos públicos, constando entre as suas principais recomendações a de “Fazer com que os contratos públicos favoreçam a inovação, o ‘crescimento ecológico’ e a inclusão social, impondo requisitos específicos obrigatórios”²⁷.

Nesta conjuntura, a Comunicação da Comissão Europeia de 03.03.2010, “Europa 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”²⁸ consagrou uma estratégia ancorada em três principais prioridades: (i) desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação; (ii) promover uma economia hipocarbónica, que utilize, de um modo eficaz, os recursos e seja competitiva; e, (iii) fomentar uma economia com níveis elevados de emprego e que assegure a coesão social e territorial. Por via da mesma Comunicação, a Comissão reconheceu ainda o papel fundamental que as entidades adjudicantes podem assumir na prossecução de tais objetivos, recorrendo ao seu poder de compra para adquirir bens, serviços ou obras inovadoras e ambientalmente responsáveis²⁹.

Por sua vez, no ano de 2011, por meio do “Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE: para um mercado dos contratos públicos mais eficientes na Europa”, a Comissão Europeia veio reforçar³⁰ o papel essencial que os contratos públicos podem desempenhar na estratégia Europa 2020³¹, propondo que, para além das regras procedimentais (as quais visam dar resposta à questão “como comprar”), as diretivas europeias se atrevessem a impor requisitos obrigatórios às entidades adjudicantes ou a prever incentivos (nomeadamente, de natureza financeira) que direcionem as suas decisões sobre os bens e serviços a contratar (“o que comprar”)^{32 33}.

²⁷ Cfr. Relatório apresentado ao Presidente da Comissão Europeia por Mario Monti, “Uma nova estratégia para o mercado único: Ao serviço da economia e da sociedade europeias”, de 9 de maio de 2010, p. 80.

²⁸ Cfr. COM (2010), 2020 final, de 03.03.2010, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020>.

²⁹ Como bem apontam Koninck, Ronse e Timmermans, a contratação pública assumiu um papel de bastante destaque na Estratégia Europa 2020, ensejando uma atualização das velhas Diretivas de 2004 que tratavam da matéria, e que culminaram na criação das Diretivas de 2014. Cfr. Koninck, Ronse & Timmermans, 2015, p. 2.

³⁰ No mesmo sentido, cfr. Cerqueira Gomes, 2016, p. 90.

³¹ Cfr. “Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE: Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”, de 2011. COM (2011) 015 final, p. 4. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:pt:PDF>.

³² A este respeito, cfr. Estorninho, 2012, p. 6.

³³ A este propósito, Carlos Sérgio Madureira Rodrigues, aponta para um “(...) salto qualitativo: abandonar a visão redutora de que as considerações ambientais e sociais são meros aspetos secundários, meras políticas instrumentais, em prejuízo de uma visão economicista que privilegia tão somente o preço dos produtos, bens ou serviços”. Cfr. Rodrigues, 2014, pp. 27 e 28.

2.2. As Diretivas de 2014: a afirmação de uma contratação pública programática

Sob o signo da Estratégia Europa 2020³⁴, em 28.04.2014, fora publicado no Jornal Oficial da União Europeia – após inúmeras sessões de debate entre o Parlamento Europeu e o Conselho³⁵, nas quais se fizeram ouvir críticas quanto à efetiva conveniência da previsão de extensas disposições ambientais³⁶ –, um novo pacote de Diretivas: a Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão, a Diretiva 2014/24/UE³⁷ relativa aos contratos públicos, e, por fim, a Diretiva 2014/25/UE³⁸, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

A este propósito, existe mesmo quem se atreva a defender (a nosso ver, bem) que as Diretivas de 2014³⁹ corporizam um sólido passo rumo à sustentabilidade⁴⁰, encerrando, assim, o início de uma nova fase de regulamentação europeia da contratação pública⁴², enquanto instrumento de uma estratégia política⁴³ com vista a um crescimento “inteligente, sustentável e inclusivo”⁴⁴.

Nas palavras de Raquel Carvalho⁴⁵, “Coube às Diretivas de 2014 assumir o mais sério compromisso com o ‘conceito de sustentabilidade, uma abordagem amiga da sustentabilidade’, quase ‘assumindo o domínio total dos contratos públicos’”.

Nesta senda, recorda-nos, desde logo, o considerando n.º 91 da Diretiva 2014/24/UE que, nos termos do já referido artigo 11.º do TFUE, os requisitos de proteção ambiental devem ser integrados na definição e implementação de todas as políticas e atividades da União, em particular, com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, assumiu o legislador europeu ser um objetivo da Diretiva, esclarecer a forma como as autoridades adjudicantes poderão contribuir para a proteção do ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável, sem prescindir da obtenção da melhor relação custo-benefício⁴⁶ para os seus contratos.

³⁴ Cfr. considerandos n.º 3 da Diretiva 2014/23/UE, n.º 2 da Diretiva 2014/24/UE e n.º 4 da Diretiva 2014/25/UE.

³⁵ Cfr. Dragos & Neamtu, 2015, p. 93.

³⁶ Cfr. Sjaafjell & Wiesbrock, 2017, p. 17. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954499.

³⁷ Revoga a Diretiva 2004/18/CE.

³⁸ Revoga a Diretiva 2004/17/CE.

³⁹ No âmbito do presente escrito daremos primordial destaque à Diretiva 2014/24/UE.

⁴⁰ No mesmo sentido, cfr. Dragos & Neamtu, 2015, p. 92.

⁴¹ A este propósito, acompanhamos os dizeres de Pedro Cerqueira Gomes, quando afirma que esta legitimação não pode, todavia, ser vista como um fenómeno abrupto, mas, sim, progressivo, que poderá ter sido meramente acelerado com o surgimento da crise financeira, económica e social que se instalou na União Europeia. Cerqueira Gomes, 2016, p. 90.

⁴² Cfr. Estorninho, 2016, p. 10.

⁴³ A este propósito, cfr. Dragos & Neamtu 2014, p. 313.

⁴⁴ Cfr. considerandos n.ºs 2, 95 e 123 da Diretiva 2014/24/UE.

⁴⁵ Cfr. Carvalho, 2021, p. 90.

⁴⁶ No que concerne com a necessária avaliação da relação qualidade/preço, cfr. o considerando n.º 93 da Diretiva 2014/24/UE.

Disso nos dá conta, também, o considerando n.º 40, o qual determina que o controlo da observância das considerações ambientais deve ser acautelado nas diferentes fases de um procedimento concursal: “ou seja, ao aplicar os princípios gerais que regem a escolha dos participantes e a adjudicação de contratos, ao aplicar os critérios de exclusão e ao aplicar as disposições relativas às propostas anormalmente baixas”.

Por conseguinte, nos termos da Diretiva 2014/24/UE, as considerações ambientais são, desde logo, perspectivadas como integrando o leque de critérios com base nos quais devem as entidades adjudicantes concluir pela “proposta economicamente mais vantajosa”. De acordo com o artigo 67.º da Diretiva, a proposta economicamente mais vantajosa deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada, designadamente, com base em critérios que incluam aspetos ambientais com ligação ao objeto do contrato⁴⁷.

Acresce que, também em sede dos denominados “critérios de seleção qualitativa” – os quais, no ordenamento jurídico português veem o seu âmbito de aplicação circunscrito aos procedimentos com prévia qualificação – tratou o legislador europeu de reconhecer⁴⁸ como constituindo motivo de exclusão, a violação, por parte dos operadores económicos, de quaisquer considerações ambientais a que os mesmos se encontrem vinculados pelo Direito da União Europeia, Direito nacional ou, até mesmo, por um qualquer Acordo ou Convenção internacional⁴⁹.

Ademais, cumpre ainda a diretriz do suprarreferido considerando n.º 40, o disposto no artigo 70.º da Diretiva 2014/24/UE, ao investir as entidades adjudicantes, já em sede de execução dos contratos, da possibilidade de fixar nas peças do procedimento (diga-se, a este respeito, no anúncio ou no caderno de encargos) condições especiais de execução dos contratos que contenham considerações de natureza ambiental e que mantenham com o objeto do contrato uma *conexão direta*⁵⁰.

Na mesma linha, a Diretiva refere-se às especificações técnicas com o intuito de advertir as entidades adjudicantes de que aquelas devem ser, do mesmo modo, definidas

⁴⁷ A este propósito, cfr. Dragos & Neamtu, 2014, p. 318.

⁴⁸ No entendimento de Pedro Cerqueira Gomes, “não podemos classificar este aditamento como uma verdadeira novidade, mas sim como uma mera clarificação em nome da certeza jurídica daquilo que já era admitido ao abrigo da legislação europeia anterior (...)”. Cerqueira Gomes, 2016, p. 102.

⁴⁹ A este propósito, cfr. Graells, 2014, p. 102.

⁵⁰ Neste sentido, cfr. Cerqueira Gomes, 2016, p. 109.

de forma a permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência⁵¹, bem como a consecução dos objetivos de sustentabilidade^{52 53}.

Sem prejuízo do exposto, o caráter verdadeiramente inovatório⁵⁴ da Diretiva 2014/24/UE, veio, em boa verdade, a traduzir-se na introdução de dois conceitos fundamentais, que se vêm demonstrando constituir ferramentas essenciais às entidades adjudicantes quer na preparação das peças do procedimento quer na seleção, numa fase posterior, da proposta a adjudicar. Ora, referimo-nos, a este propósito, aos conceitos de *custo do ciclo de vida*⁵⁵ e de *rótulo ecológico*.

Desde logo, no que tange com o conceito de custo de ciclo de vida, o mesmo mereceu – a par da sua previsão no n.º 2 do artigo 67.º – a inteira dedicação do artigo 68.º da Diretiva 2014/24/UE, segundo o qual, o mesmo integra parte ou a totalidade dos custos suportados por uma entidade adjudicante ou outros utilizadores, designadamente: *i)* custos relacionados com a aquisição; *ii)* custos de utilização, tais como o consumo de energia e de outros recursos; *iii)* custos de manutenção; *iv)* custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem. Ademais, pode integrar custos imputados a externalidades ambientais⁵⁶ (designadamente, o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas) diretamente ligados ao produto, serviço ou obra, durante todo o seu ciclo de vida, desde que o seu valor monetário possa ser determinável.

Nesta senda, afigura-se, no entanto, imprescindível que, em sede de avaliação dos custos imputados às externalidades ambientais, as entidades adjudicantes recorram a um método de cálculo baseado em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios⁵⁷.

Por fim, a Diretiva 2014/24/UE, inspirada sobretudo pela jurisprudência do Acórdão *Commission vs. Netherlands*⁵⁸ – comumente conhecido por “*The Max Havelaar case*” – foi ainda responsável por fomentar a utilização de rótulos ecológicos⁵⁹

⁵¹ A título representativo, referem D.C. Dragos & B. Neamtu que “It is allowed to require methods of production that are widely available to economic operators across the EU: for instance, that electricity should be produced from renewable sources or that food is produced using organic methods. It would be inadmissible though to refer to a production process which is specific to one supplier – or to suppliers in one country or region – unless such reference is justified by the exceptional circumstances of the contract and accompanied by the words ‘or equivalent’”. Dragos & Neamtu, 2014, p. 317.

⁵² Cfr. considerando n.º 74 e art. 42.º da Diretiva 2014/24/UE.

⁵³ No mesmo sentido, cfr. Cerqueira Gomes, 2016, pp. 96 e 97.

⁵⁴ A este propósito, cfr. Dragos & Neamtu, 2014, p. 323.

⁵⁵ Sobre o conceito e as diferentes metodologias de cálculo do “custo de ciclo de vida”, cfr. Dragos & Neamtu, 2014, pp. 323-329; Czarnezki & Garsse, 2020, pp. 3-17.

⁵⁶ Sobre o conceito de “externalidades ambientais”, cfr. Dragos & Neamtu, 2014, p. 326.

⁵⁷ Neste sentido, cfr. Cerqueira Gomes, 2016, p. 108.

⁵⁸ Cfr. Ac. do TJUE, *Commission vs. Netherlands* (proc. C-368/10), de 12 de maio de 2012.

⁵⁹ O rótulo ecológico é atualmente regulado pelo Regulamento n.º 66/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11.2009.

enquanto um instrumento voluntário para a implementação de uma contratação pública sustentável⁶⁰.

O conceito de *rótulo ecológico*⁶¹ já havia sido definido, em 2004, pela Global Ecolabelling Network como “um rótulo que identifica a preferência ambiental global de um produto ou serviço com base em considerações relativas ao ciclo de vida”^{62 63}. No entanto, como bem aponta a Doutrina, inexistia no quadro das Diretivas de 2004, uma definição clara de rótulo, a qual foi devidamente introduzida pelo legislador europeu com a Reforma de 2014⁶⁴, nos termos da qual o mesmo consubstancia um qualquer documento ou certificado capaz de atestar – quer em sede de especificações técnicas, critérios de adjudicação, ou por via das condições de execução dos contratos⁶⁵ – de que as obras, fornecimentos ou serviços cumprem as características exigidas pelas entidades adjudicantes.

Ademais, por via das Diretiva 2014/24/UE, o legislador europeu optou por romper, definitivamente, com a opção, até então consagrada na Diretiva 2004/18/CE, de regular a utilização dos rótulos ao abrigo do chapéu das especificações técnicas. Com vista a reforçar o relevo das considerações sociais e ambientais no âmbito da contratação pública, o legislador europeu tomou a opção estrutural de permitir que a exigência de rótulos possa funcionar noutras fases do procedimento concursal, designadamente, no âmbito dos critérios de adjudicação e nas condições de execução dos contratos.

De resto, o artigo 43.º da Diretiva 2014/24/UE introduz uma novidade em relação à jurisprudência *Max Havelaar/Dutch Coffee*, quando consente a referência a um rótulo específico, desde que, no entanto, cumpram uma série de pressupostos⁶⁶: i) os requisitos de rotulagem têm de se encontrar, exclusivamente, associados ao objeto do contrato; ii) os rótulos devem basear-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios; iii) os rótulos devem ser criados através de um procedimento aberto e transparente no qual possam participar todas as partes interessadas; iv) os rótulos devem ser acessíveis a todas as partes interessadas; e, por último, v) os requisitos de rotulagem são definidos por um terceiro sobre o qual o operador económico que solicita o rótulo não possa exercer uma influência decisiva.

⁶⁰ Sobre o contributo da decisão *Max Havelaar/Dutch Coffee* para a discussão sobre a compatibilidade da inclusão de rótulos privados Max Havelaar (rótulo social) e EKO (rótulo ambiental) nas especificações técnicas de um contrato público, cfr. Cerqueira Gomes, 2016, pp. 96 e 97.

⁶¹ A este propósito, cfr. Martins, 2014, pp. 103-106.

⁶² Cfr. Global Ecolabelling Network, 2004, p. 1. <https://www.gdrc.org/sustbiz/green/gen-infopaper.pdf>.

⁶³ Tradução nossa.

⁶⁴ Cfr. considerando n.º 75 e art. 43.º da Diretiva 2014/24/UE.

⁶⁵ A este propósito, cfr. Dragos & Neamtu, 2015, p. 98.

⁶⁶ A este propósito, note-se que as condições exigidas nas als. a) a e) do n.º 1 do art. 43.º da presente Diretiva, já se encontravam previstas, em termos gerais, no n.º 6 do art. 23.º da Diretiva 2004/18/CE.

Aqui chegados, acompanhamos os dizeres de Pedro Cerqueira Gomes⁶⁷, quando afirma que, por via da Diretiva de 2014, o legislador europeu parece conceder à contratação pública uma certa vocação programática, ligando os contratos públicos à promoção da multiplicidade de interesses da União e consequentemente à sua estratégia para o combate à crise económica e financeira presente na Estratégia Europa 2020.

No entanto, sem prejuízo dos reconhecidos esforços protagonizados pelo pacote de Diretivas de 2014 na promoção e desenvolvimento de uma contratação pública sustentável, as suas diretrizes vieram a revelar-se ainda manifestamente insuficientes perante a emergência, cada vez mais proeminente, de um cenário de crise climática, o qual, no decorrer do ano de 2019, veio a impulsionar a aprovação, pela Comissão Europeia, de um pacote de iniciativas estratégicas com vista a colocar a União Europeia na vanguarda da transição ecológica para a neutralidade climática até 2050, o qual foi denominado de Pacto Ecológico Europeu, também conhecido como “*European Green Deal*”. Nesta senda, associando-se à Agenda 2030⁶⁸ e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, ao Pacto Ecológico Europeu coube o reconhecido mérito de alertar os Estados-Membros para a necessidade de um forte investimento público e de sensibilizar a sociedade e os seus principais atores para a mudança de paradigma no que tange com a exploração de recursos, a qual, havia de se revelar economicamente eficiente e ambientalmente sustentável.

Nas palavras de Raquel Carvalho⁶⁹, “É no contexto da política comercial da UE e no objetivo de liderança nestas matérias que surge o instrumento da contratação pública”.

⁶⁷ Cfr. Cerqueira Gomes, 2016, p. 95.

⁶⁸ A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2015, define um conjunto de objetivos, denominados “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”, aos quais fora aposta uma meta temporal para o seu cumprimento: 2030. De entre os objetivos definidos, constam, designadamente, os seguintes: acelerar a transição para a mobilidade sustentável, integrar a sustentabilidade em todas as políticas da União Europeia, mobilizar a indústria para a economia circular e limpa.

⁶⁹ Carvalho, 2021, p. 86.

III. Será possível falar em critérios ecológicos obrigatórios no contexto da Diretiva 2014/24/UE?

É inegável que o novo pacote de Diretivas europeias para a contratação pública, em especial, a Diretiva 2014/24/UE, teve como um dos seus objetivos primordiais assegurar a promoção de considerações ambientais pelas entidades adjudicantes.

Nesta senda, concordamos com Dragos e Neamtu⁷⁰ quando afirmam que a reforma introduzida pelas Diretivas de 2014, terá sido substancialmente dominada pelo paradigma da *compra pública sustentável*^{71 72}.

De facto, se a evolução para uma *contratação pública estratégica*⁷³ ou *contratação sustentável* deve ser vista como um fenómeno progressivo e nem sempre isento de críticas⁷⁴, a verdade é que, a par das preocupações relacionadas com a promoção e salvaguarda de um mercado interno, não discriminatório e concorrencial, a União Europeia tem avocado para si, um leque cada vez mais extenso de competências estreitamente relacionadas com a promoção de *políticas horizontais*⁷⁵, havendo mesmo quem já fale num *mercado de valores*⁷⁶.

Disso já nos dava conta, em 2011, o suprarreferido “Livro Verde: sobre a modernização da política de contratos públicos da UE”, por meio do qual a Comissão – em manifesto arrepio daquela que era, até então, a prática europeia – sugestivamente afirmou que “Outra forma de alcançar os objectivos da política de contratos públicos pode consistir em impor às entidades adjudicantes obrigações sobre o ‘que comprar’”⁷⁷, ao invés de apenas regular “como comprar”. Nesta senda, a Comissão referia-se, expressamente, à possibilidade de definir *requisitos ou critérios de cumprimento obrigatório* para as entidades adjudicantes no que respeita às características de produtos ou serviços a fornecer.

Ocorre que, perante uma Diretiva orientada pelos valores e ideais do Livro Verde de 2011 e da Estratégia Europa 2020⁷⁸, há na Doutrina⁷⁹ quem equacione uma possível *modificação genética geral das diretivas*⁸⁰ relativas aos contratos públicos, com o fito

⁷⁰ Cfr. Dragos & Neamtu, 2014, p. 302.

⁷¹ Note-se, a este propósito, que para o mesmo juízo conclusivo concorre o já referido considerando n.º 91 da Diretiva 2014/24/UE.

⁷² A este propósito, cfr. Janssen, 2023, p. 5.

⁷³ A este propósito, cfr. Cerqueira Gomes, 2016, p. 93.

⁷⁴ Sobre uma Comissão Europeia recalcitrante na adoção de medidas com vista a uma contratação pública estratégica, cfr. Caranta, 2015, p. 414.

⁷⁵ Sobre a utilização da expressão “políticas horizontais”, cfr. Cerqueira Gomes, 2016, p. 93.

⁷⁶ Cfr. Cerqueira Gomes, 2021, p. 27.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 45.

⁷⁸ Cfr. considerando n.º 2 da Diretiva 2014/24/UE.

⁷⁹ Neste sentido, cfr. Cerqueira Gomes, 2016, p. 95; Comba, 2014, p. 41.

⁸⁰ Cfr. Comba, 2014, p. 41.

de contribuir para a afirmação e legitimação de um direito europeu da contratação pública estratégica e sustentável.

Em boa verdade, para tal equação em muito tem contribuído aquela que vem sendo a tendência legislativa ao nível da legislação setorial europeia⁸¹, a qual tem vindo a revelar-se um terreno especialmente fértil para a promoção e implementação de requisitos ecológicos obrigatórios, em especial, no combate às alterações climáticas. Em concreto, enquadram-se nesta linha legislativa, designadamente, a Diretiva 2019/1161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 e o Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de junho de 2023, relativo às baterias e respetivos resíduos.

Perante tal *estado de arte*, coloca-se na Doutrina⁸² a questão de saber se existem na Diretiva 2014/24/UE requisitos de sustentabilidade obrigatórios para as entidades adjudicantes.

3.1. A querela doutrinal em torno da questão sobre a natureza obrigatória dos requisitos de sustentabilidade na Diretiva 2014/24/UE

Corroboramos o entendimento de Willem Janssen⁸³ quando o mesmo, atentamente, sugere que a parte mais proeminente do debate doutrinal sobre a obrigação de natureza ambiental ou social da legislação da União Europeia em matéria de contratos públicos incide sobre o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE.

Nesta senda, Marta Andhov⁸⁴ sustenta que do novo pacote de Diretivas europeias para a contratação pública, em especial, das disposições ditas “pró-estratégicas” da Diretiva 2014/24/UE, resultou quer uma expansão quer uma contração da margem de discricionariedade de que são titulares as entidades adjudicantes nas variadas fases de um qualquer procedimento de contratação pública. Por uma banda, afirma a Autora, que a ampliação da margem de discricionariedade das entidades adjudicantes revela-se patenteada no mais vasto leque de disposições normativas orientadas por vetores de uma política estratégica de contratação pública, designadamente, aquelas que expressamente se referem a custos do ciclo de vida, à possibilidade de exclusão de concorrentes por incumprimento de obrigações de índole ambiental ou social, e, ainda, ao direito geral de toda e qualquer uma entidade adjudicante de decidir pela não adjudicação de uma proposta que se encontre, no todo ou em parte, desconforme com as obrigações ínsitas

⁸¹ A este propósito, cfr. Andhov & Muscaritoli, 2023, pp. 33 e ss.

⁸² A este propósito, cfr. Janssen, 2023, p. 8.

⁸³ Cfr. Janssen, 2023, p. 8.

⁸⁴ Cfr. Andhov, 2021, p. 24. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3794794.

no n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE. De outra banda, entende a aludida Autora que as obrigações decorrentes do referido n.º 2 do artigo 18.º, constituem verdadeiras limitações ao direito das entidades adjudicantes de optar por adquirir bens e serviços de forma sustentável. Para a referida Autora, tais limitações encontram-se, assim, estabelecidas em disposições da Diretiva 2014/24/UE por si denominadas de “pró-estratégicas”, as quais, a seu ver, têm uma natureza eminentemente obrigatória para as entidades adjudicantes⁸⁵. A este propósito, a mesma⁸⁶ tem entendido concorrer para tal conclusão uma leitura conjunta do n.º 2 do artigo 18.º e do considerando n.º 37, da Diretiva 2014/24/UE, o qual se refere, indistintamente aos Estados-Membros e às entidades adjudicantes.

Não é unânime, todavia, o entendimento sufragado por Marta Andhov.

Por via de uma interpretação voltada ao significado exato da letra da Lei, Willem Janssen⁸⁷ defende que as obrigações de natureza ambiental, social e laboral estabelecidas no referido n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, constituem exigências dirigidas unicamente aos Estados-Membros, em especial, aos legisladores nacionais, e não às entidades adjudicantes. Ademais, o Autor refere que, dada a natureza aberta do referido preceito normativo, motivada pela utilização do conceito indeterminado de “medida necessária”, a verdadeira natureza das medidas a adotar pelo Estados-Membros apenas pode ser decifrada por meio de uma análise às soluções legislativas nacionais.

Em boa verdade, a mesma metodologia interpretativa parece ter sido adotada pelo próprio TJUE no processo *Tim*⁸⁸, no qual fora acometido ao Tribunal a nobre tarefa de ajuizar sobre a legalidade de disposições normativas italianas que, no contexto dos concursos públicos, culminavam situações de incumprimento de normas relativas com o direito ao trabalho de pessoas com deficiência com a exclusão automática dos respetivos operadores económicos. Por via do referido acórdão, o TJUE parece ter contribuído para a resolução da querela assente na (in)existência de um requisito de sustentabilidade de natureza obrigatória dirigido às entidades adjudicantes, inscrito o n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, ao afirmar que “(...) os Estados-Membros podem prever, para efeitos da aplicação do artigo 57.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24, que a autoridade adjudicante tem a faculdade, ou mesmo a obrigação, de excluir o operador económico que tenha apresentado a proposta de participação no procedimento de contratação, quando um incumprimento das obrigações previstas no artigo 18.º, n.º 2, desta diretiva

⁸⁵ A este propósito, cfr. Janssen, 2023, pp. 9 e 10.

⁸⁶ Cfr. Andhov, 2021, p. 15.

⁸⁷ Cfr. Janssen, 2023, p. 9.

⁸⁸ Cfr. Ac. Tim, do TJUE, proc. C-395/18, datado de 30.01.2020.

for constatado em relação a um dos subcontratantes referidos na proposta desse operador”⁸⁹.

Como é bom de ver, do excerto decisório ora supracitado, resulta, a nosso ver, que o n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE apenas pode ser considerado um requisito de sustentabilidade obrigatório para as entidades adjudicantes na estrita medida em que os Estados-Membros (diga-se: legisladores nacionais) assim, voluntariamente, o determinem por via da alínea a) do n.º 4 do artigo 57.º do mesmo diploma normativo.

3.1.1. A posição adotada: uma interpretação meta-teleológica

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Autor Willem Jansen e pela própria jurisprudência do TJUE, em especial, o processo *Tim*, propugnamos pelo acolhimento, nesta sede, do raciocínio utilizado por Pedro Cerqueira Gomes⁹⁰ num seu ensaio sobre a promoção da inovação através da contratação pública da União Europeia, através do qual procurou responder, satisfatoriamente, à questão: “O TJUE está a legitimar contratos públicos estratégicos e equilibrados?”⁹¹. De facto, embora no seio de uma temática distinta daquela com que se prende a presente dissertação – de resto, diga-se, estreitamente conexa com o domínio da sustentabilidade ambiental e das denominadas “políticas estratégicas” – entendemos ser, também aqui, de lançar mão de um raciocínio “meta-teleológico”, tal como o mesmo fora, num primeiro momento, teoricamente configurado por Miguel Poiars Maduro⁹².

No contexto de um ordenamento jurídico como o da União Europeia, isto é, profundamente marcado por um pluralismo constitucional e um inegável défice democrático – fruto, em grande medida, de um sistema de delegação de competências por parte dos Estados-Membros –, advogamos ser imprescindível que o labor interpretativo das suas disposições normativas, *in casu*, das normas constantes da Diretiva 2014/24/UE, se cumpra tendo presente, por um lado, as fragilidades democráticas do projeto europeu, o qual não cumpre, até à data, uma lógica estadual, e, por outro lado, a força legislativa – necessariamente limitada – das normas integrantes deste ato normativo, sob pena de se subverter o escopo funcional de toda e qualquer Diretiva: a definição de objetivos a prosseguir pelos Estados-Membros.

⁸⁹ Cfr. Parágrafo n.º 40 do Ac. do TJUE “*Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA vs. Consip SpA e Ministero dell'Economia e delle Finanze*”, proc. C-395/18, de 30.01.2020.

⁹⁰ Cfr. Cerqueira Gomes, 2021, pp. 3 e ss.

⁹¹ Cfr. Cerqueira Gomes, 2021, p. 34.

⁹² Cfr. Maduro, 2008, pp. 5-10. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134503.

Ora, não obstante, ser, a nosso ver, defensável, a existência de um verdadeiro “mercado de valores”⁹³, atendendo ao já referido leque, cada vez mais extenso, de competências estreitamente relacionadas com a promoção das denominadas “políticas horizontais”⁹⁴, não é, ainda assim, no nosso melhor entendimento, admissível falar, no âmbito das Diretivas de 2014, em especial, no n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, em requisitos ecológicos obrigatórios para as entidades adjudicantes. Em boa verdade, admitir uma tese diametralmente oposta, como o parece fazer Marta Andhov, mostrar-se-ia verdadeiramente *contra legem*: não só por atribuir força de Lei a um instrumento normativo cujo compromisso funcional se detém, por razões de legitimidade democrática, na definição de um conjunto de resultados cujos Estados-Membros gozam de total liberdade de meios para os alcançar, como por uma tal tese mais não fazer do que subverter a lógica que subjaz a toda e qualquer Diretiva, cujos únicos destinatários podem ser os próprios Estados-Membros, isto é, ao fim e ao cabo, os legisladores nacionais.

De resto, acompanhamos Willem Janssen quando o mesmo, por via de uma interpretação literal do n.º 2 do artigo 18.º, conclui que outro não pode ser o sentido subjacente à cominação – note-se, de contornos pouco precisos, devido a utilização pelo legislador europeu do conceito indeterminado “medidas necessárias” – expressamente dirigida aos Estados-Membros: a de que, por meio da legislação nacional, adotem as medidas que entenderem adequadas, de natureza obrigatória ou voluntária, a garantir o cumprimento, num primeiro momento, isto é, na fase da formação do procedimento concursal, por parte das entidades adjudicantes e, por sua vez, num segundo momento, aquando da fase de execução dos contratos públicos, pelos operadores económicos.

Por conseguinte, somos do entendimento que um tal labor interpretativo com o intuito de concluir sobre a natureza obrigatória ou voluntária de um determinado leque de requisitos ecológicos a adotar pelas entidades adjudicantes no âmbito da contratação pública, apenas ao nível interno de cada Estado-Membro caberá realizar⁹⁵, por via de uma análise cuidada das opções normativamente assumidas nos respetivos ordenamentos jurídicos nacionais.

⁹³ A este propósito, Pedro Cerqueira Gomes refere que “The variety of values that the European project possesses today (articles 2 and 3 TEU) does not confine the EU legal basis to avoiding discrimination and trade restrictions”. Cfr. Cerqueira Gomes, 2021, p. 38.

⁹⁴ A este propósito, somos de acompanhar o entendimento de Marta Andhov, quando a mesma refere ser da competência da União Europeia a prossecução dos objetivos estratégicos inerentes às Diretivas sobre contratos públicos. Cfr. Andhov, 2021, p. 7. De facto, tal resulta da leitura conjunta do n.º 3 do art. 3.º do Tratado da União Europeia (TUE), dos arts. 7.º e 11.º do TFUE, e, ainda, da al. e) do n.º 2 do art. 4.º e art. 191.º, do TFUE.

⁹⁵ No mesmo sentido, cfr. Botta, 2023, p. 189.

3.2. Uma Europa a diferentes velocidades na adoção de requisitos obrigatórios em matéria de contratos públicos ecológicos: breve apontamento

Sendo certo não fazer parte do escopo do presente escrito levar a cabo uma análise minuciosa e crítica sobre o ordenamento jurídico de outro qualquer Estado-Membro da União Europeia (diga-se: típica de um estudo de Direito Comparado⁹⁶), entendemos ser, ainda assim, preponderante – no seguimento daquelas que foram as conclusões por nós defendidas no ponto anterior sobre a existência de um espaço valorativo-discrecionário de cada Estado-Membro em adotar as medidas, de natureza obrigatória ou voluntária, que repute como adequadas a cumprir os objetivos de sustentabilidade ambiental constantes das Diretivas de 2014 – proceder a um breve apontamento, meramente ilustrativo, das soluções legislativas que vêm sendo adotadas pelos ordenamentos jurídicos de alguns Estados-Membros da União Europeia.

Giulia Botta⁹⁷ afirmou, recentemente, que o ordenamento jurídico italiano constitui o exemplo mais proeminente, de entre os restantes Estados-Membros da União Europeia, de adoção de critérios mínimos obrigatórios de sustentabilidade no direito dos contratos públicos.

A transição de requisitos voluntários para requisitos obrigatórios em matéria de contratação pública ecológica conheceu o seu ponto crucial, no ordenamento jurídico italiano, com a adoção do novo CCP em 2016, que transpôs para a ordem interna as soluções normativas protagonizadas pelas Diretivas de 2014.

De facto, por via do atual artigo 57.^o⁹⁸ do CCP italiano, aprovado pelo Decreto Legislativo de 31.03.2023, o legislador revelou ser clara a sua opção pela implementação na legislação nacional de requisitos ambientais mínimos, os quais, já no ano de 2017, vieram a ser repetidamente interpretados pelos tribunais italianos⁹⁹ como sendo de aplicação obrigatória para todas as entidades adjudicantes, constituindo-se o primeiro Estado-Membro a exigir a aplicação obrigatória de requisitos mínimos ecológicos.

Nos termos do n.º 2 do referido artigo 57.^o, as entidades adjudicantes devem contribuir para a consecução dos objetivos de sustentabilidade ambiental previstos no Plano de Ação Nacional em matéria de contratação pública sustentável, *pelo menos*, por meio da inclusão, nas peças do procedimento, de requisitos mínimos ecológicos¹⁰⁰ quer

⁹⁶ Para uma adequada compreensão da noção de Direito Comparado, cfr. Almeida & Carvalho, 2013, pp. 11 e ss.; Moura Vicente, 2012, pp. 18 e ss.

⁹⁷ Cfr. Botta, 2023, pp. 189 e 190.

⁹⁸ Corresponde ao art. 34.^o na redação anterior do CCP italiano, aprovado pelo Decreto Legislativo 57/2017 (“Decreto Correttivo”) e atualizado pelo Decreto Legislativo 76/2020 (Decreto Semplificazioni) e pelo Decreto Legislativo 77/2021 (Decreto Semplificazioni PNRR) (National Recovery and Resilience Plan)).

⁹⁹ Cfr. Botta, 2023, p. 200.

¹⁰⁰ Os requisitos mínimos ecológicos ou, de uma forma mais aproximada à denominação usada na língua italiana, critérios ambientais mínimos (Criteri Ambientali Minimi) corporizam um leque alargado de

em sede das especificações técnicas quer em sede das condições especiais de execução do contrato. Do mesmo modo, prevê-se a possibilidade de as entidades adjudicantes incluírem tais critérios ambientais mínimos como critérios de adjudicação de forma a concluir pela proposta economicamente mais vantajosa, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 108.º do mesmo diploma legislativo.

Aos dias de hoje, encontram-se previstos critérios ambientais mínimos para dezoito categorias específicas de contratos públicos, abrangendo setores substancialmente distintos, como os setores de mobiliário – interior e urbano –, resíduos urbanos, alimentação e restauração, e comercialização de veículos automóveis. Por seu turno, são comumente identificadas pela Doutrina italiana¹⁰¹, seis fases, ao longo do ciclo de formação dos contratos públicos, nas quais as entidades adjudicantes podem incluir requisitos ecológicos mínimos obrigatórios: em sede de planeamento dos contratos públicos através da realização de avaliações de impacto ambiental e organização de consultas preliminares de mercado; aquando da definição do objeto do contrato, de forma a optar pela aquisição de produtos/serviços que cumpram com os objetivos ambientais delineados; por meio da previsão de especificações técnicas de natureza obrigatória; fixação de critérios de seleção que se revelem adequados a comprovar a capacidade técnica de candidatos a executar o contrato em apreço¹⁰²; através da adoção de critérios de adjudicação¹⁰³ que se proponham a atribuir pontos adicionais às propostas que incluam considerações de índole ambiental¹⁰⁴; e, por fim, por meio da previsão de condições especiais de execução do contrato¹⁰⁵.

Neste contexto, o incumprimento, a aplicação incorreta ou a ausência total/parcial dos critérios ambientais mínimos – cuja supervisão e monitorização compete à Autoridade Nacional Anticorrupção italiana¹⁰⁶ – conduz à anulação da decisão de adjudicação e à declaração de ineficácia do respetivo contrato¹⁰⁷.

A par da opção legislativa adotada pelo ordenamento jurídico italiano, a Lei sobre os Contratos do Setor Público espanhol – Lei n.º 9/2017, de 8 de novembro – e o Decreto-Lei Real n.º 3/2020, fixam um leque significativo de requisitos ecológicos obrigatórios. Ambos os diplomas legislativos têm como principal propósito normativo a transposição para a legislação nacional das orientações incorporadas nas Diretivas de

requisitos ambientais definidos para as diversas fases de um procedimento de contratação pública. Estes critérios ambientais mínimos são adotados por Decreto Ministerial e definidos em conformidade com o Plano para a sustentabilidade ambiental dos consumos na administração pública. https://gpp.mite.gov.it/sites/default/files/2023-08/PAN_GPP.pdf.

¹⁰¹ A este propósito, cfr. Botta, 2023, p. 196.

¹⁰² Cfr. al. a) do n.º 1 do art. 95.º do CCP italiano.

¹⁰³ Cfr. n.ºs 4 e 5 do art. 108.º e o art. 185.º do CCP italiano.

¹⁰⁴ Cfr. n.º 2 do art. 107.º do CCP italiano.

¹⁰⁵ Cfr. art. 113.º do CCP italiano.

¹⁰⁶ Cfr. art. 222.º do CCP italiano.

¹⁰⁷ Sobre os obstáculos sentidos pelas entidades adjudicantes e os operadores económicos no cumprimento dos critérios mínimos ambientais, cfr. Botta, 2023, pp. 197-199.

2014. Em linha com o argumentário produzido por Ximena Lazo Vitoria¹⁰⁸, a aprovação dos referidos diplomas normativos marcou, de forma indelével, a transição para a adoção de requisitos obrigatórios em matéria de contratos públicos sustentáveis na ordem jurídica espanhola.

A título ilustrativo, a alínea c) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 9/2017, de 8 de novembro, prevê a obrigação de as entidades adjudicantes terem em linha de conta, aquando da definição do objeto do contrato, considerações ambientais. Na mesma linha, o n.º 2 do artigo 122.º e o artigo 124.º da mesma Lei obrigam as entidades adjudicantes a incluir considerações de índole ambiental nas peças do procedimento de contratação pública, sob a forma de critérios de seleção, critérios de adjudicação, condições especiais de execução do contrato ou, enquanto especificações técnicas.

De resto, também em matéria de alterações climáticas e transição energética, o legislador espanhol optou por adotar um conjunto de requisitos ecológicos obrigatórios. Segundo o artigo 31.º da Lei n.º 7/2021, de 20 de maio, a Administração Geral do Estado e o conjunto de órgãos e entidades do setor público estadual devem – na linha do n.º 4 do artigo 126.º da Lei n.º 9/2017, de 8 de novembro – incorporar nos documentos contratuais, como prescrições técnicas específicas ou critérios de adjudicação, requisitos obrigatórios com o fito de promover a redução de emissões e de pegada de carbono. Para o efeito, cuidou o legislador espanhol de, para determinadas tipologias de contratos, elencar de forma não taxativa, nos n.ºs 2 e 3 do referido artigo, um conjunto de especificações técnicas e critérios de adjudicação de que as entidades adjudicantes podem lançar mão na formação das peças de um procedimento concursal. Perante tal quadro normativo – que propugna pela utilização generalizada de requisitos obrigatórios de sustentabilidade pública ecológica – há na Doutrina¹⁰⁹ espanhola quem sustente estarmos perante uma verdadeira “mudança climática” no Direito da contratação pública.

Contudo, sem prejuízo do carácter vanguardista das soluções legislativas adotadas pelos ordenamentos jurídicos italiano e espanhol – ao conferir uma natureza eminentemente obrigatória a um conjunto de critérios ecológicos no domínio da contratação pública – foram protagonizadas, por outros Estados-Membros, medidas legislativas que se pautaram por uma aplicação mais cautelosa das orientações dadas pela Diretiva 2014/24/UE, como é o caso dos Países Baixos.

Nos termos do CCP dos Países Baixos¹¹⁰, a opção por um critério de adjudicação somente assente no preço ou custo mais baixos, isto é, desligado, designadamente, de

¹⁰⁸ Cfr. Vitoria, 2023, pp. 221-223.

¹⁰⁹ Cfr. Vitoria, 2023, p. 224.

¹¹⁰ Disponível para consulta em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0032203/2022-03-02>.

quaisquer considerações ambientais, exige, à respetiva entidade adjudicante, a apresentação, nas peças do procedimento, de uma fundamentação válida¹¹¹.

Nesta senda, dada a natureza eminentemente processual de tal disposição normativa, vieram a revelar-se preponderantes os contributos fornecidos, num primeiro momento, pelo denominado “Guia de Proporcionalidade”¹¹² e, mais tarde, pelo Comité de Especialistas em Compras Públicas (*Commissie van Aanbestedingsexperts*, CPPE). De acordo com o primeiro, a escolha pelo critério do menor preço ou custo deve ser entendida como a mais prudente, no caso, circunscrito, de não existirem “critérios de distinção” suficientes sobre os quais os proponentes possam exibir algum valor acrescentado que seja meritório de um escrutínio avaliativo¹¹³. Ademais, segundo o referido Comité, a entidade adjudicante só poderá optar por um critério de adjudicação assente no menor preço ou custo, quando a escolha por um critério qualitativo se revele ineficiente por não se poder, de forma razoável, esperar que a aplicação de um tal critério seja de modo a fomentar um ambiente verdadeiramente concorrencial entre os proponentes no que tange com a apresentação de soluções inovadoras e ambientalmente sustentáveis¹¹⁴.

Desta feita, note-se que, inexistente, no CCP dos Países Baixos, uma qualquer obrigatoriedade, em sentido próprio, de aplicação de critérios ecológicos. Ao invés, estamos perante um verdadeiro dever de fundamentação quando tais critérios não são utilizados. Nas sintéticas palavras de Paul Heijnsbroek, estamos perante um mecanismo de “*comply or explain*”¹¹⁵.

Neste âmbito, importará, por fim, aferir qual a metodologia adotada pelo ordenamento jurídico português e qual o seu impacto no contexto nacional: terá o legislador português optado por uma solução “vanguardista”, criando e impondo a aplicação de critérios ecológicos obrigatórios, como vimos ter sido a opção assumida em Itália e Espanha? Terá assumido a lógica neerlandesa de “*comply or explain*”? Ou terá sido acolhido um modelo de aplicação estritamente voluntária de critérios ecológicos?

¹¹¹ Cfr. n.º 4 do art. 2.114 do CCP dos Países Baixos.

¹¹² Disponível para consulta em: www.pianoo.nl/en/legal-framework/proportionality-guide.

¹¹³ Cfr. Parágrafo 3.5.5 do “Guia de Proporcionalidade”.

¹¹⁴ Cfr. Parecer n.º 224, datado de 03.06.2014. <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/documenten/adviezen/2015/05/01/advies-224>.

¹¹⁵ Expressão utilizada por Paul Heijnsbroek e que sintetiza, em apenas duas palavras, a solução legislativa adotada no CCP dos Países Baixos, designadamente, em matéria de contratação público ecológica. Cfr. Heijnsbroek, 2023, p. 208.

IV. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro: um novo elefante na sala¹¹⁶?

4.1. Breve nota sobre a mais recente tendência legislativa nacional em prol de uma contratação pública sustentável

A aprovação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro (doravante, RCM), a qual define um conjunto de critérios ecológicos a aplicar aos contratos públicos celebrados pela Administração direta e indireta do Estado, vem na sequência daquela que tem sido a tendência legislativa europeia – a qual fora por nós suficientemente descrita nos capítulos anteriores do presente escrito – mas, também, das soluções legislativas que, num passado próximo, foram acolhidas pela ordem jurídica nacional.

Desde logo, assistimos à concretização da Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas para o período 2030 (ECO2030), aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 13/2023, de 10 de fevereiro, que constitui o mais importante instrumento legal português no que tange com a reforma ecológica da Administração Pública portuguesa, a qual aponta para a necessidade de adoção de critérios ecológicos no âmbito dos procedimentos de contratação pública.

Neste contexto, o preâmbulo da ECO360 determina que a contratação pública em Portugal deve estar no centro da decisão de produção e consumo sustentável, por forma a reforçar a contratação pública ecológica e, assim, contribuir de modo significativo para o cumprimento dos objetivos das políticas ambientais, para a promoção de um modelo de desenvolvimento económico sustentável, gerador de riqueza e emprego e, bem assim, para a projeção de uma Administração Pública exemplar no domínio da sustentabilidade, que se revele capaz de influenciar os comportamentos de outros atores chave, como o são as empresas e os cidadãos em geral.

Do mesmo modo, detém um papel preponderante, a Lei de Bases do Clima, aprovada em dezembro de 2021, nos termos da qual a aquisição de bens e a contratação de serviços devem obedecer a critérios de sustentabilidade¹¹⁷.

Concomitantemente, também a alteração ao CCP promovida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, cuidou de introduzir, de uma forma mais adequada, considerações de natureza ambiental nos procedimentos de contratação pública. Em concreto, assegurou-

¹¹⁶ Trata-se de uma expressão idiomática, comumente utilizada, com o propósito de aludir a uma questão complexa, problemática, atual, mas sobre a qual todos os membros de um determinado grupo evitam conversar.

¹¹⁷ Cfr. n.º 4 do art. 37.º da Lei de Bases do Clima.

se a previsão de condições de execução dos contratos e de fatores de avaliação das propostas alinhadas com preocupações ecológicas¹¹⁸.

De resto, a RCM assume particular relevância no contexto da implementação, em 2021, do Plano de Recuperação e Resiliência (PRR), que prevê, expressamente, a modernização do Sistema Nacional de Compras Públicas, bem como a introdução de critérios ecológicos obrigatórios para a aquisição de bens e serviços nas empreitadas de obras públicas, designadamente, no setor da construção, que integrem materiais de base biológica sustentável no âmbito do desenvolvimento da bioeconomia¹¹⁹.

Ora, fora precisamente nesta linha legislativa, que a RCM assumira uma clara decisão no sentido de incrementar o recurso, pelas entidades adjudicantes, de critérios ecológicos no âmbito da contratação pública. Com efeito, pelo lugar de destaque que ocupa no ordenamento jurídico português, em especial, no domínio da contratação pública ecológica, iremos, de ora em diante, ocupar-nos da sua análise com o particular desígnio de aferir da compatibilidade dos seus aspetos essenciais com o Direito da União Europeia.

4.2. Aspetos essenciais

Com vista a facilitar a apreensão do alcance teórico-prático das soluções protagonizadas pela RCM, cumprirá, por ora, atentar, de forma telegráfica, naqueles que, no nosso melhor entendimento, constituem os seus aspetos essenciais: o âmbito – subjetivo, objetivo e temporal – de aplicação da Resolução, os diferentes níveis de vinculatividade de aplicação dos critérios ecológicos e, bem assim, os princípios gerais em matéria ecológica nela consagrados.

Como deixamos antever no subcapítulo precedente, a RCM contempla os critérios ecológicos a aplicar aos contratos públicos celebrados pela Administração direta e indireta do Estado, inclusive pelo setor empresarial do Estado, deixando de fora do âmbito subjetivo desta regulamentação um conjunto de entidades adjudicantes, com especial destaque para a Administração Local, na qual se inserem as Autarquias Locais, as Associações de Municípios e as Empresas Públicas do setor local.

Nesta senda, o legislador português estabeleceu critérios ecológicos específicos para dezasseis categorias distintas de contratos diretamente relacionados, designadamente, com os setores da madeira e cortiça, eletricidade, mobiliário, veículos e transporte, tecnologia, obras públicas e edifícios, produtos alimentares e refeições. Em especial, foi dado um lugar de destaque aos contratos de empreitada de obras públicas¹²⁰,

¹¹⁸ A este propósito, cfr., designadamente, a al. d) do n.º 2 do art. 75.º da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

¹¹⁹ Cfr. Componente n.º 12 do PPR.

¹²⁰ Cfr. Ponto n.º 16 do Anexo integrante da RCM.

para os quais a RCM previu um leque particularmente vasto e exigente de fatores e subfactores de critérios de adjudicação e, bem assim, de aspetos de execução do contrato e especificações técnicas.

Em todo o caso, cumpre referir que, sem prejuízo do âmbito objetivo meticulosamente definido pela RCM, cuidou a mesma de esclarecer que o mesmo não prejudica o desenvolvimento e alargamento da sua abrangência a outros grupos de bens e serviços¹²¹, pelo que, sempre será incorreto falar, nesta sede, de um qualquer leque fechado de contratos no qual se circunscreve a obrigação das entidades adjudicantes em aplicar um conjunto de critérios ecológicos.

A este respeito, reveste-se de particular relevância o disposto no n.º 5 da RCM, por via do qual o Conselho de Ministros criou quatro níveis de vinculatividade de aplicação dos critérios ecológicos. De acordo com o referido preceito normativo, os critérios ecológicos podem ser: “a) Obrigatórios: a entidade está obrigada a utilizar o critério ecológico, salvo se da sua aplicação resultar uma restrição sensível da concorrência; b) Voluntários: a entidade não está obrigada a utilizar o critério, salvo se pretender utilizar critérios ecológicos caso em que deve utilizar os critério previstos na presente resolução; c) Recomendáveis: a entidade apenas fica dispensada de utilizar o critério ecológico em casos especialmente fundamentados; ou d) Eventuais: entidade não está obrigada a utilizar o critério ecológico”.

Ainda assim, num manifesto exercício de ponderação acerca do nível de preparação do mercado e de compatibilização com o princípio da concorrência¹²², previu o legislador uma verdadeira “válvula de escape”, diga-se: um regime de exceção à aplicação dos critérios ecológicos obrigatórios, ao qual as entidades adjudicantes devem recorrer “(...) quando em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação nenhum concorrente tenha apresentado proposta ou todas as propostas tenham sido excluídas por incumprimento dos critérios ecológicos adotados por aplicação do n.º 1”¹²³.

Em boa verdade, parece ter sido com o mesmo intuito de acautelar eventuais efeitos indesejáveis que da aplicação obrigatória de critérios ecológicos pudessem advir para a contratação pública, que o Conselho de Ministros optou por prever duas outras “nuances” ao suposto carácter absoluto da aplicação dos critérios ecológicos: por um lado, estabelecendo que “(...) a obrigatoriedade de utilização de critérios ecológicos não prejudica a aplicação de normas técnicas específicas, designadamente quando esteja em causa a proteção do ambiente, da saúde ou da segurança”¹²⁴, e, por outro lado,

¹²¹ Cfr. n.º 4 da RCM.

¹²² A propósito dos atuais desafios que se colocam ao princípio da concorrência, cfr. Graells, 2013.

¹²³ Cfr. n.º 6 da RCM.

¹²⁴ Cfr. n.º 3 da RCM.

determinando que da aplicação de critérios ecológicos não pode resultar uma “restrição sensível”¹²⁵ da concorrência.

Ademais, em complemento do que resultava já do artigo 1.º-A do CCP, a RCM prevê, na Parte A do seu Anexo, um conjunto de normativos que apelida de “princípios gerais aplicáveis em matéria ecológica”. Em concreto, parece poder extrair-se um leque de cinco princípios que devem nortear a aplicação dos critérios ecológicos aos procedimentos de formação de contratos públicos, independentemente do objeto do contrato: *i)* o princípio da sustentabilidade ecológica das prestações; *ii)* o princípio da adoção preferencial de um critério de adjudicação multifator; *iii)* o princípio da inclusão preferencial de fatores de sustentabilidade ambiental das prestações; *iv)* o princípio da previsão de *standards* mínimo de sustentabilidade ambiental das prestações em sede das condições de execução do contrato e especificações técnicas; e, por fim, *v)* o princípio do recurso preferencial a sistemas de rotulagem na identificação dos aspetos da execução do contrato e especificações técnicas.

Por fim, com o assumido objetivo de “garantir a adequada preparação por parte das entidades adjudicantes”, cuidou a presente Resolução – cujo prazo de vigência teve início no dia 26.10.2023 – de determinar que, regra geral¹²⁶, a aplicação dos critérios ecológicos apenas se fará aos procedimentos pré-contratuais, e consequentes contratos, iniciados a partir do 1º dia útil do 2º trimestre de 2024, ou seja, a partir de 01.04.2024.

Contudo, importa ressaltar que, quanto à entrada em vigor dos referidos “princípios gerais aplicáveis em matéria ecológica”, atendendo à remissão do n.º 7 da RCM exclusivamente para o n.º 1 e à redação conferida ao n.º 2 da RCM, reside a dúvida sobre se esta se encontrará indexada à entrada em vigor dos critérios ou, pelo contrário, se já ocorreu em 26.10.2023.

4.3. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro, sob o rigoroso crivo do Direito da União Europeia: nota de (des)conformidade

Uma vez percorridos aqueles que, a nosso ver, constituem os aspetos fulcrais do diploma legal ora sob escrutínio – a Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023,

¹²⁵ Cfr. parte final da al. a) do n.º 5 da RCM.

¹²⁶ De facto, de acordo com os n.ºs 7 e 8.º da RCM, são duas as exceções ao regime regra: por um lado, *i)* os procedimentos pré-contratuais tendentes à celebração de contratos de empreitadas de obras públicas cujos projetos de execução sejam contratados após 01.01.2024 – nesses casos, os critérios ecológicos previstos na RCM aplicam-se a partir dessa data (tendo em conta que a RCM não distingue os tipos de contratos de empreitada, esta exceção parece abranger também os contratos de conceção-construção); e, por outro lado, *ii)* os procedimentos pré-contratuais tendentes à celebração de contratos ao abrigo de sistemas de aquisição dinâmicos e de acordos-quadro vigentes ou cujos procedimentos pré-contratuais tenham sido iniciados em data anterior a 01.01.2024.

de 25 de outubro – cumprirá, na fase em que nos encontramos do presente escrito, aquilatar do mérito legislativo das soluções nele protagonizadas à luz do Direito da União Europeia.

De facto, se algumas das opções tomadas pelo legislador nacional parecem merecer o nosso melhor aplauso pela certeza e segurança jurídica que – em face do lugar, cada vez mais preponderante e desafiante, ocupado pelas políticas estratégicas da União Europeia – oferecem às entidades adjudicantes, em especial, aquando da preparação, propriamente dita, das peças do procedimento, já o mesmo não se poderá dizer, no nosso humilde entendimento, de algumas das outras soluções que foram acolhidas pelo mesmo diploma legal.

Assim, parece ter sido boa a intenção do legislador português ao prever, para cada uma das categorias de contratos visadas pela RCM, um leque suficientemente sólido de critérios ecológicos ao dispor das entidades adjudicantes, dispensando-as, por via do recurso a uma presunção ilidível, do exercício – nem sempre fácil – de aferir do cumprimento de um dos quatro pressupostos¹²⁷ fixados pelo TJUE para a aplicação de critérios ambientais: a ligação ao objeto do contrato. Na verdade, ao retirar, em grande medida, das mãos das entidades adjudicantes a análise necessariamente casuística e discricionária dos concretos contornos de cada objeto contratual aquando da fixação de critérios ambientais nas peças de procedimento, o Conselho de Ministros relevou, assim, a admirável preocupação em garantir a correta e eficiente atuação daquelas em ordem a uma contratação pública ambientalmente sustentável.

No entanto, defendemos que similares palavras de reconhecimento jamais podem ser utilizadas quando nos referimos ao uso que o legislador português fez do rótulo ecológico na RCM – a nosso ver, excessivo e profundamente castrador quer da abertura do mercado à concorrência quer do fomento da inovação no âmbito dos contratos públicos.

Como bem se alcança, num mercado onde um expressivo número de operadores económicos dão sinais de alguma fragilidade técnica e financeira, sugerindo que o mercado não se encontra ainda suficientemente bem preparado para dar resposta ao leque, cada vez mais extenso, de fatores de competitividade – próprio de um mercado assumidamente de “valores” que extravasa, em grande medida, objetivos puramente económicos – o recurso excessivo à apresentação de rótulos ecológicos, enquanto critério de natureza obrigatória para as entidades adjudicantes nos vários setores do mercado, pode constituir um perigoso “desincentivo” à apresentação de propostas, sobretudo, para as micro, pequenas e médias empresas, as quais, de resto, representam a maior parte dos

¹²⁷ Atente-se, a este respeito, na referência feita a tais pressupostos no Capítulo II.

negócios quer a nível nacional¹²⁸ quer ao nível da União Europeia¹²⁹. Por outras palavras, a exigência sistemática de apresentação de rótulos ecológicos, patente na RCM, quer enquanto fatores e subfactores do critério de adjudicação, quer em sede de aspetos de execução do contrato e especificações técnicas, pode revelar-se um processo excessivamente burocrático¹³⁰ e oneroso para os operadores económicos que, desse modo, se veem dissuadidos de participar em determinado concurso público.

Cumpre referir que, em dezasseis categorias específicas de contratos públicos para as quais a RCM cuidou de prever um conjunto de critérios ecológicos a aplicar, obrigatoriamente ou não, pelas entidades adjudicantes nos procedimentos de contratação pública que resolvam lançar, apenas para quatro delas não adotou o legislador, enquanto critério obrigatório ou recomendável, a apresentação de um qualquer tipo de certificação ambiental, em especial, o rótulo ecológico.

Nesta senda, argumentar-se-á que o uso pelo legislador da locução “ou equivalente” – tal como, de resto, vem sendo exigido pelo Direito da União Europeia, concretamente, pelo artigo 43.º da Diretiva 2014/24/UE – cumpre, de forma satisfatória, a função de impedir a criação de obstáculos injustificados à abertura dos concursos públicos à concorrência.

Acontece que, tal não nos parece ser necessariamente verdade perante a solução legislativa adotada pelo CCP no que concerne com o momento procedimental no qual se impõe que seja feita a denominada “prova de equivalência” face ao rótulo ecológico especificamente peticionado pela entidade adjudicante nas peças de procedimento. Da leitura conjunta do n.º 12 do artigo 49.º e do artigo 49.º-A do CCP, resulta que o prazo no qual os operadores económicos têm de fazer prova de que as obras, bens móveis ou serviços objeto do procedimento concursal em causa obedecem a requisitos de rotulagem equivalentes, é o prazo fixado pela entidade adjudicante para a submissão da proposta.

Ora, propugnamos, a este propósito, pela transposição, *mutatis mutandis*, para a problemática sobre a qual ora nos debruçamos, das premissas utilizadas pelo Advogado Geral Manuel Campos Sánchez-Bordona, em 12.07.2018, no âmbito do processo *VAR e ATM*¹³¹, decorrido no TJUE, acerca de um litígio que opôs *VAR Srl* e a *Azienda Trasporti Milanesi SpA* à *Iveco Orecchia SpA* a respeito da adjudicação de um contrato de

¹²⁸ Segundo os dados estatísticos obtidos pela PORDATA para o ano de 2022, as micro, pequenas e médias empresa representam 99,9% das empresas em Portugal e um volume de negócios de 308.549,9 milhões de euros. Cfr. [https://www.pordata.pt/subtema/portugal/pequenas+e+medias+empresas+\(pme\)-378](https://www.pordata.pt/subtema/portugal/pequenas+e+medias+empresas+(pme)-378).

¹²⁹ De acordo com a Eurostat, no ano de 2021, as micro e pequenas empresas representam 99% (29,9 milhões) das empresas na União Europeia. Cfr. <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/w/ddn-20221220-4>.

¹³⁰ No mesmo sentido, já a Comissão Europeia alertou para que “Os encargos burocráticos dissuadem, frequentemente, as PME e as empresas em fase de arranque de participar nos procedimentos de contratação pública”. Cfr. Ponto 3.1.2, página 26, da Comunicação da Comissão “Orientações sobre contratos públicos de inovação”. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0706\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0706(03)&from=EN).

¹³¹ Cfr. Ac. *VAR e ATM*, proferido em 12.07.2018, pelo TJUE, no âmbito do proc. C-14/17.

fornecimento de peças de substituição de origem ou equivalentes para autocarros, tróleis e elétricos da marca *IVECO*.

No referido processo, o Tribunal de Justiça viu-lhe ser colocada uma questão prejudicial a propósito da interpretação do n.º 8 do artigo 34.º, da Diretiva 2004/17, com o intuito de esclarecer sobre o momento em que o proponente tem de disponibilizar o certificado da equivalência das peças sobressalentes.

Nessa senda, o Advogado Geral cuidou de esclarecer que “O princípio da igualdade de tratamento não é violado se se conceder a todos os concorrentes a oportunidade de entregar os seus certificados de equivalência no momento da entrega das peças sobressalentes. (...) Pelo contrário, a sua exigência antecipada poderia discriminar os concorrentes ao dar vantagem ao fabricante de peças sobressalentes originais relativamente ao concorrente que propõe peças sobressalentes equivalentes, quando este último ainda não as tenha fabricado. É fácil perceber que, em muitos casos (este seria um deles), o concorrente que propõe peças sobressalentes equivalentes não possui, à partida, os certificados correspondentes a todos os modelos”. Em jeito de conclusão, o mesmo referiu que “A análise, feita do ponto de vista da máxima abertura dos contratos à concorrência, apoia esta ideia: o dever de juntar os certificados de equivalência antes da adjudicação do contrato pode, segundo as circunstâncias de cada concurso, converter-se num obstáculo desproporcionado, que iniba a presença de operadores económicos interessados em oferecer os seus produtos”¹³².

Assim, apesar de ser expressamente reconhecida como legítima “(...) a preocupação de não frustrar o êxito do processo de concurso, o que poderia ocorrer se a entidade adjudicante que não tivesse exigido previamente a prova da equivalência das peças se deparasse, no final, com um adjudicatário incapaz de a fazer”, já no âmbito de uma instância judicial europeia, foi, de forma inequívoca, deixado um “alerta” aos Estados-Membros, de que essa preocupação não pode, todavia, “(...) sobrepor-se aos princípios essenciais da contratação pública, em particular o de garantir aos concorrentes o acesso em condições de igualdade e o de não os confrontar com ‘obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência’”¹³³.

De facto, embora no referido processo não se fale na apresentação de rótulos, mas, ao invés, na demonstração do cumprimento de um conjunto de especificações técnicas definidas por referência expressa a uma marca em particular, corroboramos, também nesta sede, o argumentário desenvolvido pelo Advogado Geral por via das suas Conclusões, pois que, ao exigir, como exige, o CCP, que a “prova de equivalência” face a um rótulo ecológico determinado, tenha lugar no momento da apresentação das

¹³² Cfr. parágrafos n.ºs 50, 51 e 54.

¹³³ Cfr. parágrafos n.ºs 48 e 49.

propostas – sem que, desse modo, se permita às entidades adjudicantes fixar um prazo adequado para o efeito, a iniciar em momento posterior ao da submissão das propostas – poder-se-á estar a restringir, de forma gravosa, o acesso dos operadores económicos aos procedimentos de contratação pública, em manifesto arrepio com aqueles que são os princípios basilares do Direito da União Europeia¹³⁴: o princípio da igualdade de tratamento e não discriminação e o princípio da concorrência¹³⁵.

Todavia, acresce ainda que, de um tal uso excessivo que a RCM faz dos rótulos ecológicos crê-se, também, poder advir um efeito restritivo da inovação¹³⁶ no domínio da contratação pública, a qual, de resto, assume-se como uma das políticas fundamentais da União Europeia¹³⁷. De acordo com a Diretiva 2014/24/UE, os requisitos funcionais e de desempenho constituem meios adequados para favorecer a inovação no âmbito dos contratos públicos e, por conseguinte, devem ser aplicados o mais amplamente possível¹³⁸. O objetivo último consiste, nas palavras do legislador europeu, em permitir “(...) a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas”¹³⁹. Como tal, um recurso descomedido aos rótulos ecológicos, quer em sede das especificações técnicas e condições de execução do contrato, quer em sede do critério de adjudicação, pode despoletar um efeito “desacelerador” na procura, por parte dos operadores económicos, de novas técnicas e processos de produção mais ecológicos face àqueles que servem de parâmetros mínimos na atribuição dos respetivos rótulos¹⁴⁰. Do lado das entidades adjudicantes, poderá, do mesmo modo, revelar-se uma potencial causa de desincentivo na aposta em parcerias de inovação, na pesquisa e no investimento em investigação, bem como, em equipas especializadas (técnicos, peritos). Assim sendo, parece que, quer para os operadores económicos, quer para as entidades adjudicantes, o recurso sistemático ao mecanismo da rotulagem, poderá vir a traduzir-se, a longo prazo, num verdadeiro entrave ao desenvolvimento de produtos e métodos de produção com níveis de sustentabilidade ambiental superiores àqueles que são exigidos e de cujo cumprimento depende a atribuição dos respetivos rótulos ecológicos.

Em suma, embora um crescente recurso à rotulagem ambiental, enquanto mecanismo de segurança, fundamental para a promoção da responsabilização ecológica,

¹³⁴ Para um estudo desenvolvido sobre os princípios basilares do Direito da União Europeia, cfr. Viana, 2007, pp. 110 e ss.

¹³⁵ Sobre o lugar de destaque que ocupa o princípio da concorrência no cerne do Direito da União Europeia, cfr. Graells, 2015.

¹³⁶ A este propósito, cfr. considerando n.º 47 da Diretiva 2014/24/UE.

¹³⁷ Cfr. Ficha temática do Parlamento Europeu sobre a “política de inovação”, https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/pt/FTU_2.4.6.pdf.

¹³⁸ Cfr. considerando n.º 74 da Diretiva 2014/24/UE.

¹³⁹ Cfr. considerando n.º 74 da Diretiva 2014/24/UE.

¹⁴⁰ A este propósito, note-se que, parece ter sido precisamente este o receio do legislador europeu, ao prever, expressamente, que “Deverá evitar-se que as referências a rótulos tenham por efeito restringir a inovação”. Cfr. considerando n.º 75 da Diretiva 2014/24/UE.

possa traduzir um importante avanço no domínio da contratação pública ecológica, já a forma como a mesma é utilizada pode revelar-se extremamente prejudicial para todos os atores do mercado, em especial, os consumidores. Tal verificar-se-á sempre que da sua utilização desmedida, resulte uma distorção, mais ou menos significativa, da concorrência, ou, porventura, uma redução dos níveis de investimento na investigação e inovação, em especial, na ecoinovação.

4.4. Uma proposta para o futuro de olhos postos no presente à luz de experiências comparadas

Aqui chegados, cientes de que as exigentes opções assumidas pela RCM poderão vir a ser – em manifesta violação do Direito da União Europeia – responsáveis por uma eventual restrição da concorrência e um reduzido incentivo dos operadores económicos para apostar na inovação (diga-se: enquanto, política assumida pela União Europeia), propomo-nos, por fim, a apresentar, à luz do exercício comparatístico que oportunamente fizemos em relação ao ordenamento jurídico de outros Estados-Membros, apresentar duas soluções que, no nosso melhor entendimento, melhor se adequam à filosofia normativa do nosso CCP, e aos crescentes e exigentes desafios com que os operadores económicos se têm debatido em prol de objetivos ecológicos.

Com efeito, em primeiro lugar, propugnamos pela transposição para o nosso ordenamento jurídico da metodologia que, conforme suprarreferimos, fora adotada pelos Países Baixos: um mecanismo de “*comply or explain*”. Desse modo, à semelhança do que prevê o CCP neerlandês, a adoção pelo ordenamento jurídico português de um modelo no qual não existam critérios ecológicos específicos, cuja adoção pelas entidades adjudicantes seja eminentemente imperativa, mas, ao invés, um verdadeiro dever de fundamentação da entidade adjudicante quando a mesma opte por um critério de adjudicação desligado de quaisquer considerações ambientais, tenderá a proporcionar uma maior abertura dos contratos públicos à concorrência, sobretudo numa fase em que os operadores económicos, em especial, as micro e pequenas empresas, se debatem com as particulares dificuldades inerentes à transição de um modelo puramente voluntário de aplicação de critérios ecológicos para um regime de aplicação obrigatória de critérios ecológicos pré-definidos para as diferentes fases do procedimento concursal.

De facto, como facilmente se intui, uma vez devidamente concretizado pelo legislador português o quadro de fundamentações que poderão ser apelidadas como “válidas”¹⁴¹, por meio da fixação de um conjunto de critérios concomitantemente

¹⁴¹ Recorde-se, a este respeito, o que se disse sobre os contributos fornecidos, na ordem jurídica neerlandesa, pelo “Guia de Proporcionalidade” e, mais tarde, pelo Comité de Especialistas em Compras Públicas (Commissie van Aanbestedingsexperts, CPPE).

rigorosos e flexíveis, que permitam, com um mesmo grau de segurança, uma maior adequação dos critérios ecológicos à concreta capacidade competitiva dos operadores económicos nos vários setores da economia – em conformidade, de resto, com os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento e não discriminação – poder-se-á antever, um risco substancialmente menor de distorção da concorrência e um maior incentivo de participação nos procedimentos de contratação pública para as empresas recém-chegadas ao mercado.

Ademais, e em segundo lugar, é, no nosso melhor entendimento, fulcral que seja replicada para a ordem jurídica nacional, aquela que fora a solução encontrada no contexto jurídico francês para dar resposta às necessidades das entidades adjudicantes no que tange com a introdução de cláusulas ambientais nas peças do procedimento. Em traços gerais, consiste na criação de uma base de dados digital, de livre acesso, na qual as entidades adjudicantes têm ao seu dispor, para os diferentes segmentos de compras públicas, um conjunto de exemplos-tipo de cláusulas e critérios ecológicos, precedidos de uma breve explicação sobre a importância da sua utilização, o objetivo-último que visa alcançar, e de que modo, e em que situações devem aqueles ser aplicados. Acresce que, por meio da mesma plataforma digital, denominada “*La Clause Verte*”¹⁴², fora, ainda, criado uma espécie de “Balcão Verde”, isto é, um serviço gratuito de aconselhamento ambiental – não jurídico – direcionado para todos aqueles compradores públicos aos quais for aplicável o CCP francês, com o intuito de auxiliar as entidades adjudicantes aquando da formulação de considerações ambientais no âmbito de uma, cada vez mais, assumida transição ecológica.

Posto isto, são duas, no final das contas, as soluções cuja adoção pelo legislador português, num futuro próximo, entendemos ser defensável, com vista a dar, de forma sensata e ponderada, continuidade aos esforços, até agora realizados, com vista a promover a transição para uma contratação pública ecológica e, em especial, o cumprimento dos objetivos definidos pela “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”.

¹⁴² Cfr. <https://laclauseverte.fr/>.

V. Conclusão

Alcançada a fase final da presente dissertação, é por ora tempo de dela retirar aquelas que nos parecem ser as principais notas conclusivas acerca do caminho trilhado, até então, pelo Direito da União Europeia, e, num passado bem mais recente, pelo nosso Conselho de Ministros, com a aprovação da RCM em prol de uma contratação pública ecológica.

Desde logo, tivemos a oportunidade de constatar o lugar de destaque que o ideário da compra pública ecológica, ocupa, de forma cada vez mais preponderante, no quadro das políticas prosseguidas pela União Europeia.

Perante tal realidade e os desafios que da mesma, inevitavelmente, decorrem, os Estados-Membros sentiram, nos últimos anos, a necessidade de lançar mão de soluções legislativas que, de forma simplista, se têm diferenciado por, ou conferir uma natureza eminentemente obrigatória a um conjunto de critérios ecológicos no domínio da contratação pública, ou por criar para as entidades adjudicantes um dever de fundamentação quando as mesmas optem por um critério de adjudicação desligado de quaisquer considerações ambientais.

Neste contexto, com a aprovação da RCM, revelou-se ser, por de mais evidente, a intenção do legislador português em dar um salto qualitativo naquele que vinha sendo o caminho percorrido pelo ordenamento jurídico nacional em ordem a promover uma contratação pública ambientalmente consciente e sustentável, ao definir, para dezasseis categorias específicas de contratos públicos, critérios ecológicos obrigatórios para todas as entidades adjudicantes que integram a Administração direta e indireta do Estado.

Contudo, se, à primeira vista, todas, ou, pelo menos, a maioria, das opções adotadas pelo Conselho de Ministros, parecem constituir verdadeiros avanços em prol dos objetivos fixados pela União Europeia no domínio das compras públicas ecológicas, uma análise atenta e criteriosa das mesmas, permite concluir pela desconformidade de algumas delas para com o Direito da União Europeia, em especial, o princípio da concorrência. Como exemplo paradigmático, refira-se ao uso excessivo que o legislador português fez do rótulo ecológico na RCM – profundamente castrador quer da abertura do mercado à concorrência, quer do fomento da inovação no âmbito dos contratos públicos.

Nesta senda, propusemo-nos, na fase terminal do presente escrito, a lançar uma proposta de adoção de duas soluções – já acolhidas por ordenamentos jurídicos de outros Estados-Membros – que, no nosso melhor entendimento, melhor se coadunam com as soluções legislativas acolhidas pelo nosso CCP, e com aquela que é a realidade técnica e financeira dos operadores económicos que operam no mercado nacional e transnacional. Por um lado, a transposição para o nosso ordenamento jurídico da metodologia adotada

pelos Países Baixos, isto é, um mecanismo de “*comply or explain*”. Por outro lado, a criação de um repositório digital que coloque à disposição de todas as entidades adjudicantes um conjunto de exemplos-tipo de cláusulas e critérios ecológicos para as várias categorias de contratos, e, bem assim, um serviço gratuito de aconselhamento ambiental com o intuito de auxiliar as entidades adjudicantes aquando da inclusão de considerações ambientais nas peças do procedimento.

Referências bibliográficas

Monografias e artigos científicos

- ALMEIDA, C. F. de & CARVALHO, J. M. (2013). *Introdução ao direito comparado*, 3.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- AMADO GOMES, C. & CALDEIRA, M. (2017). Contratação pública “verde”: Uma evolução (eco)lógica. *Revista da AGU*, Brasília-DF, vol. 16, n.º 4.
- ANDHOV, M. & MUSCARITOLI, F. (2023). Climate change and public procurement: Are we shifting the legal discourse? In *Mandatory sustainability requirements in EU public procurement law: Reflections on a paradigm shift*. Great Britain: Hart Publishing.
- ANDHOV, M. (2021). *Contracting authorities and strategic goals of public procurement – A relationship defined by discretion?* University of Copenhagen Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2021-105. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3794794.
- ARROWSMITH, S. & KUNZLIK, P. (2009). Public procurement and horizontal policies in EC law: General principles. In *Social and environmental policies in EC procurement law: New directives and new directions*. Cambridge University Press.
- BASTOS, F. B. (2012). *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos: reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu*. Lisboa: ICJP. <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/escolhacriteriosambientaisadjudicacaocp.pdf>.
- BORDALO FAUSTINO, P. (2014). Award criteria in the new EU Directive on public procurement. *Public Procurement Law Review*, vol. 3.
- BOTTA, G.(2023). Italy: Leading the way towards mandatory sustainable public procurement through minimum environmental criteria. In *Mandatory sustainability requirements in EU public procurement law: Reflections on a paradigm shift*. Great Britain: Hart Publishing.
- CAMPOS, D. D. de (2011). A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: A consideração de factores ambientais e sociais. In *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARANTA, R.(2015). The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works. *Common Market Law Review*, vol. 52, no. 2.
- CARNEIRO, A. R., SOUSA SANTOS, L. & BARROS, R. (2015). Contratação pública verde. In *Actas I Congresso sobre Compras Publicas Ecológicas: Para uma contratação pública estratégica*. Braga: ELSA UMINHO.
- CARVALHO, R. (2021). Da contratação pública sustentável à contratação pública circular: O objeto da procura e o modelo de gestão. In *Concorrência e sustentabilidade: Dois desafios para a contratação pública – Actas das Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de setembro a 2 de outubro de 2020, FDUL)*. Lisboa: AAFDL.

- CERQUEIRA GOMES, P. (2016). Políticas estratégicas na nova Diretiva 2014/24/UE – objetivos sociais e ambientais. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 11.
- CERQUEIRA GOMES, P. (2021). *EU public procurement and innovation: The innovation partnership procedure and harmonization challenges*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- COMBA, M. E. (2014). Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws. In *Modernising public procurement: The new Directive*. Copenhagen: Djof Publishing.
- CZARNEZKI, J. J. & GARSSE, S. V. (2020). What is life-cycle costing?”. In *Cost and EU public procurement law: Life-cycle costing for sustainability*. London and New York: Routledge.
- DRAGOS, D. C. & NEAMTU, B. (2014). Sustainable public procurement in the EU: Experiences and prospects. In *Modernising public procurement: The new Directive*. Copenhagen: Djof Publishing.
- DRAGOS, D. C. & NEAMTU, B. (2015) . Sustainable public procurement: The use of eco-labels. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 10, no. 2.
- ESTORINHO, M. J. (2016). A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: Por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum. In *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: ICJP e CIDP.
- ESTORNINHO, M. J. (2006). *Direito europeu dos contratos públicos*. Coimbra: Edições Almedina.
- ESTORNINHO, M. J. (2012). *Green public procurement – Por uma contratação pública sustentável*. Lisboa: ICJP.
https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto_prof_a_mje.pdf.
- GONÇALVES, P. C. (2018). La integración de las preocupaciones ambientales en la contratación pública. *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, n.º 4. Editorial Universidad de Sevilla.
- GRAELLS, A. S. (2013). *Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law*.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206502.
- GRAELLS, A. S. (2014). Exclusion. Qualitative and short-listing in the new Public Sector Procurement Directive 2024/24. In *Modernising public procurement: The new Directive*. Copenhagen: Djof Publishing.
- GRAELLS, A. S. (2015). *Truly competitive public procurement as a Europe 2020 Lever: What role for the principle of competition in moderating horizontal policies?*
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2638466.
- HEIJNSBROEK, P. (2023). The Netherlands: Obligations to justify the lowest price and to create as much societal value as possible. In *Mandatory sustainability requirements in EU public procurement law: Reflections on a paradigm shift*. Great Britain: Hart Publishing.
- JANSSEN, W. (2023). Shifting towards mandatory sustainability requirements in EU public procurement law: Context, relevance and a typology. In *Mandatory sustainability*

requirements in EU public procurement law: Reflections on a paradigm shift. Great Britain: Hart Publishing.

KONINCK, C. de; RONSE, T. & TIMMERMANS, W. (2015). *European public procurement law: The Public Sector Procurement Directive 2014/24/EU explained through 30 years of case law by the Court of Justice of the European Union*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business.

MADURO, M. P. (2008). *Interpreting European law – Judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*. European University Institute. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134503.

MARTINS, L. L. (2014). Rótulos ecológicos e proteção do ambiente na nova Diretiva dos contratos públicos. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 34.

REBELO, M. (2004). A dimensão ambiental das regras comunitárias de contratação pública: Os critérios de adjudicação relativos à protecção do ambiente na jurisprudência do TJCE. *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 20.

RODRIGUES, C. S. M. (2014). *Entre a contratação pública ecológica e a contratação pública sustentável – compreender o presente, transpor o futuro*. Dissertação de Mestrado em Direito na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Administrativo. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SJAFJELL, B. & WIESBROCK, A. (2017). Why should public procurement be about sustainability? In *Sustainable public procurement under EU law: New perspectives on the State as Stakeholder*. University of Oslo Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series no 2017-17. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954499.

VIANA, C. (2007). *Os princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora.

VICENTE, D.M. (2012). *Direito comparado*, vol. 1, 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina.

VITORIA, X. L. (2023). Spain: Transitioning towards sustainable public procurement mandatory requirements. In *Mandatory sustainability requirements in EU public procurement law: Reflections on a paradigm shift*. Great Britain: Hart Publishing.

Documentos governamentais e literatura cinzenta

COM (1998) 143 final, de 11 de março de 1998. https://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-1998-_143_final.PDF.

COM (2001) 274 final, de 4 de julho de 2001. https://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-2001-_274_final.PDF.

COM (2010), 2020 final, de 3 de março de 2010. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020>.

COM (2011) 015 final, “Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE: Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:pt:PDF>.

COM (2021), “Orientações sobre contratos públicos de inovação”. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XCo706\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XCo706(03)&from=EN).

Ficha temática do Parlamento Europeu sobre a “Política de Inovação”. https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/pt/FTU_2.4.6.pdf.

Global Ecolabelling Network, Information Paper: Introduction to ecolabelling (2004). <https://www.gdrc.org/sustbiz/green/gen-infopaper.pdf>.

“Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica amministrazione” https://gpp.mite.gov.it/sites/default/files/2023-08/PAN_GPP.pdf.

“Proportionality guide”. www.pianoo.nl/en/legal-framework/proportionality-guide.

Parecer n.º 224, do Comité de Especialistas em Compras Públicas dos Países Baixos, datado de 03.06.2014. <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/documenten/adviezen/2015/05/01/advies-224>.

Relatório apresentado ao Presidente da Comissão Europeia por Mario Monti, “Uma nova estratégia para o mercado único: ao serviço da economia e da sociedade europeias”, de 9 de maio de 2010.

Referências jurisprudenciais

Acórdão Beentjes/Estado Neerlandês, do TJUE, proc. C-31/87, 20.09.1998.

Acórdão Comissão/França, do TJUE, proc. C-225/98, 26.09.2000.

Acórdão Concordia Bus Finland, do TJUE, proc. C-513/99, 09.2002.

Acórdão EVN e Wienstrom, do TJUE, proc. C-448/01, 04.12.2003.

Acórdão Lianakis e o., do TJUE, proc. C-532/06, 24.01.2008.

Acórdão Comissão/Países Baixos, do TJUE, proc. C-368/10, 10.05.2012.

Acórdão VAR e ATM, do TJUE, proc. C-14/17, 12.07.2018.

Acórdão Tim, do TJUE, proc. C-395/18, 30.01.2020.

A “partilha em vida” no contexto do planeamento sucessório:

**Alteração superveniente no valor dos bens, correspondência
com as tornas e igualação dos descendentes**

Ana Francisca Cardetas de Sousa

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier

Resumo

No artigo 2029.º, o Código Civil português consagra uma modalidade particular de doação *inter vivos*, designada “partilha em vida”, que tem como elementos específicos a exigência da intervenção dos presumidos herdeiros legitimários do doador e o consentimento de todos os intervenientes, bem como o funcionamento do mecanismo das tornas para garantir a igualação entre os donatários e os não donatários. Partindo da análise da complexidade deste regime, que suscita algumas controvérsias, nomeadamente quanto ao modo como se articula com os institutos da colação e da redução por inoficiosidade, procurou-se descortinar a sua natureza jurídica.

A enorme relevância da impropriamente designada “partilha em vida” no contexto do planeamento sucessório justifica o contributo deste estudo para a procura de soluções que façam face à eventual perda de correspondência com as tornas perante a oscilação no valor dos bens doados, em virtude de circunstâncias supervenientes, como a atualização pecuniária no momento da abertura da sucessão.

Palavras-chave: “partilha em vida”; doação *inter vivos*; igualação entre os herdeiros legitimários; planeamento sucessório; atualização do valor das tornas.

Abstract

Article 2029 of the Portuguese Civil Code establishes a particular modality of *inter vivos* donation, known as “in life partition”, whose specific elements are the requirement for the presumed legitimate heirs of the donor to intervene and the consent of all those involved, as well as the operation of the equalizing shares mechanism to guarantee equalization between the donees and the non-donees. Starting with an analysis of the complexity of this system, which has risen to some controversy, particularly regarding the way in which it is linked to the institutes of collation and reduction for inofficiousness, we will seek to uncover its legal nature.

The enormous relevance of the improperly named “in life partition” in the context of succession planning justifies the contribution of this study to the search for solutions to deal with the possible loss of correspondence with the equalizing shares before the fluctuations in the value of the donated assets, due to supervening circumstances, such as the pecuniary update at the time of the opening of the succession.

Keywords: “in life partition”; *inter vivos* donation; equalization between legitimate heirs; succession planning; updating the value of the equalizing shares.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
CC	Código Civil
Cfr.	Conferir
CIMT	Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis
Coord.	Coordenação
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
Proc.	Processo
Reimp.	Reimpressão
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
vol.	Volume

Índice

Introdução	6
CAPÍTULO I – A “partilha em vida” como contrato de doação: características e pressupostos	7
1. A “partilha em vida” no Código Civil português	7
1.1. Características e pressupostos	8
1.2. A impropriedade da designação adotada	11
2. A controvertida natureza jurídica da “partilha em vida”	12
2.1. Um caso específico de doação <i>inter vivos</i>	14
2.2. A natureza <i>parassucessória</i> da “partilha em vida”	16
3. Repercussões sucessórias da “partilha em vida”	16
3.1. A não sujeição ao mecanismo da colação	16
3.2. A não sujeição ao regime da redução por inoficiosidade	18
CAPÍTULO II – Relevância da “partilha em vida” no contexto do planeamento sucessório: a tensão entre o ato de disposição em vida e o momento da abertura da sucessão	20
1. Limitações do sistema sucessório português	20
1.1. O princípio da intangibilidade da legítima	20
1.2. A proibição dos pactos sucessórios	22
2. A “partilha em vida” como instrumento jurídico de planeamento sucessório	24
2.1. A transmissão em vida e a transmissão por morte	24
2.2. Perda da importância prática do testamento	25
CAPÍTULO III – Oscilação no valor dos bens doados em virtude de circunstâncias supervenientes	29
1. Determinação do valor das liberalidades feitas em vida	29
2. Alteração superveniente no valor dos bens doados	30
3. Perda de correspondência com as tornas	32
3.1. A igualação dos presumidos herdeiros legitimários em caso de superveniência	33
3.2. Os desafios da atualização pecuniária	34
Considerações finais	37
Referências bibliográficas	39
Jurisprudência	42

Introdução

O artigo 2029.º do Código Civil, sob a epígrafe de “Partilha em vida”, refere-se ao contrato pelo qual alguém realiza uma ou várias doações aos presumidos herdeiros legitimários, da totalidade ou de parte do seu património. Ainda que nem todos intervenham como donatários, a sua validade pressupõe que os não donatários prestem o devido consentimento.

No âmbito dos Trabalhos Preparatórios do Código Civil de 1966, bem como aquando da sua alteração, na Reforma de 1977, a “partilha em vida” foi amplamente discutida, pressentindo-se, desde cedo, a sua controvertida índole.

A “partilha em vida” constitui um importante instituto jurídico de transmissão do património em vida e de planeamento sucessório. No entanto, a sua complexidade e a possibilidade de surgirem pontos de conflito com alguns aspetos do sistema sucessório português, nomeadamente no que respeita ao princípio da intangibilidade da legítima e à proibição dos pactos sucessórios, dificultam a análise da sua natureza jurídica.

De forma a alcançar a igualação dos designados legitimários, devem os donatários pagar ou obrigar-se a pagar aos não donatários o valor que proporcionalmente lhes tocaria nos bens doados, as chamadas “tornas”, que podem suscitar alguns problemas, como a ulterior valorização ou desvalorização dos bens doados e a consequente perda de correspondência com o valor daquelas tornas.

No presente estudo, abordaremos o regime jurídico da “partilha em vida”, começando, no primeiro capítulo, por analisar as suas características e pressupostos. No segundo capítulo, faremos referência à sua relevância no contexto do planeamento sucessório, salientando a tensão que existe entre o ato de disposição em vida e o momento da abertura da sucessão. Por último, serão enfrentados os desafios resultantes de circunstâncias que abalem o equilíbrio e a igualdade alcançados no momento da sua celebração, para os quais procuraremos encontrar soluções que permitam a sua reconstituição.

CAPÍTULO I – A “partilha em vida” como contrato de doação: características e pressupostos

1. A “partilha em vida” no Código Civil português

No artigo 2029.º do CC, a “partilha em vida” está consagrada como o contrato mediante o qual o disponente realiza uma ou várias doações – da totalidade ou de parte dos seus bens – a algum ou alguns dos seus presumidos herdeiros legítimos. Para a sua concretização, devem os designados legítimos que não sejam beneficiários prestar o seu consentimento, ficando os donatários obrigados ao pagamento do valor que lhes tocaria nos bens doados.

A “partilha em vida” visa corresponder à necessidade de assegurar a continuidade e a unidade das explorações agrícolas, industriais e comerciais no património familiar¹. Com a sua realização, procurar-se-á evitar a fragmentação do património, impedindo que o mesmo se venha a desvalorizar². Foi no âmbito dos Trabalhos Preparatórios do Código Civil de 1966 que a Comissão Revisora ponderou a introdução deste regime que acabou por ficar designado como “partilha em vida”³. No Anteprojeto do Livro V relativo ao Direito das Sucessões, este instituto encontrava-se previsto no artigo 4.º, sob a epígrafe de “Doação com pagamento aos co-herdeiros”⁴.

O doador poderá atender às competências específicas dos donatários, viabilizando uma repartição mais adequada dos bens que a integram⁵. Para além disso, a “partilha em vida” desempenha um papel preponderante na prevenção dos tradicionais conflitos resultantes da morte do titular do património⁶. Com a morte do *de cuius*, são frequentes as desavenças entre sucessores e o surgimento de perturbações no seio familiar⁷. Tornam-se mais propícias as discórdias entre herdeiros legítimos e, por conseguinte, mais importante a cuidada regulação da transmissão do património. Acima de tudo, a

¹ Cfr. Lopes, 1970, p. 38; Coelho, 1992, p. 29; Neto, 2018, p. 1545; Xavier, 2023, p. 212 e Campos & Campos, 2024, p. 41.

² Cfr. Corte-Real, 1986, p. 17. Não obstante, segundo o Autor, a preservação da unidade patrimonial poderá ser alcançada através do legado por conta da legítima, do legado em substituição da legítima ou de simples doações em vida.

³ Cfr. Xavier, 2023, p. 212. Sobre o contributo das Atas da Comissão Revisora, vide Xavier, 2017, pp. 594 e ss.

⁴ Vide *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões*, 1972, p. 169. Na Primeira Revisão Ministerial, a epígrafe foi alterada para “Partilha em vida”. Cfr. Mealha, 2002, p. 527.

⁵ Cfr. Leitão, 2016, p. 146.

⁶ “Há toda a vantagem em que a posição de cada herdeiro seja definida pelo autor da sucessão, evitando-se as querelas que, com tanta frequência, dividem as famílias a propósito de cada herança”. Vide Ascensão, 2000, p. 541. No mesmo sentido, vide Mealha, 2002, p. 542.

⁷ Vide *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões*, 1972, p. 171.

“partilha em vida” permite ultrapassar a imprevisibilidade inerente à partilha *post mortem*⁸.

1.1. Características e pressupostos

A complexidade subjacente à designação “partilha em vida” demanda a sua minuciosa caracterização, bem como a análise de cada um dos seus pressupostos. Preliminarmente, ocupar-nos-emos da apresentação dos seus traços gerais.

Na “partilha em vida” intervêm como sujeitos o doador, os presumidos herdeiros legitimários donatários e os presumidos herdeiros legitimários não donatários⁹. Por via de regra, é o ascendente que atua enquanto doador face aos descendentes¹⁰. Perante o silêncio da lei, José António Barreiros considera admissível que a doação seja feita a favor dos ascendentes¹¹. *A contrario sensu*, Menezes Leitão entende que a referência aos presumidos herdeiros legitimários compreende apenas a primeira classe de sucessíveis – os descendentes e o cônjuge¹². Naturalmente, a “partilha em vida” perderá a sua razão de ser se existir unicamente um presumido herdeiro legitimário¹³.

Segundo o disposto no artigo 2029.º do CC, encontra-se prevista a possibilidade de as doações serem feitas a “algum ou alguns dos seus presumidos herdeiros legitimários”. Embora não decorra expressamente da letra da norma, de acordo com Pereira Coelho e Rita Lobo Xavier, a “partilha em vida” pode contemplar todos os designados legitimários¹⁴. Para Pamplona Corte-Real, o motivo pelo qual a lei não se reporta a todos os designados legitimários contende com a própria *ratio* do instituto jurídico¹⁵.

No momento da sua celebração, a “partilha em vida” pressupõe a intervenção de todos os presumidos herdeiros legitimários, ainda que nem todos sejam donatários. Como estabelece o mencionado preceito, as doações devem ser expressamente consentidas por todos os seus intervenientes¹⁶. Só haverá lugar à aplicação do respetivo regime se os não donatários derem o seu consentimento às doações.

⁸ Cfr. Xavier, 2016a, p. 100.

⁹ Cfr. Moraes, 2016, p. 349.

¹⁰ “Pela natureza das coisas, a hipótese de o doador-partilhante ser um descendente é puramente académica”. Vide Mealha, 2002, p. 542.

¹¹ Cfr. Barreiros, 1978, pp. 36-37. Ainda que esta não seja a ordem natural da vida, a lei não se opõe, ao contrário do que acontece noutros ordenamentos jurídicos.

¹² Cfr. Leitão, 2016, pp. 146-147. Por seu turno, Esperança Mealha entende que os elementos das subseqüentes classes de sucessíveis poderão intervir em caso de inexistência de presumidos herdeiros legitimários prioritários. Vide Mealha, 2002, p. 536.

¹³ *Ibidem*, p. 537.

¹⁴ Cfr. Coelho, 1992, p. 30 e Xavier, 2023, p. 211.

¹⁵ Se assim não fosse, o mecanismo das tornas não funcionaria. Cfr. Corte-Real, 1986, p. 18.

¹⁶ Cfr. Mealha, 2002, p. 528 e Xavier, 2023, p. 212.

Visto que a produção dos seus efeitos jurídicos depende da intervenção de todos os designados legitimários, afigura-se particularmente pertinente, a este propósito, ponderar as repercussões de uma eventual preterição intencional do doador e da hipótese em que se verifique uma omissão involuntária¹⁷.

Por força da necessária presença de todos os presumidos herdeiros legitimários, nos casos em que, apesar de conhecidos e existentes, sejam intencionalmente excluídos do ato, não deve aceitar-se a sua validade. Em bom rigor, mais do que um pressuposto de validade, este é um verdadeiro pressuposto de existência da “partilha em vida”, como configurada no artigo 2029.º do CC. De outra forma, estaríamos perante uma simples doação. A realização do contrato sem o consentimento de todos os designados legitimários distanciar-se-ia das imposições legais, comprometendo a verdadeira finalidade do instituto jurídico¹⁸.

Todavia, a doutrina não é unânime quanto às consequências da falta de intervenção de um dos presumidos herdeiros legitimários do doador. Segundo o entendimento de Oliveira Ascensão e Carvalho Fernandes, é válida a “partilha em vida” celebrada sem a intervenção de todos os presumidos herdeiros legitimários¹⁹. De acordo com Pamplona Corte-Real, sendo “condição *sine qua non* da sua validade”, a cominação é a anulabilidade da “partilha em vida”²⁰. Por sua vez, José António Barreiros propugna pela nulidade da mesma, considerando viável a sua conversão, nos termos do artigo 293.º do CC, se cumpridas as exigências do artigo 944.º do CC²¹.

No que à segunda hipótese diz respeito, o n.º 2 do artigo 2029.º do CC passou a prever, após a Reforma de 1977, que ao presumido herdeiro legitimário que sobrevenha ou se torne conhecido será conferida a possibilidade de vir exigir a parte que lhe corresponde²².

Concomitantemente, nasce na esfera jurídica dos donatários a obrigação de pagar aos não donatários o valor das partes que proporcionalmente lhes caberia nos bens doados: as tornas correspondentes²³. Cada uma das doações realizadas no contexto da

¹⁷ *Ibidem*, p. 213.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 213-214.

¹⁹ Cfr. Ascensão, 2000, p. 543. O Autor defende que “não há motivo para falar em qualquer invalidade da partilha”. Carvalho Fernandes menciona a possibilidade de recorrer ao regime da redução das liberalidades inoficiosas se a legítima dos presumidos herdeiros legitimários preteridos não for preenchida pelos bens existentes à data da abertura da sucessão. Cfr. Fernandes, 2012, p. 567.

²⁰ Cfr. Corte-Real, 1986, p. 37.

²¹ Cfr. Barreiros, 1978, p. 70. No mesmo sentido, *vide* Leitão, 2016, p. 148 e Campos & Campos, 2024, p. 43. Embora sustente a nulidade da “partilha em vida” quando celebrada sem a intervenção de todos os presumidos herdeiros legitimários, Esperança Mealha considera não estarem cumpridos os pressupostos da conversão. Cfr. Mealha, 2002, pp. 541-542.

²² Para além disso, com o DL n.º 496/77, de 25 de novembro, o cônjuge sobrevivente viu reforçada a sua posição no âmbito sucessório.

²³ Cfr. Xavier, 2023, p. 212 e Leitão, 2016, p. 147.

“partilha em vida” será onerada com um encargo, tendo em vista a igualação dos presumidos herdeiros legitimários.

Àqueles que não beneficiaram da doação é conferido um direito de crédito através do qual serão pecuniariamente compensados²⁴. Em face do exposto, à fixação do valor dos bens doados segue-se a determinação da parte que tocara a cada um dos designados legitimários²⁵. O pagamento das tornas, razão pela qual se justifica o consentimento de todos os intervenientes, assegura que ninguém será preterido²⁶.

Aquando da sua celebração, a “partilha em vida” incide sobre a totalidade do património do doador ou sobre parte dos seus bens²⁷. Como não poderia deixar de ser, os bens que o doador não incluía na “partilha em vida” serão objeto de partilha *post mortem*. Em causa devem estar bens presentes, sendo nula a disposição de bens futuros. Estes últimos, pelo facto de serem desconhecidos e incertos, impediriam a determinação do valor dos bens doados e, conseqüentemente, o funcionamento do mecanismo das tornas²⁸.

Mas nem tudo são vantagens. Ao recorrer à “partilha em vida”, o doador poderá facilmente alienar bens dos quais possa vir a necessitar²⁹. Para impedir esse desfecho, cumpre salientar a importância de constituir uma reserva de usufruto sobre os bens doados, tal como prevê o artigo 2029.º/1 do CC. Nas palavras de Daniel Morais, o doador poderá “acautelar a sua situação económica, reservando determinadas vantagens patrimoniais, que lhe permitirão a satisfação das suas necessidades futuras, independentemente das liberalidades realizadas”³⁰.

Ao enunciar os vários riscos da “partilha em vida”, Menezes Leitão considera ser concedida ao autor da sucessão a possibilidade de tratar de forma desigual os seus presumidos herdeiros legitimários mediante o incumprimento das regras da sucessão legitimária³¹. Salvo melhor opinião, por não transparecer a finalidade visada pela “partilha em vida”, distanciando-se das razões que determinaram a sua consagração, a interpretação do Autor não é, a nosso ver, a mais razoável.

Para além dos inconvenientes elencados, importa aludir à possível valorização ou desvalorização dos bens que integram a “partilha em vida”³². Na sessão de 2 de junho de

²⁴ Cfr. Corte-Real, 1986, pp. 13-14.

²⁵ Cfr. Morais, 2017, p. 98.

²⁶ Cfr. Xavier, 2023, p. 212.

²⁷ Cfr. Leitão, 2016, p. 152.

²⁸ Esta proibição resulta do disposto no artigo 942.º/1 do CC. Cfr. Mealha, 2002, p. 535 e Morais, 2017, p. 107.

²⁹ Cfr. Leitão, 2016, p. 146 e Xavier, 2023, p. 212.

³⁰ Vide Morais, 2017, p. 117.

³¹ Cfr. Leitão, 2016, p. 146.

³² Cfr. Coelho, 1992, p. 30; Xavier, 2023, pp. 217-218 e Dias, 2022, p. 23.

1956 da Comissão Revisora do Código Civil, Lopes Navarro alertou para eventuais desigualdades entre presumidos herdeiros legitimários, uma vez que as tornas poderiam não representar o valor que proporcionalmente lhes caberia à data da abertura da sucessão³³.

1.2. A impropriedade da designação adotada

A designação “partilha em vida” é suscetível de gerar alguns equívocos. Ainda que a epígrafe do artigo 2029.º do CC possa induzir em erro, o presente instituto jurídico não deve ser confundido com uma partilha de bens.

Da leitura do n.º 1 do artigo 2046.º do CC resulta que a herança aberta se diz jacente quando ainda não tenha sido aceita. Assim que for aceita, estando em causa uma pluralidade de herdeiros, ter-se-á por indivisa. A administração da herança indivisa pertence ao cabeça-de-casal, nos termos do artigo 2079.º do CC.

A partilha da herança consiste na operação por meio da qual cessa a indivisão do património do *de cuius*³⁴, sendo os respetivos bens atribuídos aos seus beneficiários. É no momento da partilha que a titularidade dos bens que compõem a herança se transmite para a esfera jurídica dos herdeiros. O direito de exigir a partilha da herança é irrenunciável, podendo ter lugar extra ou judicialmente³⁵. Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 2101.º do CC, qualquer co-herdeiro ou o cônjuge meeiro pode exigir a partilha quando lhe aprouver³⁶.

Como tem vindo a ser defendido por Rita Lobo Xavier, daqui decorre a impropriedade da designação adotada³⁷. A “partilha em vida” encerra verdadeiras doações, não prevendo a “repartição de uma universalidade ou conjunto de bens”³⁸. Para Pamplona Corte-Real, “por menos partilha que técnica e conceptualmente seja, *a partilha em vida é-o, pelo menos, em termos de resultado*”³⁹. O Autor acredita haver da parte do doador a vontade de aplicar critérios sucessórios a um ato *inter vivos*.

³³ Vide *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões*, 1972, p. 169.

³⁴ Sobre o conceito de partilha, vide Pinheiro, 2022, p. 433 e Xavier, 2023, p. 317.

³⁵ Se os interessados chegarem a um consenso, a partilha realizar-se-á numa conservatória ou por via notarial. Caso contrário, procede-se à partilha por inventário, nos termos do artigo 2102.º do CC.

³⁶ Cfr. Pinheiro, 2022, p. 433. Segundo o Autor, este é um direito imprescritível.

³⁷ “Na Comissão Revisora, foi muito discutida a figura contratual, que veio a ficar impropriamente designada como partilha em vida, como doação *inter vivos*, de bens presentes, com fixação do respetivo valor, sendo o problema da atualização das prestações pecuniárias que o herdeiro donatário estiver eventualmente obrigado a pagar considerado como um problema de teoria geral das obrigações pecuniárias”. Vide Xavier, 2017, p. 597.

³⁸ Vide Xavier, 2023, pp. 211-212.

³⁹ Vide Corte-Real, 1986, p. 22.

Acolhemos a posição defendida por Esperança Mealha, segundo a qual a “partilha em vida” não será uma partilha, em sentido técnico⁴⁰. Contudo, não cremos que o facto de se realizar por iniciativa do titular do património indique que a mesma constitui uma partilha *ex ante facto*, por oposição à partilha *ex post facto*⁴¹. Trata-se de uma verdadeira transmissão do património em vida e não de uma mera antecipação da sucessão.

Em virtude da utilização do conceito de partilha em mais do que uma aceção, já fora colocada a questão de saber se, havendo lugar ao pagamento de tornas, a aquisição de imóveis em sede de “partilha em vida” integra o âmbito de sujeição do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, nos termos da alínea c) do n.º 5 do artigo 2.º do CIMT⁴².

Para além das questões inerentes à epígrafe da norma, veremos que a forma como se encontra configurada dificulta a sua aplicação.

2. A controvertida natureza jurídica da “partilha em vida”

A natureza jurídica da impropriamente designada “partilha em vida” tem sido alvo de enorme controvérsia. Muito embora se estabeleça, de forma inequívoca, no n.º 1 do artigo 2029.º do CC, que em causa está um ato *inter vivos*⁴³ – “[n]ão é havido por sucessório” –, a incerteza quanto à sua qualificação persiste.

A determinação da sua índole é particularmente relevante. O princípio da proibição dos pactos sucessórios é um dos princípios estruturantes do sistema sucessório português. Como decorre da conjugação dos artigos 2028.º/2 e 946.º/1 do CC, os contratos sucessórios são, de uma forma geral, proibidos no nosso ordenamento jurídico⁴⁴. De acordo com os aludidos preceitos, apenas serão admissíveis nos casos previstos na lei, sob pena de nulidade.

Ao dissociar a “partilha em vida” dos contratos sucessórios, nas palavras de Pamplona Corte-Real, “o legislador terá querido compatibilizar o que, eventualmente, o não será”⁴⁵. Se, por um lado, se insere no Livro de Direito das Sucessões, por outro, é considerada uma doação entre vivos⁴⁶. Observa-se uma certa contradição na norma, circunstância que se repercute na compreensão do seu teor.

⁴⁰ Cfr. Mealha, 2002, p. 554.

⁴¹ *Ibidem*, p. 555.

⁴² A propósito da sujeição da “partilha em vida” a IMT, *vide* Pires, 2016, pp. 465-484.

⁴³ Segundo o entendimento de Pires de Lima e Antunes Varela, o texto da lei “é claro e o seu espírito não deixa realmente qualquer dúvida sobre o propósito de afastar todas as situações que possam considerar-se como pactos sucessórios”. *Vide* Lima & Varela, 1998, p. 20.

⁴⁴ Cfr. Fernandes, 2012, p. 557.

⁴⁵ *Vide* Corte-Real, 1986, p. 9.

⁴⁶ Cfr. Sousa, 2000, p. 36.

Os Trabalhos Preparatórios do Código Civil de 1966 foram palco de uma discussão que já antevia alguns constrangimentos interpretativos. Gomes da Silva e Pires de Lima propuseram a qualificação da “partilha em vida” como ato de natureza *mortis causa*, o que constituiria uma nova exceção ao princípio da invalidade dos pactos sucessórios⁴⁷. A Comissão Revisora pronunciou-se sobre a referida alteração em sentido negativo: o carácter de doação *inter vivos* manteve-se.

Apesar de reconhecer a sua proximidade, Pamplona Corte-Real considera que se terá evitado “a recondução da partilha em vida a um pacto sucessório”⁴⁸. Na esteira de José António Barreiros, a “partilha em vida” é um meio de regulação de interesses que, embora inicie a produção dos seus efeitos em vida do *de cuius*, os continua a produzir *post mortem*, pelo que se encontra excluída a sua qualificação como ato entre vivos⁴⁹. É com base nesta afirmação que o Autor sustenta tratar-se de um pacto sucessório. No nosso entendimento, não quer isto significar que a “partilha em vida” constitui um pacto sucessório, mas que lhe são atribuíveis finalidades *parassucessórias*, sobre as quais teremos oportunidade de nos debruçar. Para Esperança Mealha, podem ser-lhe associados “reflexos *mortis causa* determinantes”⁵⁰.

Nem sempre é fácil vislumbrar a ténue linha que se traça entre a transmissão em vida e a transmissão por morte. Autores como Pereira Coelho e Menezes Leitão assinalam essa mesma dificuldade relativamente à “partilha em vida”⁵¹, motivo pelo qual, com alguma frequência, é tida como uma mera antecipação da sucessão.

A circunscrição da “partilha em vida” a uma divisão antecipada dos bens que, eventualmente, caberiam a cada presumido herdeiro legitimário por morte do doador parece-nos redutora. O carácter definitivo que assume relativamente aos bens doados não deixa margem para dúvidas⁵², deitando por terra a errónea afirmação de que se limita a permitir uma antecipação da sucessão. A produção imediata dos seus efeitos permite ao beneficiário dispor dos bens ainda em vida do doador⁵³ e, consequentemente, afastar a sua qualificação como pacto sucessório. Na “partilha em vida”, tal como menciona

⁴⁷ Vide *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões*, 1972, p. 170.

⁴⁸ Para o Autor, “[a] ideia de *partilha em vida* como que traz ínsita – reconheça-se – um projecto de *definitividade* do acto para depois da morte, aproximando-se, no seu escopo, dos pactos sucessórios”. Vide Corte-Real, 1986, p. 10.

⁴⁹ “De facto, o que há de característico na partilha em vida é a existência de uma regulação de interesses gizada em vida do *de cuius*, destinada a começar a produzir os seus efeitos a partir de então e a manter a produção para além da sua morte”. Vide Barreiros, 1978, p. 26.

⁵⁰ Cfr. Mealha, 2002, p. 523.

⁵¹ Segundo Pereira Coelho, “há sucessão *em vida* ou *por morte* consoante a doação já atribui ou ainda não atribui ao donatário, em vida do doador, um *direito* sobre os bens doados”. Cfr. Coelho, 1992, pp. 23-25 e Leitão, 2021, p. 55.

⁵² Cfr. Leitão, 2016, pp. 154-155.

⁵³ Cfr. Coelho, 1992, p. 29 e Dias, 2022, p. 23.

Menezes Leitão, não se verifica a disposição da sucessão do disponente a que se refere o n.º 1 do artigo 2028.º do CC, mas do seu próprio património⁵⁴.

Os direitos que emergem do presente instituto jurídico são adquiridos pelos presumidos herdeiros legitimários donatários e não donatários antes da abertura da sucessão. Posto isto, não nos parece plausível qualificá-la como um pacto sucessório. A “partilha em vida” não pode ser havida como “uma disposição de herança de pessoa viva”⁵⁵.

2.1. Um caso específico de doação *inter vivos*

À “partilha em vida” é predominantemente aplicável o regime jurídico do contrato de doação, regulado nos artigos 940.º e ss. do CC⁵⁶. De uma forma geral, esta tem sido a orientação seguida pela nossa doutrina e jurisprudência⁵⁷. A doação pressupõe a observância de determinados elementos: a existência de uma atribuição patrimonial geradora de enriquecimento, a consequente diminuição do património do doador e o espírito de liberalidade⁵⁸. Por ser uma verdadeira doação, à “partilha em vida” serão reconhecidas as características desse mesmo contrato⁵⁹.

Quanto ao último dos requisitos, parte da doutrina manifesta alguma relutância. De acordo com Menezes Leitão, o *animus donandi* consiste na “intenção de atribuir o correspondente benefício a outrem por simples generosidade ou espontaneidade”⁶⁰. Este elemento subjetivo deve ser demonstrado pelo doador, não sendo suficiente a simples dedução.

José António Barreiros defende não haver na “partilha em vida” o espírito de liberalidade que caracteriza a doação⁶¹. No mesmo sentido, Esperança Mealha afirma que a “partilha em vida” não constitui uma doação em sentido próprio devido à ausência do espírito de liberalidade, não só do ponto de vista do doador, como dos donatários⁶². A nosso ver, nenhuma destas posições é defensável, sendo clara a intenção de doar.

⁵⁴ Cfr. Leitão, 2016, p. 156.

⁵⁵ Cfr. Pinheiro, 2022, p. 329.

⁵⁶ Cfr. Xavier, 2023, p. 213.

⁵⁷ A título exemplificativo, *vide* Ac. do STJ de 16-04-2013, referente ao Proc. n.º 1744/05.6TBAMT.P1 S1, Relator: Nuno Cameira; Ac. do TRG de 12-01-2017, referente ao Proc. n.º 91/15.0 T8BRG.G1, Relator: Maria Cristina Cerdeira e Ac. do TRC de 09-01-2024, referente ao Proc. n.º 536/22.2T8VIS-A.C1, Relator: António Fernando Silva.

⁵⁸ Cfr. Leitão, 2022, pp. 174-175. Sobre os requisitos elencados no artigo 940.º do CC, *vide* Lima & Varela, 1997, pp. 237 e ss.

⁵⁹ Cfr. Xavier, 2023, p. 216.

⁶⁰ Cfr. Leitão, 2022, p. 176.

⁶¹ José António Barreiros não lhe reconhece “uma exclusiva intenção de generosidade, espontaneidade ou de benefício dos descendentes”. *Vide* Barreiros, 1978, p. 29.

⁶² O doador está somente “a despojar-se dos bens, ainda em vida”. *Vide* Mealha, 2002, p. 554.

Como anteriormente afluído, sobre os donatários recai a obrigação de pagar ou a constituição da obrigação de pagar aos outros presumidos herdeiros legitimários as devidas tornas. Assumem um verdadeiro encargo face aos restantes, razão pela qual Pamplona Corte-Real define a “partilha em vida” como uma “[p]luralidade de doações em vida, com encargo modal de partilha”⁶³.

O valor que tocara a cada um dos designados legitimários nos bens doados constitui um caso típico de encargo sobre a doação, expressamente consagrado no artigo 963.º do CC que, tal como as demais cláusulas acessórias, pode ser aposta à “partilha em vida”⁶⁴. Para o mesmo Autor, as tornas “representam um *direito de crédito* conferido aos legitimários não donatários relativamente aos legitimários donatários”⁶⁵. Note-se que o encargo assumido pelos beneficiários da “partilha em vida” em nada belisca a sua gratuitidade, constituindo uma mera limitação⁶⁶.

Em harmonia com o disposto no n.º 2 do artigo 963.º do CC, os donatários só se encontram adstritos ao cumprimento dos encargos no limite do valor dos bens doados. Sempre que do contrato resulte essa possibilidade, o incumprimento da obrigação de pagamento das tornas dará lugar à resolução da “partilha em vida”, nos termos do artigo 966.º do CC⁶⁷.

Embora seja admitida, de uma forma geral, como doação *inter vivos*, a “partilha em vida” apresenta importantes particularidades. Para Oliveira Ascensão, “[a] partilha em vida é doação, mas é mais do que doação”⁶⁸. Surge como uma modalidade específica de doação entre vivos por ser realizada a um ou vários presumidos herdeiros legitimários com encargos estabelecidos a favor dos restantes⁶⁹. Nas palavras de Pamplona Corte-Real, as tornas são “o elemento específico do instituto, face às simples doações em vida”⁷⁰. A singularidade que lhe é característica decorre não só do facto de pressupor o consentimento de todos os intervenientes – não se bastando com o do donatário⁷¹ –, como da previsão do mecanismo das tornas através do qual o doador pode proceder à igualação dos quinhões hereditários dos designados legitimários. Na senda de Capelo de Sousa, estes constituem elementos integrantes da sua validade jurídica⁷².

⁶³ Vide Corte-Real, 1986, p. 12.

⁶⁴ Cfr. Xavier, 2023, pp. 216-217 e Leitão, 2016, pp. 157-158.

⁶⁵ Vide Corte-Real, 1986, p. 19.

⁶⁶ Cfr. Xavier, 2016a, p. 120.

⁶⁷ Cfr. Xavier, 2023, p. 217.

⁶⁸ Cfr. Ascensão, 2000, p. 542.

⁶⁹ Cfr. Leitão, 2016, p. 156.

⁷⁰ O regime das tornas é “a *expressão mais forte da tutela legal* da posição sucessória dos legitimários em vida do autor da sucessão”. Vide Corte-Real, 1986, p. 20.

⁷¹ Numa doação com encargos comum não é necessária a aceitação dos beneficiários. Cfr. Leitão, 2022, p. 218.

⁷² Cfr. Sousa, 2000, pp. 37-38 e Dias, 2022, p. 24.

2.2. A natureza *parassucessória* da “partilha em vida”

Não obstante a inegável natureza *inter vivos* da “partilha em vida”, cremos haver algo que a transcende. O minucioso estudo da sua natureza jurídica e do regime que se lhe aplica contribuiu para um melhor entendimento da sua verdadeira aceção. Mais do que um simples negócio celebrado em vida, podemos apontar-lhe significativas implicações *parassucessórias*.

As figuras contratuais de natureza *parassucessória* visam “prover ao destino dos bens no caso de morte do seu titular”⁷³. A existência de institutos suscetíveis de alcançar finalidades desta índole revela que a presença do contrato no âmbito sucessório não é tão despicienda quanto nos tem sido feito crer.

O imenso valor da “partilha em vida” deriva da combinação do seu carácter *inter vivos* com o papel determinante que se propõe a desempenhar no sistema sucessório. Como sustenta Pamplona Corte-Real, é um “[a]cto talvez de natureza mista”, razão pela qual lhe é associada tamanha complexidade⁷⁴. É justamente a natureza *parassucessória* da “partilha em vida” que legitima a sua regulação no Livro de Direito das Sucessões.

Muito embora os seus efeitos translativos se repercutam na esfera jurídica das partes aquando da sua celebração, o doador pretende, com a celebração do contrato em apreço, repartir os bens pelos seus designados legitimários, prevenindo futuros conflitos.

3. Repercussões sucessórias da “partilha em vida”

Segue-se a abordagem de um dos aspetos mais debatidos no âmbito da impropriamente designada “partilha em vida”. Tal como enfatiza Pamplona Corte-Real, “a relevância de qualquer simples doação em vida no contexto da sucessão legitimária” torna mais complexa a compreensão do seu regime jurídico⁷⁵.

Em causa está a análise da articulação entre o regime da “partilha em vida” e as normas de Direito das Sucessões. A repercussão sucessória das liberalidades feitas em vida assume extrema importância não só no momento do cálculo da legítima, como perante os mecanismos da colação e da redução por inoficiosidade.

3.1. A não sujeição ao mecanismo da colação

De acordo com o artigo 2104.º do CC, tem o nome de colação a operação de partilha que visa a igualação dos descendentes mediante a restituição à massa da herança dos

⁷³ Vide Xavier, 2017, p. 607.

⁷⁴ Vide Corte-Real, 1993, p. 87.

⁷⁵ Cfr. Corte-Real, 1986, p. 10.

bens que lhe tenham sido doados em vida pelo *de cuius*. Funda-se na presunção *iuris tantum* de que a realização de liberalidades pelo disponente não pretendeu favorecer patrimonialmente nenhum dos seus ascendentes, mas conceder-lhes o gozo antecipado de determinados bens⁷⁶.

O regime da colação é supletivo, aplicando-se na ausência de qualquer indicação do doador⁷⁷. No momento da realização da doação, ou posteriormente, a colação poderá ser dispensada, nos termos do disposto no artigo 2113.º do CC.

As doações feitas em vida, tais como as despesas a favor dos descendentes consignadas no artigo 2110.º do CC, são objeto de colação por remissão do n.º 2 do artigo 2104.º do CC. Facilmente se poderia cair na tentação de afirmar, sem grandes reservas, que as doações integradas na “partilha em vida” estariam sujeitas a colação. Esta ilação, embora aparentemente coadunável com a natureza *inter vivos* do ato, desatende ao facto de a “partilha em vida” se realizar em termos igualitários. Tomando em linha de conta as conclusões retiradas ao longo do presente estudo, não nos resta senão discordar desse entendimento.

A dispensa de colação foi proposta pela Comissão Revisora do Código Civil de 1966⁷⁸. A expressa consagração de que os bens doados em sede de “partilha em vida” não seriam sujeitos a colação foi amplamente contestada. Vaz Serra propôs a sua eliminação, à qual se opuseram Pires de Lima e Gomes da Silva, relembrando que o artigo em apreço tinha como principal objetivo contornar as dificuldades do instituto da colação.

Por sua vez, Galvão Telles apoiou-se nas tornas recebidas pelos não donatários para esclarecer a forma como redigiu o parágrafo: “[n]ão faria sentido trazer à colação bens doados, visto que os outros herdeiros legitimários receberem em dinheiro a parte que lhes tocava proporcionalmente nos referidos bens”⁷⁹. Embora se tenha reconhecido que os bens doados foram já distribuídos de forma igualitária e que, por essa razão, não se justificava recorrer ao mecanismo da colação, concluiu-se que a afirmação inicialmente prevista levaria a que os bens doados fossem imputados na quota disponível⁸⁰.

Alcançada a igualação dos presumidos herdeiros legitimários por meio da obrigação do pagamento de tornas, cremos não ser sequer equacionável a sua sujeição a

⁷⁶ Cfr. Coelho, 1992, pp. 267-268; Xavier, 2023, pp. 217 e 233 e Pinheiro, 2022, p. 304.

⁷⁷ Cfr. Xavier, 2023, p. 237.

⁷⁸ O artigo 4.º, sob a epígrafe de “Doação com pagamento aos co-herdeiros”, previa: “§ 3.º – Os bens doados nos termos deste artigo não serão objecto de colação, nem tão-pouco de imputação na quota disponível, não entrando pois na partilha”. Vide *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões*, 1972, p. 180.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 181.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 182.

colação⁸¹. As tornas garantem a obtenção dessa igualdade, fazendo sobressair a verdadeira *ratio* da “partilha em vida”. À semelhança da generalidade da doutrina, acreditamos que a aplicabilidade da colação comprometeria a prossecução das suas finalidades, esvaziando-a de sentido. Enquanto contrato ao qual se aplica um regime específico, a “partilha em vida” não deve ser havida como uma simples doação. Muito menos podem ser desconsideradas as suas particularidades.

Por já ter sido tutelada, em vida do autor de sucessão, a igualdade da posição dos descendentes, Menezes Leitão salienta a sua dispensabilidade⁸². No mesmo sentido, Carvalho Fernandes considera mais adequada a não aplicação do regime da colação⁸³. Em contrapartida, Pamplona Corte-Real defende a sujeição dos bens em causa a colação após a abertura da sucessão, rejeitando que a principal função da “partilha em vida” justifique o seu afastamento⁸⁴.

3.2. A não sujeição ao regime da redução por inoficiosidade

A legítima, tal como resulta da leitura do artigo 2156.º do CC, consiste na porção de bens da qual não se pode dispor por se encontrar legalmente destinada aos herdeiros legitimários⁸⁵.

Por força do disposto no artigo 2168.º/1 do CC, são inoficiosas as liberalidades que, entre vivos ou por morte, ofendam a legítima dos herdeiros legitimários. Atingido que seja o seu direito à legítima, poderá haver lugar à redução das liberalidades que obstaculizem o preenchimento dos respetivos quinhões hereditários, nos termos do artigo 2169.º do CC.

Alicerçada no princípio da intangibilidade da legítima, a redução das liberalidades inoficiosas é o principal meio de proteção da legítima. Como refere Pereira Coelho, “não visa a igualação da partilha entre os herdeiros legitimários, mas a defesa da integridade da legítima”⁸⁶. A irrenunciabilidade do direito em causa, expressamente estatuída pelo artigo 2170.º do CC, já fizera correr muita tinta, nomeadamente no que contende com a

⁸¹ Cfr. Xavier, 2016a, p. 101.

⁸² Nas palavras do Autor, “destruiria completamente os fins da partilha em vida”. Vide Leitão, 2021, pp. 61-62. No mesmo sentido, vide Campos & Campos, 2024, pp. 41-42.

⁸³ Cfr. Fernandes, 2012, p. 567.

⁸⁴ Cfr. Corte-Real, 1986, p. 28.

⁸⁵ Demonstrando algum descontentamento quanto à noção legal de legítima, Carvalho Fernandes considera que devia estar definida como “a quota da herança destinada aos sucessíveis legitimários”. Para o Autor, não se trata de uma porção de bens, mas de uma quota da herança. Vide Fernandes, 2012, p. 396.

⁸⁶ Vide Coelho, 1992, p. 267.

“partilha em vida”⁸⁷. A doutrina diverge quanto a saber se as doações que a integram devem ou não ser sujeitas a redução.

Pelos mesmos motivos que defendera a não sujeição da “partilha em vida” a colação, Menezes Leitão considera ser de excluir a aplicação da redução por inoficiosidade⁸⁸. Em sentido contrário, Jorge Duarte Pinheiro entende que o lesado a poderá requerer “ainda que tenha dado o seu consentimento na partilha em vida”⁸⁹. Segundo José António Barreiros, não sendo possível determinar a afetação da legítima antes da abertura da sucessão, a redução das liberalidades inoficiosas, enquanto meio específico de tutela da legítima, só poderá ser proposta após a morte do doador⁹⁰.

Atendendo ao regime estabelecido no artigo 2029.º do CC, não cremos dever aceitar-se que um herdeiro legitimário “venha invocar a ofensa de uma legítima da qual dispôs e de que a lei permitiu que dispusesse”⁹¹. Quer tenham beneficiado dos bens doados, quer tenham beneficiado das tornas correspondentes, os designados legitimários renunciam ao direito de reduzir as liberalidades, numa exceção ao disposto no artigo 2170.º do CC⁹².

⁸⁷ Sobre a “partilha em vida” e o instituto da redução das liberalidades inoficiosas, *vide* Lemos & Xavier, 2018.

⁸⁸ Cfr. Leitão, 2021, pp. 61-62.

⁸⁹ *Vide* Pinheiro, 2022, p. 331.

⁹⁰ Cfr. Barreiros, 1978, p. 502.

⁹¹ *Vide* Xavier, 2023, p. 215.

⁹² *Ibidem*. A “partilha em vida” consagra uma verdadeira exceção à proibição da renúncia ao direito de reduzir as liberalidades.

CAPÍTULO II – Relevância da “partilha em vida” no contexto do planeamento sucessório: a tensão entre o ato de disposição em vida e o momento da abertura da sucessão

1. Limitações do sistema sucessório português

No ordenamento jurídico português, a legítima e a proibição dos pactos sucessórios constituem verdadeiros constrangimentos ao planeamento sucessório⁹³. Ambas as características atribuem ao sistema sucessório uma considerável rigidez, dificultando a flexível disposição do património.

A doutrina tem vindo a pronunciar-se no sentido da sua atenuação e, em alguns casos, da sua eliminação. Por muito que o balanço das alterações implementadas pelo DL n.º 496/77, de 25 de novembro, seja positivo, acreditamos haver ainda um longo caminho a percorrer.

Urge proceder a uma reforma da disciplina sucessória digna e adequada “às formas atuais de riqueza e à realidade do fenómeno do planeamento sucessório”⁹⁴. Não pode o legislador acomodar-se a um regime desajustado, incapaz de se moldar às transformações hodiernas. Durante o presente estudo, enunciaremos algumas imprecisões que refletem a necessidade de uma renovação profunda.

1.1. O princípio da intangibilidade da legítima

O Direito das Sucessões tem como principal desígnio a garantia da continuidade das relações jurídicas e a proteção da propriedade privada em caso de morte do seu titular. O artigo 62.º da CRP consagra o direito à propriedade privada⁹⁵ e à sua transmissão em vida ou por morte.

O direito de dispor por morte encontra-se manifestamente restringido pela exigência de uma reserva legitimária. Segundo Pereira Coelho, “a liberdade de dispor está limitada na medida da legítima”⁹⁶. O sistema sucessório português impede a afetação do direito à legítima dos designados legitimários. Por esta razão, não poderemos afirmar que ao autor da sucessão é permitida a plena disposição dos seus bens.

⁹³ Cfr. Xavier, 2016b, p. 357.

⁹⁴ Vide Xavier, 2017, p. 607.

⁹⁵ O princípio da propriedade privada é um dos princípios gerais do Direito das Sucessões. Cfr. Leitão, 2021, p. 45.

⁹⁶ Vide Coelho, 1992, p. 42. Nas palavras de Pamplona Corte-Real, “surge como a grande restrição imperativamente imposta à livre disposição de bens por morte”. Vide Corte-Real, 1981, p. 13.

O instituto da redução das liberalidades inoficiosas surge como um dos principais corolários do princípio da intangibilidade da legítima. É neste mesmo princípio que se funda a especial proteção conferida aos herdeiros legitimários pelos artigos 2163.º e ss. do CC⁹⁷.

Ainda que se lhe possa reconhecer uma vertente qualitativa, por ser vedada ao autor da sucessão a designação dos bens que irão compor a legítima, é hoje amplamente aceite pela doutrina que a intangibilidade quantitativa reflete com maior exatidão a sua natureza⁹⁸. Não se trata de “um direito a uma parte dos bens da herança, mas um direito a uma parte do valor desses bens”⁹⁹, cabendo a cada herdeiro legitimário um valor abstrato: a quota legitimária.

O facto de a “partilha em vida” permitir o preenchimento dos quinhões hereditários induz Pamplona Corte-Real a afirmar que se verifica uma “relativa intervenção na destinação e atribuição dos seus bens aos herdeiros legitimários”¹⁰⁰.

Mas a intangibilidade da legítima não impede a disposição do património em vida. Os designados legitimários detêm unicamente a expectativa jurídica de vir a suceder, pelo que só depois de aberta a sucessão, em caso de ofensa à legítima, podem fazer-se valer do instituto da redução das liberalidades inoficiosas. Estas serão redutíveis “em tanto quanto for necessário para que a legítima seja preenchida”¹⁰¹. Como bem assinala Rita Lobo Xavier, somente após a imputação das liberalidades numa das quotas é possível aferir da inoficiosidade de determinada disposição¹⁰².

Até à morte do *de cuius*, restará aos designados legitimários arguir a simulação dos negócios jurídicos celebrados com o intuito de os prejudicar, como prevê o n.º 2 do artigo 242.º do CC¹⁰³. Naturalmente que, no contexto da impropriamente designada “partilha em vida”, os presumidos herdeiros legitimários que nela intervêm ainda não são titulares de um verdadeiro direito à legítima. Por conseguinte, o único meio que terão ao seu dispor para tutelar a legítima que eventualmente lhes caberá é a invocação da nulidade das doações realizadas pelo autor da sucessão.

Ainda que a “partilha em vida” possibilite ao doador o preenchimento dos quinhões hereditários de acordo com a sua vontade, por se tratar de uma doação entre vivos, não pressupõe o cumprimento do princípio da intangibilidade da legítima. Este último,

⁹⁷ Cfr. Pinheiro, 2022, p. 195.

⁹⁸ Pamplona Corte-Real afirma que a “partilha em vida” tem intrínseca uma renúncia à intangibilidade qualitativa da legítima. *Vide* Corte-Real, 1993, p. 325.

⁹⁹ *Vide* Xavier, 2017, p. 606. A Autora sublinhou a redução do princípio da intangibilidade da legítima ao direito a um valor preenchível com bens partilháveis.

¹⁰⁰ *Vide* Corte-Real, 1981, p. 13 e Xavier, 2016a, p. 100.

¹⁰¹ *Vide* Pinheiro, 2022, p. 196.

¹⁰² Cfr. Xavier, 2023, p. 206.

¹⁰³ Cfr. Fernandes, 2012, p. 432 e Xavier, 2023, p. 205.

referindo-se às medidas relativas a proteger a legítima, apenas poderá operar depois da abertura da sucessão.

Acolhida a posição segundo a qual as doações que integram a “partilha em vida” não se encontram sujeitas à redução das liberalidades inoficiosas¹⁰⁴, importa aludir ao eventual surgimento de uma tensão entre os herdeiros legitimários no momento da abertura da sucessão. A transmissão em vida de parte dos seus bens pode dificultar, posteriormente, a distribuição do restante património do *de cuius*. O equilíbrio conferido pela “partilha em vida” pode vir a ser afetado, dando azo a disputas e à deterioração das relações familiares.

1.2. A proibição dos pactos sucessórios

Como resulta do artigo 2026.º do CC, a sucessão pode ser deferida por lei, testamento ou contrato. A sucessão contratual é, a par da sucessão testamentária, uma subespécie da sucessão voluntária¹⁰⁵ que constitui uma “forma de manifestação de vontade do autor da sucessão”¹⁰⁶.

O artigo 2028.º/1 do CC define-a como o contrato através do qual alguém renuncia à sucessão de uma pessoa viva ou dispõe de uma sucessão ainda não aberta. Em sentido restrito, para Carvalho Fernandes, o contrato sucessório é “um negócio jurídico bilateral, gratuito e *mortis causa*, pelo qual se regula a sucessão de um dos contraentes”¹⁰⁷.

No ordenamento jurídico português, os contratos sucessórios são, em princípio, nulos. Segundo o disposto no n.º 2 do artigo 2028.º do CC, a sua admissibilidade cinge-se aos casos previstos na lei. Excecionalmente, admite-se a celebração, em convenção antenupcial, de doações com efeitos *mortis causa* para casamento, como decorre dos artigos 1700.º e ss. do CC.

No âmbito dos Trabalhos Preparatórios do Código Civil de 1966, Pires de Lima e Manuel de Andrade preconizaram o alargamento da sua validade¹⁰⁸. Mesmo assim, a proibição da sucessão contratual manteve-se, circunstância para a qual contribuiu a advertência de Galvão Telles: “o perigo de esses pactos, que são irrevogáveis, serem

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 215.

¹⁰⁵ O facto designativo é um negócio jurídico em que intervenha o autor da sucessão. A sucessão testamentária emerge de um negócio jurídico unilateral – o testamento – e a sucessão contratual decorre de um negócio jurídico bilateral. Cfr. Sousa, 2000, p. 46.

¹⁰⁶ Cfr. Barbosa, 2016, p. 315.

¹⁰⁷ *Vide* Fernandes, 2012, p. 556.

¹⁰⁸ Cfr. Xavier, 2017, pp. 596-597.

realizados levemente por permitirem a conservação dos bens em poder do doador enquanto for vivo”¹⁰⁹.

O princípio da proibição dos pactos sucessórios surge reforçado pelo artigo 946.º do CC, nos termos do qual se proíbe a doação por morte. Porém, a lei admite a conversão em disposição testamentária da doação *mortis causa* que cumpra as formalidades do testamento, viabilizando o aproveitamento do negócio. A aplicação do instituto jurídico da conversão, expressamente consagrado no artigo 293.º do CC, não é totalmente pacífica¹¹⁰.

O intento desta proibição fora “garantir ao *de cuius* a liberdade de disposição dos bens até ao último momento da sua vida”¹¹¹. É no princípio da liberdade de disposição por morte que assenta a proibição genérica dos contratos sucessórios¹¹².

À semelhança dos demais contratos, os pactos sucessórios estão sujeitos à regra *pacta sunt servanda*¹¹³. O artigo 406.º/1 do CC determina o seu pontual cumprimento, fazendo depender a modificação e extinção dos mesmos do mútuo consentimento dos contraentes.

Na esteira de Carvalho Fernandes, a natureza bilateral dos pactos sucessórios “subtrai à vontade unilateral do autor da sucessão a sua revogação e, correspondentemente, a livre disponibilidade dos seus bens por morte”¹¹⁴. Para o Autor, a admissibilidade dos pactos sucessórios limitaria, de forma substancial, a livre disposição do património. O autor da sucessão viria a sua liberdade ser excessivamente restringida, ficando vinculado à destinação dos bens¹¹⁵. Jorge Duarte Pinheiro encara a regra da proibição dos pactos sucessórios como uma garantia da “faculdade individual de decisão – de decisão do *de cuius* quanto à disposição por morte de seus bens e do sucessível quanto ao exercício do direito de suceder”¹¹⁶.

Como já constatámos, embora se encontre regulada no Livro V do Código Civil, não é havida como um pacto sucessório. Todavia, a proximidade entre a “partilha em vida” e os pactos sucessórios leva a que Pamplona Corte-Real lhe pressinta uma natureza jurídica híbrida¹¹⁷. A imprópria designação “partilha em vida” contribui para que lhe sejam associados objetivos de cariz sucessório.

¹⁰⁹ Vide *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões*, 1972, p. 165. Galvão Telles alertou para a possibilidade de os atos serem praticados de forma mais descuidada, uma vez que apenas produzirão os seus efeitos depois da morte do disponente.

¹¹⁰ Sobre a conversão das doações *mortis causa*, vide Fernandes, 2012, pp. 562-566.

¹¹¹ Vide Coelho, 1992, p. 315.

¹¹² Cfr. Fernandes, 2012, p. 558.

¹¹³ Cfr. Leitão, 2021, p. 281.

¹¹⁴ Vide Fernandes, 2012, p. 558.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 559.

¹¹⁶ Vide Pinheiro, 2022, p. 161.

¹¹⁷ Cfr. Corte-Real, 1993, p. 323.

É de salientar a “preocupação legislativa” em desmistificar a sua natureza¹¹⁸. No entanto, apesar de aparentemente esclarecida pelo preceituado no artigo 2029.º do CC, a fragilidade da sua configuração faz subsistir algumas dúvidas. Defendendo a produção integral dos efeitos em vida do doador, Menezes Leitão exclui a sua qualificação como negócio *mortis causa* e, por conseguinte, como pacto sucessório¹¹⁹. Não deixa, contudo, de aludir à “clara função sucessória do negócio” que, ainda em vida, permite a repartição da herança do doador em termos idênticos aos da partilha *post mortem*¹²⁰.

2. A “partilha em vida” como instrumento jurídico de planeamento sucessório

2.1. A transmissão em vida e a transmissão por morte

Em sentido amplo, a sucessão pode dar-se em vida ou por morte. No artigo 2024.º do CC, surge definida como “o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam”. Daqui se infere que, após um exaustivo debate durante os Trabalhos Preparatórios do Código Civil de 1966 e depois de apreciadas as várias propostas, se optou por uma noção restrita que se limita a contemplar a sucessão por morte¹²¹.

Em regra, a sucessão *inter vivos* tem a sua origem num ato de transferência do titular de um direito ou de quem tenha legitimidade para dispor do mesmo¹²². Segundo o critério de distinção concebido por Pereira Coelho, na sucessão em vida, a modificação subjetiva da relação jurídica ocorre ainda em vida do disponente. Ao invés, na sucessão por morte, a transferência do direito só se verifica depois da morte do anterior titular¹²³. Ou seja, a morte do *de cuius* funciona como um elemento causal da atribuição¹²⁴, pelo que será a sua causa ou, pelo menos, concausa¹²⁵.

À sucessão por morte aplicar-se-á o Livro V do Código Civil. Em sede de sucessão em vida, valem as regras estabelecidas para cada um dos institutos em apreço. *Prima*

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 87.

¹¹⁹ Cfr. Leitão, 2016, p. 156.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Sobre a noção legal de sucessão, vide Sousa, 2000, pp. 15 e ss.

¹²² Cfr. Telles, 1991, p. 29.

¹²³ Cfr. Coelho, 1992, p. 23.

¹²⁴ Cfr. Xavier, 2016a, p. 106.

¹²⁵ Cfr. Sousa, 2000, p. 27.

facie, a distinção não parece suscitar grandes dificuldades. No entanto, vimos que em certos casos se pode revelar uma tarefa árdua¹²⁶.

O estabelecimento da fronteira entre sucessão em vida e sucessão por morte reveste-se de especial relevo em face da proibição das doações por morte, expressamente plasmada no n.º 1 do artigo 946.º do CC¹²⁷. A “partilha em vida” é uma das hipóteses suscetível de gerar alguma perplexidade. O esclarecimento previsto na norma não dissipou grande parte das incertezas relativas à sua qualificação, tendo até, de certa forma, contribuído para intensificar o debate em torno da mesma.

Contrariando a tradicional dualidade entre os negócios *inter vivos* e os negócios *mortis causa*, cremos ser também pertinente a distinção entre negócios *mortis causa* e negócios *post mortem*, sobre a qual tem versado a doutrina italiana. Enquanto nos negócios *mortis causa* a atribuição de um determinado bem tem como elemento causal a morte do *de cuius*, nos negócios *post mortem* a morte do titular do património é tida apenas como condição para a produção de efeitos jurídicos¹²⁸. De natureza *inter vivos*, o negócio *post mortem* não tem como causa a morte, vendo apenas a produção dos seus efeitos ser diferida.

Segundo Marco Ieva, o negócio *mortis causa* visa regular as relações e situações que se formam aquando da morte do seu titular, ou que derivam da mesma. Em contrapartida, o negócio *post mortem* incide sobre as relações e situações já existentes, subordinando os seus efeitos ao momento da morte do autor da sucessão¹²⁹.

2.2. Perda da importância prática do testamento

Enquanto figura negocial quase exclusiva de disposição do próprio património, o testamento ocupa uma posição central no ordenamento jurídico português¹³⁰. O testador, através da sua outorga, visa obstar à descontinuidade que a sua morte possa vir a causar no âmbito das relações patrimoniais de que seja titular¹³¹.

Consagrado no n.º 1 do artigo 2179.º do CC como o ato por meio do qual o seu autor dispõe da totalidade dos bens ou de parte deles para depois da morte, o testamento possui características particulares¹³². O testamento é o típico negócio jurídico *mortis causa* cujos efeitos só se produzem após a morte do *de cuius*¹³³. Sendo a morte o evento

¹²⁶ Cfr. Coelho, 1992, pp. 23-25 e Leitão, 2021, p. 55. No mesmo sentido, *vide* Sousa, 2000, p. 29 e Dias, 2024, p. 57.

¹²⁷ Cfr. Coelho, 1992, p. 19.

¹²⁸ Cfr. Xavier, 2016a, pp. 106 e 110.

¹²⁹ Cfr. Ieva, 1994, p. 56.

¹³⁰ Cfr. Xavier, 2016a, p. 58.

¹³¹ Cfr. Guimarães, 1972, p. 101.

¹³² Sobre os caracteres gerais do testamento, *vide* Coelho, 1992, pp. 308 e ss. e Corte-Real, 1981, pp. 10-12.

¹³³ Cfr. Xavier, 2023, p. 155.

que determina a produção dos efeitos das cláusulas testamentárias, o testador não se vincula em vida. Em virtude do seu cariz unilateral, o testamento envolve apenas uma parte e, por isso, a sua perfeição dependerá unicamente da vontade do autor¹³⁴.

A livre revogabilidade do testamento, decorrente do princípio da liberdade de disposição por morte, permite a sua alteração enquanto o testador for vivo¹³⁵. Como denotado por Galvão Telles, “[o] testamento mantém-se na *inteira disponibilidade do testador*”, ao passo que “o contrato sucessório foge a essa disponibilidade”¹³⁶. Apesar de permitir que o seu disponente conceda aos seus bens um profícuo aproveitamento¹³⁷, é possível apontar-lhe alguns inconvenientes.

As mais das vezes, a total ineficácia até à morte do testador constitui um enorme entrave, dificultando a sua concretização. Na senda de Rita Lobo Xavier, o testamento “é hoje um instrumento pouco adequado a realizar, de forma satisfatória, os interesses patrimoniais do causante”¹³⁸.

Por força da diversidade de conteúdo sobre a qual pode incidir o testamento – disposições testamentárias de carácter patrimonial e não patrimonial –, são expectáveis dificuldades interpretativas. A articulação das várias cláusulas acessórias pode gerar alguma incerteza, colocando em causa o cumprimento da vontade do autor do testamento. Nem sempre o testador apresentará de forma clara o seu raciocínio e os termos em que pretende ver alcançados os seus interesses.

A fim de esclarecer quaisquer dúvidas relativas à interpretação das disposições de última vontade, ao abrigo do artigo 2187.º/1 do CC, deverá ser tida em conta a vontade do testador e o contexto em que o testamento tiver sido outorgado. Nas palavras de Galvão Telles, com o ora determinado pelo n.º 2 do mesmo artigo, “autorizou-se o recurso à prova *complementar, auxiliar ou extrínseca*, ou seja, a todos os elementos estranhos ao testamento que possam contribuir para o esclarecimento de quanto o testador nele declarou”¹³⁹. Tal como mencionara Manuel de Andrade a propósito da interpretação do testamento à luz do artigo 1761.º do Código de Seabra, deve a intenção do testador refletir-se, de algum modo, no documento em apreço, condição essencial para que seja tida por relevante¹⁴⁰. No mesmo sentido, para Antonio Cicu, a interpretação

¹³⁴ Cfr. Xavier, 2016a, p. 57.

¹³⁵ Cfr. Fernandes, 2012, p. 558.

¹³⁶ “A *revogabilidade* é um atributo do testamento que não se encontra na instituição pactícia”. Vide Telles, 1991, p. 120.

¹³⁷ Cfr. Xavier, 2016a, p. 60.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 106.

¹³⁹ Vide Telles, 2006, p. 24.

¹⁴⁰ Em anotação ao Ac. da Relação de Coimbra, de 5 de julho de 1951: “a prova extrínseca só relevará para efeitos de interpretação quando a vontade do testador, assim desvendada, tenha na letra do testamento qualquer expressão objectiva (*hoc sensu*), ainda que imperfeita e rudimentar”. Cfr. Andrade, 1952, p. 39. Neste sentido, vide Ac. do STJ de 25-05-2023, referente ao Proc. n.º 1504/18.4T8PVZ.S1, Relator: Fernando

do testamento tem no seu cerne a procura da verdadeira intenção do testador, sem prejuízo de serem tomados em linha de conta elementos exteriores que a possam clarificar¹⁴¹. A concretização do testamento será tanto mais simples quanto melhor apreendida por quem a tenha de cumprir.

Para além disso, tendo em vista o íntegro cumprimento do testamento, o testador poderá nomear uma ou mais pessoas para que o vigiem ou, até mesmo, para o executar. A testamentaria, cujo regime se encontra previsto nos artigos 2320.º e ss. do CC, confere maior segurança ao ato de última vontade.

Não obstante, o testamento tem-se revelado cada vez mais suscetível de frustrar as expectativas do autor da sucessão e de, invariavelmente, comprometer a realização das suas pretensões. As razões que em tempos lhe concederam prevalência no sistema sucessório português vão-se tornando, a pouco e pouco, inadequadas a garanti-la.

A perda da hegemonia do testamento veio realçar a conveniência de recorrer a instrumentos jurídicos de natureza contratual. Uma vez demonstrada a sua inidoneidade para satisfazer muitas das necessidades do disponente, cumpre-nos descortinar os benefícios inerentes à regulação antecipada da sucessão.

A proibição de celebrar negócios em vida com o intuito de regular a sucessão, fora dos casos previstos na lei, constitui um dos principais limites à autonomia privada¹⁴². Tal como sublinhou Antonio Palazzo, a consagração de institutos alternativos ao testamento não pode ser adiada, especialmente por força do aparecimento de novas necessidades sociais e económicas¹⁴³. Evidenciando a importância de atender à natureza dos bens e às exigências da sua transmissão, o Autor enfatizou a imprescindibilidade de preparar a sucessão em vida¹⁴⁴.

Por forma a acautelar as perturbações que da morte possam resultar, importa preparar cuidadosamente a transmissão do património, procurando as soluções que melhor se adequem às suas características. Nas palavras de Maria de Nazareth Guimarães, “[d]ada a natureza dos bens que predominam na composição da riqueza, hoje, dadas as consequentes exigências da circulação jurídica, é necessário não tanto prever substitutos como organizar a desoneração dos bens”¹⁴⁵.

É inegável a relevância de algumas doações no contexto do planeamento sucessório, tais como a “partilha em vida”, através da qual o doador pode distribuir os

Baptista, de acordo com o qual “a interpretação da vontade do testador tem um limite formal intransponível: a correspondência mínima com o contexto”.

¹⁴¹ Cfr. Cicu, 1959, p. 169.

¹⁴² Cfr. Xavier, 2016a, p. 45.

¹⁴³ Cfr. Palazzo, 2008, p. 281. No mesmo sentido, *vide* Ieva, 1994, p. 53.

¹⁴⁴ Cfr. Palazzo, 1983, p. 3.

¹⁴⁵ *Vide* Guimarães, 1972, p. 5.

seus bens pelos designados legitimários. As linhas pelas quais se rege levam a que seja havida como um importante meio de transmissão do património em vida do doador. Para além de ser uma proveitosa alternativa ao testamento, poderá também complementá-lo¹⁴⁶.

Em bom rigor, a “partilha em vida”, por produzir imediatamente os seus efeitos, conferirá, na medida do possível, uma maior estabilidade aos seus intervenientes. O doador pode presenciar, ainda em vida, a distribuição do património e os presumidos herdeiros legitimários têm ao seu dispor as ferramentas necessárias para avaliar os prós e contras de consentir na realização do respetivo contrato.

A aposição de uma cláusula de reserva de usufruto às doações celebradas em sede de “partilha em vida”, como explanado no artigo 2029.º/1 do CC, é de extrema utilidade no contexto do planeamento sucessório, permitindo ao doador reservar os bens doados até à sua morte¹⁴⁷. O disponente usufruirá dos mesmos, mantendo o direito aos seus rendimentos enquanto for vivo.

Em face do exposto, dúvidas não restam quanto às vantagens da regulação da sucessão através de atos entre vivos e da transmissão do património aos descendentes antes da morte do seu titular¹⁴⁸. O recurso a figuras negociais cuja validade depende do respeito pelo princípio da proibição dos pactos sucessórios e, após a abertura da sucessão, das regras da sucessão legitimária¹⁴⁹ é cada vez mais frequente.

¹⁴⁶ Imagine-se que alguém transmite o seu património através da “partilha em vida”, preenchendo os quinhões hereditários dos designados legitimários e que, em testamento, deixa a sua quota disponível a quem melhor lhe aprouver.

¹⁴⁷ Cfr. Xavier, 2016a, p. 119.

¹⁴⁸ Cfr. Xavier, 2017, p. 607.

¹⁴⁹ Cfr. Xavier, 2016a, p. 112.

CAPÍTULO III – Oscilação no valor dos bens doados em virtude de circunstâncias supervenientes

1. Determinação do valor das liberalidades feitas em vida

As liberalidades feitas em vida pelo autor da sucessão adquirem especial relevo sempre que existam herdeiros legitimários¹⁵⁰. Nesses casos, haverá lugar à imputação do seu valor numa das quotas – disponível ou indisponível –, no momento que antecede a partilha, enquanto “técnica crucial no contexto da sucessão legitimária”¹⁵¹. Para efeitos de cálculo da legítima, deve atender-se ao valor dos bens doados em vida, como vertido no artigo 2162.º/1 do CC¹⁵².

A premente reforma do Direito Sucessório português não pode, nem deve cingir-se a “propostas de diminuição da quota legitimária e do elenco dos familiares com direito à legítima”¹⁵³. Ao elencar alguns dos aspetos mais inquietantes e que, a pouco e pouco, vão tornando imperiosa a sua reconfiguração, Rita Lobo Xavier sublinhou a importância do momento da determinação do valor das liberalidades feitas em vida não só para o cálculo da legítima, como para a redução das liberalidades inoficiosas e para a colação¹⁵⁴.

A única solução expressamente prevista consta da norma do artigo 2109.º do CC, segundo a qual o valor dos bens doados será o que tiverem à data da abertura da sucessão. Este último, por se referir apenas aos bens sujeitos a colação, não será aplicável por analogia aos restantes casos¹⁵⁵. Quanto ao problema que aqui se coloca, cremos não existir uma resposta unívoca. A ocasião adequada para se proceder à mencionada avaliação deve ser ponderada em função de cada instituto jurídico¹⁵⁶.

No que contende com as liberalidades feitas em vida que se encontram sujeitas ao regime da colação, o cômputo do valor dos bens doados reporta-se ao momento da abertura da sucessão. Em virtude da remissão do n.º 3 do mesmo preceito, a doação em dinheiro e os encargos que a oneram serão atualizados nos termos do artigo 551.º do CC, sendo contempladas eventuais oscilações de que os bens doados sejam alvo.

¹⁵⁰ Cfr. Xavier, 2016a, p. 51.

¹⁵¹ Vide Corte-Real, 1989, p. 821.

¹⁵² Sobre a ordem pela qual devem ser realizadas as operações do artigo 2162.º/1 do CC, vide Coelho, 1992, pp. 295 e ss.

¹⁵³ Cfr. Xavier, 2016b, p. 356.

¹⁵⁴ Cfr. Xavier, 2017, p. 611.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 612.

2. Alteração superveniente no valor dos bens doados

Celebrada a “partilha em vida”, pertinentes questões se erguem em torno do valor dos bens doados. Indicados os seus traços gerais e desenvolvidos alguns dos pontos mais ambíguos da sua natureza jurídica, versaremos agora as conturbadas perplexidades valorimétricas.

E quanto à determinação do valor das doações realizadas no âmbito da “partilha em vida”? A que momento se deve reportar tal avaliação? Atender-se-á ao valor que determinado bem tinha no momento do contrato, ou àquele que tiver aquando da morte do seu disponente? Entre o momento da doação em vida e o momento da abertura da sucessão, o valor dos bens poderá sofrer alterações significativas, passíveis de gerar significativos desequilíbrios.

A este propósito, deve manter-se presente o que foi dito sobre a finalidade do instituto da “partilha em vida”, designadamente quanto ao mecanismo das tornas. Defendemos não haver lugar à restituição à massa da herança, para igualação da partilha, dos bens ou valores doados pelo *de cuius* aos descendentes. A sua igualação fora já garantida por um “ato de estrutura idêntica”¹⁵⁷. Sendo-lhes reconhecido semelhante objetivo, não seria razoável que, através do mecanismo da colação, procedêssemos, mais uma vez, a essa igualação. Em suma, fica afastada a remissão para o n.º 3 do artigo 2109.º do CC.

As tornas serão, naturalmente, calculadas em função do valor dos bens à data da celebração do contrato de doação. Em princípio, e uma vez que é nesse momento que ocorre a sua avaliação, será esse o valor a ter em conta para efeitos de cálculo da legítima. Da análise feita concluímos não resultar da lei qualquer disposição que proteja os presumidos herdeiros legitimários de uma superveniente alteração do valor dos bens doados. Mas até que ponto será justo desatender, por completo, às oscilações verificadas entre o momento da doação e a data da abertura da sucessão? A natureza *inter vivos* da “partilha em vida” justificará essa desconsideração?

De acordo com o postulado no n.º 1 do artigo 2029.º do CC, as tornas compreendem o valor que proporcionalmente caberia a cada um dos presumidos herdeiros legitimários não donatários. A lei deixa clara a existência de uma alternativa: ou o pagamento imediato de tornas aos não donatários, que prestaram o devido consentimento ao contrato, viabilizando a sua realização, ou a constituição da obrigação de as pagar. Destarte, conforme seja convencionado pelas partes, o respetivo pagamento,

¹⁵⁷ Vide Leitão, 2021, pp. 61-62.

enquanto obrigação emergente da “partilha em vida”, poderá ser imediato ou diferido¹⁵⁸. Para os casos em que se verifique o seu imediato cumprimento não se encontra prevista qualquer atualização do valor dos bens doados¹⁵⁹. Tendo ficado estipulado o seu vencimento para data posterior, vale o disposto no n.º 3 do mesmo artigo.

O que parecia permitir a igualação entre os presumidos herdeiros legitimários, tenderá a gerar consideráveis discrepâncias. A valorização ou desvalorização dos bens doados pode determinar a perda de correspondência com as tornas pagas pelos donatários. A questão em apreciação afigura-se mais delicada por força da “dinâmica que caracteriza o património” e de eventuais circunstâncias supervenientes¹⁶⁰. Este é um dos grandes inconvenientes apontados à “partilha em vida”. Como sublinha Pereira Coelho, a valorização ou desvalorização dos bens que foram objeto da “partilha em vida” pode revelar-se injusta em relação aos demais herdeiros¹⁶¹.

O facto de as tornas serem calculadas em face do valor fixado para os bens doados no momento da “partilha em vida” permite antever a existência de algumas flutuações. Até à abertura da sucessão, a igualdade alcançada poderá ser posta em causa, acentuando-se o fosso entre o valor pago aos não donatários e aquele que lhes caberia se fosse tida em consideração a variação do preço dos bens.

Foi ainda antes de 1966, no âmbito dos Trabalhos Preparatórios do Código Civil, que se abordou, pela primeira vez, a atualização pecuniária. Manuel de Andrade propôs a atualização das prestações pecuniárias, realçando os perigos inerentes à celebração da “partilha em vida”¹⁶² não só para os presumidos herdeiros legitimários que interviessem como credores de tornas, como para aqueles a quem tenham sido doados os bens. Por seu turno, Galvão Telles afirmou tratar-se de uma questão discutível que só se colocaria se as tornas não fossem pagas imediatamente. No final, foi deliberada pela Comissão Revisora a previsão de uma disposição que contemplasse a referida atualização. O resultado foi a consagração do n.º 3 do artigo 2029.º do CC, cuja redação se mantém intocada.

A par de outros fatores, a conjuntura socioeconómica ditará o maior ou menor equilíbrio entre a oferta e a procura¹⁶³. É de acordo com estas duas variantes que os preços serão estabelecidos. A ulterior oscilação no valor dos bens doados não só será responsável por desviar a “partilha em vida” da prossecução da sua verdadeira finalidade,

¹⁵⁸ Cfr. Mealha, 2002, p. 547.

¹⁵⁹ Cfr. Leitão, 2016, p. 153.

¹⁶⁰ Cfr. Xavier, 2023, p. 217.

¹⁶¹ Cfr. Coelho, 1992, p. 30. No mesmo sentido, *vide* Dias, 2022, p. 23.

¹⁶² *Vide Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões*, 1972, p. 176.

¹⁶³ O crescimento exponencial da especulação imobiliária que, nos últimos tempos, tem contribuído para o aumento substancial do valor dos imóveis.

como incitará quezílias entre os designados legitimários, precisamente o que se propunha a evitar.

É por este motivo que Pamplona Corte-Real sustenta a sujeição das doações realizadas no contexto da impropriamente designada “partilha em vida” ao instituto jurídico da colação¹⁶⁴. Embora reconheça a concretização da aludida igualação, o Autor evidencia a importância da sua aplicabilidade após a abertura da sucessão. A mesma questão já não se coloca perante uma simples doação feita em vida, relativamente à qual não tenha havido dispensa de colação, visto que o n.º 1 do artigo 2109.º do CC determina que o valor dos bens doados é o que tiverem à data da abertura da sucessão.

Para Menezes Leitão, ainda que da valorização excecional dos bens doados resulte a perda de correspondência com o valor das tornas, não deverá equacionar-se a aplicação dos institutos da redução por inoficiosidade e da colação¹⁶⁵. A doutrina majoritária acredita que a “partilha em vida” procede, de *per se*, à igualação dos herdeiros legitimários, afigurando-se dispensável o funcionamento do mecanismo da colação relativamente aos bens que foram objeto da “partilha em vida”¹⁶⁶.

Segundo Esperança Mealha, no que respeita ao momento atendível para o cálculo do valor dos bens, releva a data da celebração da “partilha em vida”, havendo lugar à atualização do valor das tornas, de acordo com o artigo 2029.º/3 do CC¹⁶⁷. Se, pelo contrário, fossem tidos em conta, para efeitos de avaliação, o valor dos bens doados à data abertura da sucessão, colocar-se-iam em causa o equilíbrio e a igualdade entre os presumidos herdeiros legitimários¹⁶⁸.

3. Perda de correspondência com as tornas

A convicção com que recusámos a sujeição da “partilha em vida” ao instituto jurídico da colação não implica a desconsideração dos problemas relativos a uma eventual variação do valor dos bens doados, como a consequente perda de correspondência com as tornas fixadas. O presente estudo enfatizou as particularidades da “partilha em vida” e a necessidade de lhe conferir um tratamento específico, adequado a prosseguir as suas finalidades: “[a] partilha em vida é uma forma especial de doação entre vivos e distingue-se das doações em geral”¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Cfr. Corte-Real, 1986, p. 28.

¹⁶⁵ Cfr. Leitão, 2016, p. 154.

¹⁶⁶ Cfr. Xavier, 2023, p. 217.

¹⁶⁷ Cfr. Mealha, 2002, p. 552.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 553.

¹⁶⁹ Vide Dias, 2024, p. 63 e Sousa, 2000, p. 37.

A norma do artigo 2029.º do CC peca por não conferir aos designados legitimários a devida proteção. As expectativas dos presumidos herdeiros legitimários que virem destruída a sua igualdade e abalada a correspondência com as tornas pagas acabarão frustradas. Ainda que este deva ser um dos fatores determinantes na decisão de prestar ou não o consentimento à celebração do contrato, não lhes será possível prever em que termos ou com que intensidade os pode afetar.

Consideramos não ter sido feliz a previsão da atualização pecuniária apenas para as situações em que se tenha estipulado o pagamento das tornas para momento posterior, de acordo com o n.º 3 do artigo 2029.º do CC. A nosso ver, deveriam ter sido salvaguardadas as repercussões das ulteriores alterações do valor dos bens doados e contempladas, para além das situações em que as partes tenham acordado diferir o seu pagamento, aquelas em que o pagamento for efetuado de imediato¹⁷⁰.

Para Menezes Leitão, uma eventual valorização deverá ser atribuída ao proprietário do bem em causa, “não se devendo admitir que os outros envolvidos na partilha a venham questionar por motivos supervenientes depois de nela terem consentido”¹⁷¹. O Autor apoia-se no facto de a “partilha em vida” não constituir uma mera entrega antecipada de bens que integrariam uma futura partilha *post mortem*, sublinhando o seu carácter definitivo¹⁷². Segundo Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, não se justifica uma nova avaliação, visto que a valorização ou desvalorização dos bens em apreço é um risco da “partilha em vida”¹⁷³.

Por via de regra, entre a realização da “partilha em vida” e o momento em que, para efeitos de cálculo da legítima, serão tidas em conta as doações em apreço, o valor dos bens poderá ser alvo de indesejáveis variações. No nosso entendimento, urge garantir a atualização das tornas após a abertura da sucessão para fazer face a eventuais oscilações no valor dos bens doados.

3.1. A igualação dos presumidos herdeiros legitimários em caso de superveniência

O problema da igualação agudiza-se quando sobrevenha ou se torne conhecido um designado legitimário. Na sua redação inicial, o artigo 2029.º do CC concedia ao doador

¹⁷⁰ “Só que, seja por o pagamento se efetuar de imediato seja se for feito depois pelo valor atualizado, mas em momento anterior à morte do autor da sucessão, os herdeiros não donatários sofrem sempre o risco de depreciação dos bens recebidos”. *Vide* Dias, 2022, pp. 23-24.

¹⁷¹ Cfr. Leitão, 2016, p. 154.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 154-155. Na perspetiva do Autor, o objetivo é, precisamente, excluir a realização da partilha *post mortem* em relação aos bens que forem objeto de “partilha em vida”. Daqui se retira a importância do consentimento prestado pelos donatários, um dos seus principais elementos.

¹⁷³ Cfr. Campos & Campos, 2024, p. 44.

o direito de revogar o contrato se sobreviesse ou se tornasse conhecido outro presumido herdeiro legitimário, nos seis meses subsequentes ao seu nascimento ou conhecimento. A intervenção legislativa de 1977 não só alargou o âmbito de aplicação da “partilha em vida” ao cônjuge sobrevivente, por força do reforço da sua posição sucessória¹⁷⁴, como alterou a redação do n.º 2 do artigo 2029.º do CC. Deixou de estar prevista a revogação em caso de superveniência de um designado legitimário, mantendo-se o contrato¹⁷⁵. Passa o novo herdeiro a poder exigir a composição em dinheiro da parte que lhe correspondia¹⁷⁶.

As alterações introduzidas pelo DL n.º 496/77, de 25 de novembro, não concederam ao artigo 2029.º do CC a clareza pela qual reclamava, muito menos recaíram sobre questões mais delicadas, como a razão de ser do instituto ou a sua própria exequibilidade¹⁷⁷. Apesar de reconhecer que a referida alteração trouxe uma “maior estabilidade e definitividade” à “partilha em vida”, Esperança Mealha alertou para o facto de não ter sido preceituado o momento a considerar para a avaliação dos bens doados¹⁷⁸.

De uma forma geral, releva para a doutrina o momento da realização da “partilha em vida”. Na presença de um novo designado legitimário, “a lei parece apontar ainda para que a «quantificação» seja reportada ao momento da efectivação da partilha em vida”¹⁷⁹. Os cálculos serão refeitos, fixando-se a parte que cabe ao legitimário superveniente e atualizando-se as tornas devidas nos termos gerais. Em sentido oposto, Oliveira Ascensão entende ser apenas exigível a composição da parte que lhe tocava nos bens doados à data da abertura sucessão do doador¹⁸⁰.

3.2. Os desafios da atualização pecuniária

De harmonia com o prescrito no artigo 551.º do CC, a flutuação do valor da moeda determinará a atualização das prestações pecuniárias. Por força da remissão do n.º 3 do artigo 2029.º do CC, as tornas que impendem sobre os presumidos herdeiros legitimários não donatários não serão exceção, sendo atualizáveis de acordo com o índice dos preços.

¹⁷⁴ Cfr. Xavier, 2017, pp. 599-600.

¹⁷⁵ Inicialmente, estava prevista a caducidade automática: “§ 2.º - O referido pacto deve constar de escritura pública e ficará sem efeito se ao doador sobrevier algum outro presumido herdeiro legitimário”, in *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões*, 1972, p. 177.

¹⁷⁶ Cfr. Xavier, 2017, p. 600.

¹⁷⁷ Cfr. Corte-Real, 1986, p. 7.

¹⁷⁸ Cfr. Mealha, 2002, p. 540.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁸⁰ Cfr. Ascensão, 2000, p. 542. Em sentido contrário, Esperança Mealha entende que “[t]al crédito é exigível a partir do momento em que sobrevenha ou se torne conhecido o legitimário”. *Vide* Mealha, 2002, p. 540.

A lei limitou-se a prever a atualização pecuniária para os casos em que o pagamento das tornas seja diferido, solução relativamente à qual demonstrámos a nossa discordância. É certo que nem sempre os donatários terão como pagar as tornas devidas, razão que justifica a frequência com que é acordado o seu diferimento para momento ulterior¹⁸¹. Ainda assim, cremos que teria sido preferível consagrar a atualização para qualquer uma das hipóteses, prezando a defesa dos interesses dos presumidos herdeiros legitimários que intervieram na “partilha em vida”.

A necessidade de atualização do valor dos bens que integrem a “partilha em vida” no momento da abertura da sucessão decorre, sobretudo, da sua natureza *parassucessória*. Esta não será compatível com a desconsideração de uma quase certa alteração do valor dos bens doados. A igualdade alcançada no momento da celebração do contrato de doação deverá ser preservada, o que só é possível através da posterior atualização pecuniária.

O *de cuius*, ao recorrer ao instituto da “partilha em vida”, procedeu à distribuição da totalidade ou de parte do seu património, sem prejudicar um designado legitimário em detrimento do outro. Com o intuito de evitar que a sua morte venha a causar distúrbios, o doador garantiu a sua igualação. Todavia, perante a valorização ou desvalorização dos bens doados, a mesma não subsistirá.

Ademais, ao permitir que as partes convencionem o pagamento diferido das tornas, a lei não delimita o momento até ao qual podem ser cumpridas as obrigações emergentes do contrato. Nada parece obstar a que os designados legitimários estipulem o seu vencimento para depois da morte do doador. A título de exemplo, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 30 de novembro de 2023, no qual os presumidos herdeiros legitimários fixaram o pagamento das tornas para o momento da partilha *post mortem*¹⁸². O facto de não se encontrar excluída essa possibilidade reforça o que temos vindo a defender ao longo do presente estudo. Em face do exposto, menos descabida se afigura a solução da atualização do valor dos bens doados aquando da abertura da sucessão.

Não nos parece defensável que a igualação lograda em vida se dissipe tão levemente. *In casu*, estamos perante um negócio *inter vivos* cujos efeitos translativos se produzem de forma imediata. No entanto, a especificidade de permitir ao doador prover ao destino dos seus bens em caso de morte exige que lhe seja conferida um tratamento adequado. Deve a sua essência manter-se intocada, sob pena de não se atingir o resultado pretendido. Nas palavras de Pamplona Corte-Real, “a partilha em vida não

¹⁸¹ Cfr. Morais, 2017, p. 114.

¹⁸² Vide Ac. do TRG de 30-11-2023, referente ao Proc. n.º 2478/21.0T8BRG.G1, Relator: Paulo Reis.

pode colocar os herdeiros legitimários intervenientes numa posição definitivamente paritária e inamovível, reportada à data da sua efetivação”¹⁸³.

Para que possa cumprir as finalidades de natureza *parassucessória* a que se propõe, a “partilha em vida” terá de enfrentar os desafios provenientes do lapso temporal que decorre entre o momento da sua celebração e a abertura da sucessão. *Hoc sensu*, cremos ser conveniente a reavaliação dos bens doados em vida após a morte do *de cuius*, de forma a permitir o cálculo de eventuais valorizações ou desvalorizações.

Não se quer, com isto, dizer que as tornas devam ser fixadas em momento posterior ao da própria realização do contrato¹⁸⁴. Muito menos se pretende sustentar a sujeição da “partilha em vida” ao mecanismo da colação. Contudo, estamos cientes de que, apesar de se realizar em termos igualitários, dificilmente resistirá às referidas variações. A posterior correção do valor dos bens doados permitirá salvaguardar a igualdade anteriormente atingida.

Em suma, a fim de preservar a referida igualação, mostra-se indispensável sujeitar as tornas à atualização nos termos gerais, assegurando a correspondência com o valor dos bens doados à data da abertura da sucessão.

¹⁸³ Vide Corte-Real, 1993, p. 324.

¹⁸⁴ Segundo Daniel Morais, resultaria aleatoriedade da “tomada em consideração de um momento posterior, nomeadamente o momento da abertura da sucessão”. Vide Morais, 2017, p 114.

Considerações finais

Enquanto modalidade específica de doação *inter vivos*, a “partilha em vida” tem sido objeto de larga controvérsia, dividindo a doutrina. Num primeiro momento, ao analisarmos os pressupostos exigidos pela norma do artigo 2029.º do CC, deparámo-nos com algumas imprecisões. A própria designação “partilha em vida”, contrastando com o conteúdo normativo, é suscetível de gerar alguns equívocos, dificultando a compreensão da sua natureza jurídica.

A consagração no Livro de Direito das Sucessões de um contrato pelo qual o doador pode transmitir em vida a totalidade ou parte dos seus bens aos presumidos herdeiros legitimários torna inequívoca a sua finalidade *parassucessória*. A “partilha em vida”, cuja validade pressupõe o consentimento de todos os designados legitimários, o respeito pela igualdade dos respetivos quinhões e a não violação do princípio da proibição dos pactos sucessórios, é cada vez mais relevante no contexto do planeamento sucessório, possibilitando a disposição mais ponderada do património.

As alterações introduzidas pelo DL n.º 496/77, de 25 de novembro, não foram suficientes para dissipar a insegurança transmitida pela norma, demonstrando que um longo caminho há ainda por trilhar. O presente estudo salientou a premência de repensar a configuração do artigo 2029.º do CC e de dissipar alguns obstáculos à sua aplicação prática.

Embora tenhamos defendido a dispensabilidade do mecanismo da colação, tomámos em linha de conta as consequências dessa convicção. Para efeitos de cálculo das liberalidades feitas em vida pelo autor da sucessão, deve atender-se ao valor dos bens doados aquando da celebração da “partilha em vida”. No entanto, a sua superveniente alteração repercutir-se-á na esfera jurídica dos presumidos herdeiros legitimários, sendo quase certa a perda de correspondência com o valor que proporcionalmente tocaria a cada um dos não donatários. Em bom rigor, as finalidades que este instituto jurídico se propunha a prosseguir não serão atingidas, propiciando desentendimentos entre os herdeiros legitimários.

As particularidades da “partilha em vida” requerem que lhe seja conferido um tratamento adequado e, acima de tudo, que se faça jus à sua natureza *parassucessória*. Por conseguinte, a igualdade alcançada no momento do contrato deverá subsistir depois da abertura da sucessão. Em face da eventual perda de correspondência com as tornas, defendemos a reavaliação dos bens doados e a correspondente atualização pecuniária do seu valor após a morte do *de cuius*. Cumpre garantir que a “partilha em vida” se adapta às constantes mutações do património, motivo pelo qual sustentamos que a atualização

pecuniária a que se refere o n.º 3 do artigo 2029.º do CC deveria contemplar não só os casos em que as partes tenham estipulado o pagamento diferido das tornas, como aqueles em que o seu pagamento tenha sido efetuado de imediato pelos donatários.

Referências bibliográficas

- ACTAS DA COMISSÃO REVISORA DO ANTEPROJECTO DO DIREITO DAS SUCESSÕES (1972). *Direito das Sucessões – Trabalhos Preparatórios do Código Civil*. Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa.
- ANDRADE, M. A. D. (1952). Interpretação duma cláusula testamentária – E algumas considerações gerais sobre a teoria da interpretação dos testamentos. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXVII.
- ASCENSÃO, J. O. (2000). *Direito civil, Sucessões*, 5.^a edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- BARBOSA, P. (2016). Breve reflexão sobre as especificidades da sucessão contratual. In A. Menezes Cordeiro, E. Paz Ferreira, et al. (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*. Coimbra: Almedina.
- BARREIROS, J. A. (1978). A partilha em vida no Código Civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, pp. 17-70, e vol. III, pp. 479-524.
- CAMPOS, D. L. & CAMPOS, M. M. (2024). *Lições de direito das sucessões*, 5.^a edição revista e actualizada por M. Martinez de Campos. Coimbra: Almedina.
- CICU, A. (1959). El testamento. Editorial da *Revista de Derecho Privado*, trad. M. Fairén Martínez.
- COELHO, F. M. P. (1992). *Direito das sucessões. Lições ao curso de 1973-1974, actualizadas em face de legislação posterior*. Coimbra.
- CORTE-REAL, C. P. (1981). Direito sucessório: Linhas gerais sobre os seus aspectos substantivos e fiscais. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 122, pp. 7-45.
- CORTE-REAL, C. P. (1986). A partilha em vida. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 149.
- CORTE-REAL, C. P. (1989). *Da imputação das liberalidades na sucessão legítima*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças.
- CORTE-REAL, C. P. (1993). *Direito da família e das sucessões*, Volume II – *Sucessões*. Lisboa: Lex.
- DIAS, C. A. (2022). In C. Araújo Dias (coord.). *Código Civil anotado*, Livro V – *Direito das Sucessões*, 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- DIAS, C. A. (2024). *Lições de Direito das sucessões*, 9.^a edição. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, L. A. C. (2012). *Lições de Direito das sucessões*, 4.^a edição (revista e atualizada). Lisboa: Quid Juris.
- GUIMARÃES, M. N. L. (1972). Testamento e autonomia – Algumas notas críticas, a propósito de um livro de LIPARI. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*.
- IEVA, M. (1994). I fenomeni c.d. parasuccessori. In P. Rescigno (coord.). *Successioni e donazioni*, vol. I, pp. 53-124. Padova: Cedam.
- LEITÃO, L. M. T. M. (2016). A partilha em vida. In A. Menezes Cordeiro, E. Paz Ferreira, et al. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, pp. 145-158. Coimbra: Almedina.

- LEITÃO, L. M. T. M. (2021). *Direito das sucessões*. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L. M. T. M. (2022). *Direito das obrigações*, Volume III – *Contratos em especial*, 14.^a edição. Coimbra: Almedina.
- LEMOS, M. C. & XAVIER, R. L. (2018). *A partilha em vida e a inoficiosidade: Um pacto sucessório renunciativo legalmente admitido?* Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto.
- LIMA, F. P. & VARELA, J. M. A. (1997). *Código Civil anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*. 4.^a edição revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora.
- LIMA, F. P. & VARELA, J. M. A. (1998). *Código Civil anotado, Volume VI (Artigos 2024.º a 2334.º)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- LOPES, M. B. (1970). *Das doações*. Coimbra: Almedina.
- MEALHA, E. P. (2002). Partilha em vida e seus efeitos sucessórios. In A. Menezes Cordeiro, L. Menezes Leitão & J. Costa Gomes (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume I – *Direito privado e vária*, pp. 523-555. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, D. B. R. S. (2016). *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?* Cascais: Principia.
- MORAIS, D. B. R. S. (2017). *Doações em vida com finalidades sucessórias*. Cascais: Principia.
- NETO, A. (2018). *Código Civil anotado*, 20.^a edição atualizada. Lisboa: Ediforum – Edições Jurídicas, Lda.
- PALAZZO, A. (1983). Autonomia contrattuale e successioni anomale. In *Biblioteca di Diritto Privato ordinata da Pietro Rescigno*. Napoli: Jovene Editore.
- PALAZZO, A. (2008). Testamento e istituti alternativi. In G. Alpa & S. Patti (dir.). *Trattato teorico-pratico di diritto privato*. Cedam.
- PINHEIRO, J. D. (2022). O direito das sucessões contemporâneo, 5.^a edição. Coimbra: Gestlegal.
- PIRES, J. M. F. (2016). Partilha em vida – Sujeição a IMT, Parecer n.º 38/2016. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 435, pp. 465-484.
- SOUSA, R. C. (2000). *Lições de Direito das sucessões*, vol. I, 4.^a edição renovada. Coimbra: Coimbra Editora.
- TELLES, I. G. (1991). *Direito das sucessões, noções fundamentais*, 6.^a edição (reimp). Coimbra: Coimbra Editora.
- TELLES, I. G. (2006). *Sucessão testamentária*. Coimbra: Coimbra Editora.
- XAVIER, R. L. (2016a). *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do direito das sucessões*. Porto: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, R. L. (2016b). Notas para a renovação da sucessão legitimária no direito português. In A. Menezes Cordeiro, E. Paz Ferreira et al. (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, pp. 351-372. Coimbra: Almedina.

XAVIER, R. L. (2017). Para quando a renovação do direito sucessório português? In E. Vaz de Sequeira & F. Oliveira e Sá (coord.). *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, pp. 593-614. Lisboa: Universidade Católica Editora.

XAVIER, R. L. (2023). *Manual de Direito das sucessões*, reimp. Coimbra: Almedina.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-04-2013, referente ao Processo n.º 1744/05.6TBAMT.P1 S1, Relator: Nuno Cameira.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12-01-2017, referente ao Processo n.º 91/15.0 T8BRG.G1, Relator: Maria Cristina Cerdeira.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-05-2023, referente ao Processo n.º 1504/18.4T8PVZ.S1, Relator: Fernando Baptista.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30-11-2023, referente ao Processo n.º 2478/21.0T8BRG.G1, Relator: Paulo Reis.

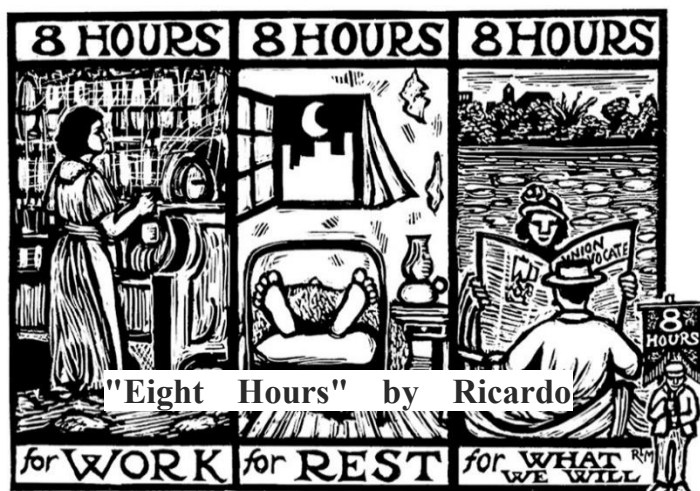
Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 09-01-2024, referente ao Processo n.º 536/22.2T8VIS-A.C1, Relator: António Fernando Silva.

**O dever de abstenção de contacto do artigo 199.º-A do Código
do Trabalho**

Da necessidade [d]e efetividade

Angelina Mariana de Carvalho Almeida e Magalhães Pereira

Sob a orientação da Professora
Doutora Catarina de Oliveira Carvalho



*Oito horas de trabalho, oito horas de repouso e oito horas para o que se quiser** foi o lema adotado pelo afamado movimento das oito horas, nascido na Inglaterra, no início do século XIX, como resposta direta à revolução-exploração industrial, entretanto recuperado, nessa década de oitenta, por milhares de trabalhadores estado-unidenses que permaneciam na luta pela redução do dia de trabalho, o qual, à época, chegava a atingir as 18 horas. A 1 de maio de 1886, em Chicago, foi, pela classe operária, anunciada uma greve geral, e o dito movimento, que já havia atravessado o oceano, saiu à rua em protesto, fazendo ecoar tais palavras. Naquele dia, e nos dois que se seguiram, juntaram-se em nome deste direito cerca de 50.000 trabalhadores. Sem qualquer aviso, forças policiais dispararam sobre a multidão, causando a morte de pelo menos 10 manifestantes e deixando para trás dezenas de feridos. Tal não foi suficiente para travar a sua sede de justiça e a luta continuou, não sem mais incidentes e a condenação a penas de prisão e morte de alguns dos “autores dos motins”. Este recorte da história constitui um marco para as leis do trabalho, tendo influenciado o proletariado, por todas as nações, a reivindicar o direito a uma jornada de trabalho justa, resultando na conquista, a nível mundial, ao longo do século XX, do dia de trabalho conforme hoje o conhecemos. Atualmente, um pouco por todo o mundo, a 1 de maio, ainda se celebram estas vozes corajosas, cujo desígnio era assegurar a prestação do trabalho em condições dignas e sãs, encontrar o equilíbrio entre a vida profissional e a pessoal, e exigir o seu respeito.**

* Slogan criado em 1817 por Robert Owen, conhecido como o pai do socialismo britânico, cujos ideais de uma utopia operária estavam séculos à frente do seu tempo.

** “Conhece a história por detrás do 1 de maio?”, *Observador*, 1 de maio de 2015, e “In support for an eight-hour workday for all”, *Deccanherald*, 20 de março de 2023.

Agradecimentos

À Professora Doutora Catarina de Oliveira Carvalho, com quem foi um enorme gosto trabalhar, por ser uma inspiração, por ter confiado em mim e nas minhas capacidades, pela disponibilidade, apoio, incentivo, compreensão, e por tudo o que demais retirei da oportunidade de estar sob a sua orientação.

Aos meus Pais, os meus primeiros professores e eternos protetores, que são tudo o que alguma vez serei, a eles o devo.

Ao meu irmão, que acredita mais em mim do que eu mesma, por sempre estar a meu lado e por isso ter vivido, em segunda mão, toda a intensidade do processo de escrita de uma dissertação (bem mais cedo do que devia), e ainda assim manter-se o meu fã número um.

A toda a família, amigos, “os meus”, por torcerem por mim sempre, pelos conselhos gentis, palavras de motivação, pela paciência o melhor exemplo que uma jovem mulher pode ter, por serem sinónimo de amor, paciência e apoio incansável, e porque tudo o que sou e (que bem precisaram), e por terem aceitado sem reservas a ausência e humor questionável dos últimos tempos.

Resumo

Esta dissertação é um contributo para o debate da desconexão, que surgiu da necessidade de modernizar e reafirmar garantias tradicionais – do direito ao repouso e aos lazeres – no rescaldo da digitalização do trabalho, nomeadamente, através da regulação da utilização de tecnologias de informação e comunicação no âmbito profissional. Dado que, com vista a responder às exigências de prontidão e ubiquidade de um competitivo novo mercado global, e por aquelas ultrapassarem qualquer barreira de tempo e espaço, têm vindo a provar-se um meio de invasão da privacidade e descanso do trabalhador, em desconsideração da sua personalidade e bem-estar. Assim, passando por um imprescindível enquadramento conceptual e percorrendo diferentes soluções expressamente consagradas ou propostas, não só entre nós, mas na União Europeia, focamo-nos na abordagem singular do ordenamento jurídico português, de prever a desconexão na perspetiva do empregador, sob a forma de dever de abstenção de contacto. Daqui, elaboramos sobre a sua necessidade (e essencialidade) – numa lógica de proteção de princípios basilares do Direito do Trabalho como são a conciliação da vida profissional e pessoal e a proteção da saúde e segurança – e indagamos sobre a sua eficácia através da análise do que foi bem conseguido, inclusive numa visão comparada, e da desconstrução e tentativa de desvendar aquilo que, volvidos dois anos da sua entrada em vigor, está ainda por esclarecer, em detrimento do respeito pelo que é uma nova garantia laboral da livre fruição de um antigo direito.

Palavras-chave: desconexão; abstenção de contacto; tempo de trabalho/tempo de descanso; direito ao repouso; digitalização; TIC; conciliação; saúde e segurança no trabalho.

Abstract

This study is a contribution to the debate on disconnection, which has arisen from the need to modernize and reaffirm traditional guarantees – such as the right to adequate rest and leisure – in the aftermath of the digitalization of work, specifically through regulating the use of information and communication technologies in the professional sphere. Given that, while trying to meet the demands of readiness and ubiquity of a competitive new global market, digital work tools surpass any barriers of time and space, they have proven to be a means of invading employees' privacy and resting periods, disregarding their humanity and well-being. Thus, after addressing the essential conceptual framework and exploring different solutions expressly established or proposed, not only among us but in the European Union, this study will focus on the unique approach of the Portuguese legal order, which establishes disconnection from the employer's perspective, namely as the duty to refrain from contacting employees out of "office hours". From here, we discuss about its necessity (and essentiality) – as a means to ensure fundamental principles of Labour Law such as balancing professional and personal lives and promoting occupational health and safety – and about its effectiveness through the analysis of what has been successfully achieved and what is lacking.

Keywords: disconnection; refrain from contact; working time/resting time; right to rest; digitalization, ICT; work-life balance; occupational safety and health.

Nota de Atualização

A presente dissertação reporta-se ao quadro legislativo, jurisprudencial e doutrinário vigente à data da sua conclusão, em 15 de abril de 2024, não contemplando alterações ou evoluções subsequentes.

Indicações de leitura

Sempre que se verifique uma menção à lei sem indicação da sua proveniência, a mesma deve entender-se como sendo feita ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, devidamente atualizado à data de abril de 2024.

As citações e indicações bibliográficas em notas de rodapé seguem o sistema autor-data, pelo que serão apresentadas de acordo com o seguinte formato: nome do autor, ano de publicação da obra/artigo, e número de página(s) no caso de se tratar de citação literal. Quando se trate de textos do mesmo autor e do mesmo ano, estes serão distinguidos por letra (p.e.: 2024a e 2024b).

Todas as fontes utilizadas no presente estudo estão devidamente identificadas na lista de bibliografia, surgindo em ordem alfabética e de acordo com o seguinte formato: nome do autor, ano de publicação, título do artigo – quando se aplique –, nome da obra, edição – ou volume e/ou número –, editora, local de edição e páginas. Sempre que possível, é feita também a indicação do sítio da internet onde a fonte está disponível.

A jurisprudência surge identificada, por esta ordem, através da indicação do tribunal que proferiu a decisão, data do acórdão, número do processo. Para a jurisprudência do TJ(UE), o caso surge também identificado, logo em primeiro lugar, pelo nome que é conhecido.

Por motivo de economia de caracteres e considerando que há Autores que são citados um considerável número de vezes, existem referências entre notas com indicação de página caso seja distinta, e ainda, tratando-se do mesmo Autor, mas obra distinta, essa menção é devidamente feita através do ano de publicação. Na mesma lógica, quando surgem duas citações seguidas do mesmo Autor e da mesma obra, é utilizada a expressão *ibidem*, com indicação de página se divergir, ou, sendo uma obra distinta, do mesmo Autor, *Idem*, com indicação do ano de publicação da obra e página.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AE	Acordo de Empresa
Al.	Alínea
AQ	Acordo-Quadro
Art.	Artigo
BE	Bloco de Esquerda
CC	Contrato Coletivo
CDFUE ou Carta	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comissão Europeia
Cfr.	Conferir
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DGAEP	Direção Geral da Administração e Emprego Públicos
DL	Decreto-Lei
DT	Direito do Trabalho
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
DUE	Direito da União Europeia
Ed.	Edição
EM	Estado-Membro
ERC	Estruturas de Representação Coletiva
HT	Horário de Trabalho
IRCT	Instrumento(s) de Regulamentação Coletiva de Trabalho
i.e.	isto é
N.º	Número
NTIC	Novas Tecnologias de Informação e Comunicação
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PAN	Partido dos Animais e da Natureza
PE	Parlamento Europeu
PEV	Partido Ecologista “Os Verdes”
p.e.	Por exemplo
PNT	Período Normal de Trabalho
p. / pp.	Página(s)
Proc.	Processo
PS	Partido Socialista
SST	Saúde e Segurança no Trabalho
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

TIC	Tecnologias de Informação e Comunicação
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TR	Tribunal da Relação
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
Vol.	Volume

Índice

INTRODUÇÃO	11
1. ENQUADRAMENTO	12
1.1. Do direito à desconexão ao dever de abstenção de contacto – Contexto nacional e breves notas quanto ao seu desenvolvimento na União Europeia	12
1.2. Tempos de trabalho, de descanso e de “terceiro tipo” – Delimitação de conceitos e articulação com o artigo 199.º-A do CT	17
2. DA NECESSIDADE	23
2.1. O advento das “novas” tecnologias de informação e comunicação	27
2.1.1. ... e o esbater da fronteira vida profissional/vida pessoal	28
2.1.2. ... e a saúde e segurança no trabalho – desafios da era digital	29
3. DA EFETIVIDADE	33
3.1. Desconstrução do preceito legal	34
3.1.1. O empregador tem o dever de se abster	34
3.1.2. de contactar o trabalhador no período de descanso	35
3.1.3. ressalvadas as situações de força maior.	38
3.2. Visão geral do regime sancionatório	40
CONCLUSÃO	42
Bibliografia	43

INTRODUÇÃO

Quando o movimento das 8 horas, no século XIX, veio reivindicar ao Direito do Trabalho a justa tripartição do dia, em respeito de necessidades de repouso – no âmbito da sua saúde e segurança – e de criação de espaços de autodeterminação – em prol da conciliação das vidas profissional e pessoal, não podia imaginar-se que uma quarta Revolução Industrial, de desenfreado avanço tecnológico, viesse desafiar as garantias então conquistadas e unir os seus descendentes em nome de um novo movimento, o do direito à desconexão¹. O pedido é o mesmo, assegurar que “há vida além do trabalho”, pois que antes de serem trabalhadores são também, e acima de tudo, pessoas². A questão torna a colocar-se porque o advento das TIC, ao potenciar a prestação de trabalho sem barreiras spatiotemporais, animou a cultura do “*always on*” com sérias repercussões ao nível do bem-estar de um trabalhador, hoje, incapaz de separar a vida pessoal da sua profissão. Assim, perante a urgência de repensar um sistema tradicional de emprego assente na unidade de lugar e tempo³, a Lei Laboral, como “disciplina/sismógrafo” que é – “especialmente reativa ao contexto envolvente”⁴ – não ficou indiferente. As abordagens variam e a entre nós adotada distingue-se, pois transformou a teorização do direito a desligar na consagração do dever de abster de contactar.

Neste estudo, desafiamo-nos a condensar num só texto todas as questões de relevo jurídico que rodeiam o artigo 199.º-A do Código do Trabalho. Para tal, começamos por explorar a sua origem na concetualização do direito à desconexão e abordar os moldes em que este tem vindo a ser concretizado em diferentes ordenamentos jurídicos. Seguimos com a delimitação de conceitos essenciais à sua compreensão, em concreto, os de tempo de trabalho e de descanso. E daqui, partimos para o debate da sua necessidade neste “admirável mundo novo do trabalho”⁵, trazido pela digitalização, na expectativa de a demonstrar. Para terminar com a desconstrução do preceito e apreciação crítica das opções feitas pelo legislador no momento da sua consagração, com vista a colmatar lacunas que, volvidos mais de dois anos da sua entrada em vigor, permanecem sem resposta, obstruindo a sua eficácia.

¹ Bergen, Bressler & Proctor, 2019b, p. 4.

² Pereira, 2018, p. 130.

³ Fernandes, 2022, p. 148.

⁴ Carvalho, 2020, p. 109, por referência à formulação clássica de Sinzheimer.

⁵ Moreira, 2016b.

1. ENQUADRAMENTO

1.1. Do direito à desconexão ao dever de abstenção de contacto – Contexto nacional e breves notas quanto ao seu desenvolvimento na União Europeia

Se outrora era evidente a separação trabalho/descanso, pois o trabalhador “fora do espaço-tempo empresarial”⁶ tinha como certa a recuperação da sua autodisponibilidade, a alteração de paradigma provocada pela digitalização traduziu-se numa “tendência crescente” de “hiperconectividade e ubiquidade laboral”⁷, derivada da possibilidade de prestar trabalho sem constrangimentos de tempo e espaço. Vivemos uma realidade onde reinam, por parte do empregador, expectativas de “dedicação permanente e ilimitada”, e do trabalhador, um sentimento de pressão para lhes corresponder, provando ser merecedor da posição que ocupa. Isto veio desafiar as garantias até então oferecidas pelo Direito do Trabalho. Os períodos de repouso passaram a ser comumente desrespeitados, e as fronteiras tempo de trabalho/tempo de descanso, vida profissional/vida pessoal, diluídas. Em face de uma cultura de relacionamento profissional invasiva⁸, que não conhece limites, tornou-se crucial impedir que “a oportunidade do *anytime-anyplace*” se traduzisse no “*always and everywhere*”⁹.

Em resposta a estes novos desafios, por forma a combater o trabalho em modo *overdose* e devolver ao direito ao repouso a eficácia furtada pela era digital, a doutrina desenhou um novo direito – de desligar, estar *offline*, desconectar. E fê-lo porque de nada vale no papel limitar a oito horas a jornada laboral se, na prática, finda aquela, “o trabalho, e por via disso, o empregador, acompanham o trabalhador seja quando for e onde quer que este se encontre”¹⁰.

Falar das origens do direito à desconexão implica mencionar¹¹: na jurisprudência, as decisões do *Cour de Cassation* de 2/10/2001 (n.º 99-42727) e 17/2/2004 (n.º 1-45889), segundo as quais um trabalhador não está obrigado a realizar trabalho em casa ou a levar para o seu domicílio instrumentos de trabalho, mais julgando que o facto de aquele não estar contactável através do telemóvel fora do horário de trabalho não pode ser qualificado como violação de qualquer dever profissional; e na doutrina, J.-E. Ray, a quem se atribui a sua teorização em 2002¹², e Jorge Luiz Souto Maior, Professor e

⁶ Leal Amado, 2022a, p. 473.

⁷ Rouxinol & Vicente, 2023, p. 821.

⁸ Fernandes, 2023, p. 521.

⁹ Moreira, 2016c, p. 10.

¹⁰ Leal Amado & Moreira, 2021, p. 12.

¹¹ Ver nota 2, p. 134 e nota 6, p. 475.

¹² « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle », *Droit social*, n.º 11, pp. 939-944.

Magistrado brasileiro que, em 2003, através da publicação *Do direito à desconexão do trabalho*¹³, contribuiu significativamente para o início do debate.

Da teoria à prática, têm-se verificado diferentes abordagens, pela autorregulação – resposta verificada no seio de empresas que reconheceram uma necessidade de restringir o recurso a instrumentos de trabalho digitais fora do HT –, e pela via legislativa, quando, mais tarde, tendo ascendido ao debate parlamentar em diversos ordenamentos jurídicos, o direito a desligar começou a ser expressamente consagrado.

No campo da autorregulação destacam-se, a título de exemplo, as iniciativas¹⁴ da Volkswagen, na Alemanha – que em 2011 se tornou a primeira empresa a regular a utilização das TIC no âmbito da prestação de trabalho, bloqueando o acesso ao correio eletrónico entre as 18h15 e as 7h; e entre nós, do Banco de Portugal (BP) – que, por via da negociação coletiva¹⁵, vedou expressamente a possibilidade de ser exigida dos seus trabalhadores a conexão durante períodos de descanso e garantiu que as ferramentas digitais cedidas pela empresa apenas por exigência imperiosa poderiam interferir no usufruto daqueles.

Na esfera legislativa¹⁶, França assumiu-se pioneira ao, em 2016, aprovar um diploma com menção expressa à desconexão – *Loi* n.º 2016-1088, de 8/08¹⁷, mas fê-lo de modo um tanto restritivo e pouco eficaz. De facto, o legislador veio garantir aos trabalhadores o direito a desconectarem-se finda a jornada laboral¹⁸. No entanto, não só limitou o escopo de aplicação da norma a médias e grandes empresas, como se eludiu da definição dos moldes em que tal direito seria exercido, desviando essa responsabilidade para as ERC. Na prática, o que existia era apenas uma imposição legal de incluir a desconexão na matéria alvo de negociação coletiva anual obrigatória, de onde resultaria a definição de fronteiras entre a vida profissional e pessoal, pela regulação do uso de ferramentas digitais. Do empregador a lei exigia a promoção de ações de formação/sensibilização para a consciente utilização daquelas. Desde então, a disposição em apreço foi revogada, pela *Loi* n.º 2018-77, e substituída pelo art. 2242-17(7) do *Code du Travail*, que retira autonomia ao direito à desconexão e o reduz a um de vários tópicos a abranger no decurso das negociações coletivas anuais sobre a igualdade de oportunidades entre mulheres e homens, qualidade de vida e condições de trabalho.

¹³ *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n.º 23, Campinas, Brasil.

¹⁴ Nesta matéria: Centro de Relações Laborais (2019); Eurofound (2021a); Moreira, 2016c, p. 20; *Público* (2017 e 2019); Pucheta & Costa, 2023.

¹⁵ Acordos de Empresa BP/SNQTB e BP/FEBASE (BTE 48/2018, cláusula 14.ª h)); Contrato Coletivo APROSE/STAS (BTE 40/2018, cláusula 44.ª).

¹⁶ A este respeito, p.e.: Ugarte Catalgo, 2024; Moreira, 2023, p. 142 ss.; Lerouge & Trujillo Pons, 2022; d'Angelo, 2020.

¹⁷ Também intitulada de *Loi du Travail*, dado que os seus 123 arts. vieram alterar significativamente o *Code du Travail*, ou *Loi El Khomri*, em homenagem à então Ministra do Trabalho, Myriam El Khomri.

¹⁸ Cfr. cap. II do mencionado diploma – “adaptação do direito laboral à era digital” –, art. 55.º que veio alterar a redação do art. L. 2242-8 do *Code du Travail*.

Seguiu-se Itália, que reconheceu o direito à desconexão em lei de 2017¹⁹, mas com um âmbito pessoal de aplicação sectorialmente condicionado aos trabalhadores que prestem atividade em regime de *trabalho agile*²⁰ e, portanto, com eficácia também reduzida. A norma determina que integram o conteúdo obrigatório do acordo escrito que permite o recurso ao mencionado modelo de organização de trabalho: a fixação de períodos de descanso e a previsão de medidas técnicas e organizativas capazes de assegurar ao trabalhador a desconexão no decurso daqueles. A reforçar esta iniciativa, em 2021, adotou-se outro diploma²¹ do qual se retira que a implementação de um direito a desligar é necessária à proteção dos tempos de descanso e saúde dos trabalhadores que prestam atividade de forma flexível, pelo que em nenhuma circunstância pode o seu exercício refletir-se negativamente na relação laboral. Em Espanha, o legislador aproveitou um ato de adaptação da ordem jurídica ao Regulamento da UE relativo à proteção de dados²², para dispor sobre a matéria em estudo. O direito à desconexão digital foi reconhecido a todos trabalhadores em 2018²³, em prol do respeito pelos seus períodos de descanso, férias e licenças, bem como pela sua vida privada e familiar. Quanto aos moldes em que aquele será exercido, a lógica adotada foi em tudo semelhante à solução francesa, cabendo à negociação coletiva defini-los ou, na sua falta, à própria empresa após consulta dos representantes dos trabalhadores. Há, também aqui, o apelo à formação no sentido de prevenir riscos inerentes à incorreta utilização de ferramentas digitais, em especial, fadiga digital. De novo, questiona-se a força desta previsão legal, pois, conforme sucede em França, a desconexão não é consagrada como um “direito individual com eficácia horizontal imediata”, mas antes de modo tal que a “sua configuração final não deixará de ser condicionada pela própria organização e cultura laborais de cada empresa”²⁴. Desde então, com alcances/âmbitos e sob formas distintas, Bélgica²⁵, Eslováquia²⁶, Irlanda²⁷, Grécia²⁸, Croácia²⁹ e Luxemburgo³⁰, integraram a lista de EMs onde o direito a desligar é reconhecido.

¹⁹ Legge 81/2017, de 22/05, art. 19.

²⁰ Modelo de prestação de trabalho caracterizado pela ausência de constrangimentos de tempo e espaço, dentro dos limites legais e convencionais de duração máxima de trabalho diário e semanal, no âmbito do qual são definidos, por acordo, entre trabalhador e empregador, ciclos de atividade e objetivos a alcançar, e de resto é atribuído ao último um certo grau de autonomia e liberdade na gestão do seu tempo.

²¹ Legge 61/2021, art. 2(1).

²² Regulamento (UE) 2016/679 do PE e do Conselho, de 27/04.

²³ Ley Orgánica 3/2018, art. 88. No *Estatuto de los trabajadores*, alterado por aquela, art. 20bis, de epígrafe *derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión*. Em específico sobre o teletrabalho, Ley 10/2021.

²⁴ Ver nota 3 (2017, p. 16).

²⁵ Para empresas com mais de 20 trabalhadores. Lei de 26/3/2018, atualizada em 3/10/2022 – art. 16.

²⁶ Em 19/2/2021.

²⁷ Workplace Relations. Commission’s Code of Practice for Employers and Employees on the Right to Disconnect, de 3/2021.

²⁸ Lei n.º 4808, de 19/6/2021.

²⁹ Em alteração às leis do trabalho de 16/12/2022 e, curiosamente, em moldes semelhantes, ainda que menos assertivos, à solução portuguesa.

³⁰ Mémorial A n.º 344/2023, de 28/6/2023.

A nível nacional, a intenção de consagrar um direito à desconexão foi objeto de debate público em 2017 com a apresentação de alguns Projetos de Lei. São quatro as iniciativas a notar. A solução proposta pelo BE³¹, primeira a surgir, era de consagração de um dever de desconexão profissional a constar de uma nova redação do artigo definidor de período de descanso. Daquela resultaria que “o período de descanso deve corresponder a um tempo de desconexão” e, à semelhança das estratégias francesa e espanhola, os mecanismos que lhe serviriam de garantia, passando pela regulamentação da utilização das TIC, seriam (ou poderiam³² ser) estabelecidos em IRCT. E, ainda, que o desrespeito pelos períodos de descanso fosse considerado uma forma de assédio moral. Seguiram-se as propostas do PAN, PEV e PS³³. O projeto apresentado pelo PAN previa também uma alteração ao art. 199.º, mas acompanhada do aditamento ao código de um novo preceito, 214.º-A, cuja epígrafe seria “períodos de descanso e desconexão profissional”. Do texto do art. 199.º passaria a resultar que os períodos de descanso se destinam à recuperação física e psíquica do trabalhador, à satisfação de necessidades e interesses pessoais e familiares, e ainda ao desenvolvimento de atividades sociais, culturais e lúdicas, pelo que lhe deve ser assegurada a fruição daqueles, sem perturbação, o que inclui “independentemente do meio que lhe subjaz, tomar conhecimento e/ou responder a estímulos de natureza profissional que sejam promovidos ou proporcionados pela entidade empregadora”. Do novo artigo, constaria que “sem prejuízo da existência de razões de força maior”, a serem estabelecidas por IRCT, o trabalhador beneficia, durante o tempo de descanso, de um direito à desconexão profissional³⁴, correspondente à faculdade de aquele “obstar, não atender ou fazer cessar, o fluxo comunicacional de carácter profissional que com [ele] seja estabelecido pela entidade empregadora, pelos seus trabalhadores ou por terceiros, designadamente através de meios informáticos ou electrónicos”. Com vista a proteger o trabalhador e assegurar a eficácia de tal direito, seria vedada a possibilidade de a entidade empregadora a este obstar, dificultando ou sancionando, de forma direta ou indireta, o seu exercício. O PEV não reconhecia um direito à desconexão, apenas reforçava o direito ao repouso, propondo considerar-se contraordenação muito grave o desrespeito daquele por parte do empregador, inclusive através da utilização das TIC. No mesmo sentido, o projeto apresentado pelo PS contemplava somente a adição ao CT de um artigo do qual constasse que a utilização de ferramentas digitais no âmbito da relação laboral não poderia impedir o direito ao descanso, “salvo com fundamento em exigências imperiosas

³¹ Projeto de Lei 552/XIII, de 9/06/2017.

³² Verbo utilizado no proposto n.º 3 do art. 199.º, indicando tratar-se de uma possibilidade.

³³ Projetos de Lei N.º 640/XIII, 643/XIII e 644/XIII, respetivamente, todos de 13/10/2017.

³⁴ Com a ressalva de que “o exercício do direito de desconexão profissional não obsta ao cumprimento pelo trabalhador dos deveres que, pela sua natureza, não dependem da efectiva prestação de trabalho”.

do funcionamento da empresa”, mas a tarefa de regular tal utilização durante períodos de descanso caberia à negociação coletiva.

Entretanto a questão passou para segundo plano³⁵, até que, em 2021, motivado pelo impulso da COVID-19 e em reflexo do caminho traçado pela UE, foi publicada a Lei 83/2021³⁶, que veio alterar o regime do teletrabalho e implementar, no nosso ordenamento jurídico, o direito à desconexão sob a forma de dever de abstenção de contacto. O recente art. 199.º-A: (i) estatui um dever de o empregador se abster de contactar o trabalhador³⁷ durante os períodos de descanso, salvo motivo de força maior, (ii) protege o trabalhador ao classificar como discriminatório, na aceção do art. 25.º, qualquer tratamento menos favorável a que aquele seja sujeito por força do exercício do seu correspondente direito e (iii) tipifica como contraordenação grave a violação da imposição ali prevista. A decisão do legislador português de consagrar a desconexão enquanto “obrigação de *non facere*”³⁸ da entidade empregadora, e não como direito do trabalhador, distingue-se de qualquer outra abordagem, e é, no nosso entender, a única verdadeiramente apta a responder aos problemas jurídicos visados, pelo que adiante será devidamente analisada.

Face ao cariz supranacional da preocupação com a temática da desconexão no âmbito das relações laborais, não pôde a questão fugir ao crivo da própria União. Assim, em linha com as preocupações sentidas nos EMs, a UE tem procurado ativamente promover a conciliação das vidas profissional e familiar e regular as novas modalidades de prestação de trabalho³⁹. Contudo, a legislação europeia ainda não respondeu aos impactos negativos da “(hiper)conectividade tecnológica”⁴⁰ na cultura empresarial da atualidade, mas não por falta de esforços nesse sentido. Pois, no rescaldo da aceleração causada pela pandemia à digitalização do trabalho e desmaterialização do escritório⁴¹, em 2021, considerando, precisamente, que à data não existia ainda “legislação específica da União sobre o direito do trabalhador a desligar-se das ferramentas digitais para fins

³⁵ Com exceção do Projeto de Lei do PS, n.º 1217/XIII, a aprovar a Carta de Direitos Fundamentais na Era Digital, do qual se destaca o art. 16.º.

³⁶ No âmbito do debate das alterações ao teletrabalho, a contemplar o direito a desligar: projetos do BE (45/XIV/2.^a que previa, para o trabalho à distância, um dever de desconexão do empregador mediante abstenção de estabelecer comunicações com o trabalhador fora do tempo de trabalho através de ferramentas digitais e disposições práticas para as desligar durante períodos de descanso), do PS (808/XIV/2.^a que previa um acordo entre empregador e trabalhador para fixar, no teletrabalho, um horário dentro do qual o segundo teria direito a desligar todos os sistemas de comunicação de serviço sem represálias), do CDS-PP (797/XIV/2.^a) e da deputada não inscrita Cristina Rodrigues (790/XIV/2.^a que merece destaque).

³⁷ Apesar de o art. 199.º-A ter surgido no âmbito de um diploma que trata o regime do teletrabalho, o legislador, ao introduzi-lo na secção “duração e organização do tempo de trabalho”, garantiu que o seu campo de aplicação ultrapassa aquele, estendendo-se a todos os trabalhadores, sem distinção do setor e moldes em que prestam atividade.

³⁸ Ver nota 7, p. 824.

³⁹ São prova disso a Diretiva 2019/1158 e os Acordos-Quadro sobre o teletrabalho, de 2002, e sobre a digitalização, de 2020, adotados pelos parceiros sociais europeus BusinessEurope, SMEunited, CEEP e ETUC.

⁴⁰ Ver nota 3, p. 149.

⁴¹ Pucheta & Costa, 2023, p. 967.

profissionais, e reconhecendo a existência de uma cultura do «sempre ligado», [com] efeitos prejudiciais para os direitos fundamentais dos trabalhadores”, o PE adotou uma Resolução⁴², que fez acompanhar de uma proposta de Diretiva, apelando à Comissão que desenvolvesse uma lei a conceder aos trabalhadores a faculdade de desligar digitalmente do trabalho sem risco de represálias. A Comissão, entretanto, pronunciou-se sobre a matéria, garantindo, sem mais, que a mesma não ficaria esquecida⁴³. Contudo, os parceiros sociais que, entretanto, se encarregaram do debate, no final de 2023⁴⁴, deram as negociações por concluídas, sem sucesso, hipotecando a probabilidade de um ato legislativo num futuro próximo. A necessidade de consagração expressa da desconexão parece ser o elemento comum entre este desacordo e a inércia da Comissão – até porque estão ainda a ser averiguados os efeitos que o Acordo-Quadro de 2020⁴⁵ sobre a digitalização produziu em termos do exercício do direito a desligar nas empresas. Em defesa daquela encontramos, p.e., Alex Agius Saliba, eurodeputado de Malta, que declarou que a União não pode “abandonar milhares de trabalhadores europeus que estão exaustos por causa da pressão de estar sempre conectados”, estando na “hora de atualizar os direitos dos trabalhadores para que correspondam às novas realidades da era digital”⁴⁶.

1.2. Tempos de trabalho, de descanso e de “terceiro tipo”⁴⁷ – Delimitação de conceitos e articulação com o artigo 199.º-A do CT

Para bem compreender as ramificações do dever de abstenção de contacto é necessário ter clara a matéria da organização do tempo de trabalho, em concreto, o binómio tempo de trabalho/tempo de descanso, uma vez que o interesse que a norma do 199.º-A visa assegurar é o gozo livre e pleno deste último, do qual os trabalhadores cada vez mais têm vindo a ser privados.

A concretização dos conceitos em discussão, pela sua essencialidade – por se reconhecer que o “trabalhador não vive exclusivamente para o trabalho”⁴⁸ – assume-se como “marca de origem”⁴⁹ do DT. “Trata-se [...] da necessária limitação da hétéro-disponibilidade do trabalhador, em nome da liberdade e da dignidade pessoal”⁵⁰. Assim,

⁴² Resolução do PE, de 21/01/2021, que contém recomendações à Comissão sobre o direito a desligar (2019/2181(INL)).

⁴³ Eurofound (2021b).

⁴⁴ SGIEurope’s newflash de 1/12/2023.

⁴⁵ A nosso ver, um AQ é manifestamente insuficiente para implementar um direito-dever de desconexão na UE. Não tem força vinculativa como uma Diretiva, e não contém faculdades ou obrigações concretas. Limita-se a recomendar a prevenção de riscos das TIC e o respeito pelos limites do tempo de trabalho, além de promover uma cultura que evite o contacto fora de horas.

⁴⁶ Comunicado de imprensa do PE, de 21/01/2021.

⁴⁷ A primeira utilização deste termo é atribuída ao autor francês J-E. Ray, 1999, pp. 250 ss.

⁴⁸ Ver nota 2.

⁴⁹ Ver nota 5 (2023, p. 132).

⁵⁰ Ver nota 8, p. 480.

a imposição legal generalizada de limites horários com vista a balizar no tempo a prestação de trabalho remonta a 1919, com o Tratado de Versalhes⁵¹, sob um preceito de justiça social, alcançável apenas pela regulamentação de condições de trabalho dignas. Dali resultou, entre outros, para proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, bem como dos seus interesses, a fixação do que atualmente conhecemos como períodos normais de trabalho diários e semanais⁵². No mesmo ano, acompanhando o decidido no Tratado, a OIT, ali criada, adotou a Convenção n.º 1, quanto à duração do trabalho na indústria, da qual resultam claros os limites anteriormente proclamados de 8h e 48h e, mais tarde, em 1921, impôs o dia de descanso semanal, pelo menos 24 horas seguidas, em cada período de sete dias, quando possível, a coincidir “com os dias consagrados pela tradição ou pelos usos do país ou da região”. Cabe-nos ainda mencionar a DUDH, proclamada em 1948, da qual consta inequívoco, para todo o ser humano, o “direito ao repouso e aos lazeres e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas (art. 24.º). Na Europa temos a CSE(R), através da qual os Estados signatários se comprometeram, em prol da garantia do exercício efetivo do direito a condições de trabalho justas, a fixar uma duração razoável ao trabalho diário e semanal, assegurar o descanso semanal e prever dias feriados e períodos de férias remunerados (art. 2.º). E, em concreto, na UE: a CDFUE – onde está consagrado, para todos, um direito a condições de trabalho justas e equitativas (art. 31.º), saudáveis, seguras e dignas (n.º 1), conseguido através da limitação da duração máxima do trabalho, garantia de períodos de descanso diários e semanais, e de um período anual de férias pagas (n.º 2); e a Diretiva 2003/88/CE do PE e do Conselho que surgiu da necessidade de codificar as prescrições mínimas de segurança e de saúde em matéria de organização do tempo de trabalho, o que fez, com base num princípio geral de adaptação do trabalho ao homem. Do seu conteúdo, destaca-se a definição dos conceitos de tempo de trabalho e de descanso, de seguida analisada, que até hoje vigora. Entre nós, é a própria Constituição que, em linha com o estipulado na Carta, pelo art. 59.º, afirma um direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, concretizável através da previsão legal do direito ao descanso, na alínea d), mais concretamente, de um direito ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas. “Em cumprimento destes comandos constitucionais”⁵³, além dos conceitos de tempo de trabalho e período de

⁵¹ Cfr. Parte XIII.

⁵² Note-se a diferença entre PNT – tempo durante o qual o trabalhador se obriga à prestação da atividade, medido em número de horas, diárias e semanais –, e HT, que representa o modo de organização daquelas, determinado pelas horas de início e termo do PNT diário, incluindo os intervalos de descanso (arts. 198.º e 200.º do CT).

⁵³ Sousa & Moreira, 2018, p. 199.

descanso, o CT prevê um conjunto de normas destinado a garantir a efetivação do mencionado direito⁵⁴, nomeadamente: limites máximos do PNT diário e semanal, de 8 e 40 horas⁵⁵ (art. 203.º); intervalos de descanso diários (art. 213.º) e um intervalo de descanso mínimo entre jornadas de trabalho (art. 214.º); direito ao descanso semanal (art. 232.º) e a férias anuais pagas (arts. 237.º e 238.º). É também neste âmbito de proteção do direito fundamental ao repouso que se enquadra o artigo em estudo, através do qual se restringe a possibilidade de a entidade empregadora invadir a esfera privada do trabalhador, um espaço reservado ao descanso e ao lazer, assim reunindo condições para a sua plena fruição.

Olhando aos conceitos de tempo de trabalho/descanso, constata-se que tanto na Diretiva (arts. 2.º n.ºs 1 e 2), como no CT (arts. 197.º e 199.º) assumem carácter dicotómico, no sentido em que o último se reduz à contraposição do primeiro, tomando como descanso aquilo que não é trabalho, assim se “excluindo⁵⁶ categorias intermédias ou mistas”⁵⁷. Dois aspetos. Primeiro, a delimitação do que é tempo de descanso está dependente da plena compreensão do que é tempo de trabalho, cujo conceito não é claro. Depois, a estratégia do legislador europeu, replicada pelo português, toma como certo que o trabalhador se encontra ou efetivamente a prestar trabalho ou totalmente alheio à sua atividade profissional, a descansar, “no gozo livre do seu tempo de vida”⁵⁸, o que não corresponde à realidade, por desconsiderar figuras como a do ‘trabalhador disponível’. O período chamado de disponibilidade, prevenção, ou “à chamada”, é aquele durante o qual, encerrando “uma dupla dimensão”⁵⁹, se exige do trabalhador que, fora do seu horário de trabalho, permaneça, por um lado, contactável, e por outro, geográfica e/ou temporalmente disponível para, mediante solicitação, em tempo útil, atender a um pedido do empregador. Emerge, portanto, a dúvida de como enquadrar à luz do binómio trabalho/descanso, tempos desta natureza, que não são por inteiro, nem um, nem outro. Especialmente numa época marcada pela expectativa irrealista do “trabalhador conectado e disponível 24 sobre 24”⁶⁰. Para tal, e uma vez que tempo de descanso se define “pela negativa”⁶¹, recorreremos à análise da interpretação que a jurisprudência e doutrina fazem do conceito de tempo de trabalho.

Confrontando as definições de tempo de trabalho adotadas pela Diretiva e pelo CT, cremos que a interpretação possível de retirar dos três segmentos que compõem a

⁵⁴ Para mais, Fernandes, 2018.

⁵⁵ Implementado em 1996 pelo art. 1.º, n.º 1 da Lei n.º 21/96, de 23/07.

⁵⁶ A inadmissibilidade de categorias intermédias é confirmada pelo TJ(UE) no Ac. DELLAS, de 1/12/2005 (proc. C-14/04), §26: é de observar que a referida diretiva não prevê uma categoria intermédia entre os períodos de trabalho e os de descanso.

⁵⁷ Carvalho, 2017, p. 281.

⁵⁸ Expressão de Leal Amado, 2018, p. 469.

⁵⁹ Ver nota 53, p. 196.

⁶⁰ Ver nota 6, p. 474.

⁶¹ Ver nota 57.

primeira, cuja natureza cumulativa ou alternativa não foi ainda cabalmente esclarecida – (i) *trabalhador está a trabalhar* (ii) *ou se encontra à disposição da entidade patronal* (iii) *e no exercício da atividade ou das suas funções*⁶² –, é mais restrita do que aquela que decorre dos dois critérios alternativos constantes da segunda⁶³ – (i) *trabalhador exerce a atividade* (ii) *ou permanece adstrito à realização da prestação*. Isto porque, ao não incluir a parte final da definição adotada na diretiva, o legislador nacional, ainda que não o antecipando, abriu portas à possibilidade de o preceito ser lido no sentido de poderem integrar o conceito de tempo de trabalho duas situações distintas: o trabalho efetivo e a disponibilidade para prestar trabalho. Já o legislador da UE, através do uso de uma conjunção copulativa entre os dois últimos segmentos, limitou as situações de disponibilidade do trabalhador passíveis de integrar tempo de trabalho aos períodos em que aquele se encontra, de alguma forma, no exercício da sua atividade ou das suas funções ainda que para tal baste, como veremos de seguida, a presença física no local de trabalho.

Para se posicionar nesta querela, o TJ(UE) assentou a sua análise no pressuposto de que existem dois cenários de disponibilidade – quando se exige a presença do trabalhador em local determinado pelo empregador (“tempo de permanência na empresa”⁶⁴) e quando o trabalhador, apesar de acessível para a qualquer momento prestar trabalho, é livre de escolher o espaço onde irá permanecer (“tempo de localização”⁶⁵). Partindo desta divisão, o critério da presença física no local de trabalho norteou todas as decisões daquele Tribunal, pelo que, quando chamado a pronunciar-se em relação aos períodos de prevenção, por várias vezes reiterou que o tempo de permanência sempre será, na sua totalidade, tempo de trabalho⁶⁶, e o tempo de localização, considerando que, em teoria, o trabalhador mantém suficiente autonomia para o gerir, tempo de descanso⁶⁷. E assim o fez, até a um *mui* relevante aresto de 2018⁶⁸ no âmbito do qual – confrontado com o caso de um bombeiro que, durante os períodos “à chamada”, que eram constantes, tinha a obrigação de, caso convocado, apresentar-se no quartel em oito minutos ou menos – expressamente considerou tempo de trabalho um período de disponibilidade durante o qual o trabalhador não estava obrigado a

⁶² Critérios espacial, de autoridade e profissional, respetivamente, conforme Catarina Carvalho (2017).

⁶³ Assim, Zenha Martins, 2017, p. 228.

⁶⁴ Baptista, 2002, p. 40 e Rouxinol & Vicente, 2019, pp. 806-812, p. ref. ao Ac. SIMAP.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Cfr., a título de exemplo, Ac. JAEGER do TJ(UE), de 9/09/2003, proc. C-151/02.

⁶⁷ A este respeito, o §50 do Ac. SIMAP do TJ(UE), de 3/10/2000, proc. C-303/98, determina que a possibilidade de o trabalhador gerir o seu tempo com menos constrangimentos e dedicar-se aos seus próprios interesses é bastante para se depreender que o período em causa não será de considerar-se tempo de trabalho.

⁶⁸ Caso MATZAK, de 21/02/2018, proc. C-518/15: o art. 2.º da Diretiva 2003/88 deve ser interpretado no sentido de que o período de prevenção que um trabalhador passa no domicílio com a obrigação de responder às chamadas da entidade patronal num prazo de 8 minutos, restringindo muito significativamente as possibilidades de ter outras atividades, deve ser considerado “tempo de trabalho”.

permanecer no local de trabalho. Isto, porque seria insensato classificar como “de descanso” um período em que o trabalhador está severamente limitado no seu poder de decisão e nas suas movimentações. Mas, na mesma decisão que parecia anunciar futuros entendimentos menos estanques, o TJ(UE) pronunciou-se quanto à interpretação do art. 15.º da Diretiva, de epígrafe “disposições mais favoráveis”, que dava a entender uma intenção de atribuir às suas disposições carácter mínimo, e vedou aos EMs a possibilidade de adotar uma definição menos restrita do conceito de tempo de trabalho ali enunciada. O que, sejamos honestos, dado o objetivo da Diretiva, de prevenção e proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, e a relevância, nesse âmbito, do usufruto do necessário repouso, não se entende⁶⁹. De todo modo, da jurisprudência MATZAK, podemos retirar que o constrangimento causado ao trabalhador por exigências de um grau de disponibilidade tal que permita a atuação imediata face às solicitações do empregador resulta na perda do domínio de um tempo que, por isso, não se deve considerar de descanso. Até porque, conforme estabeleceu o TRC, “a linha de fronteira entre o ‘tempo de trabalho’ e o ‘tempo de descanso’ situa-se naquele momento em que o trabalhador adquire o domínio absoluto e livre⁷⁰ da gestão da sua vida privada”, o que não existe à luz do regime de disponibilidade, e nunca existirá se o trabalhador estiver sempre à mercê de um possível contacto que obrigue à suspensão do seu repouso. Aliando esta conclusão à amplitude da definição de tempo de trabalho no Direito português, poder-se-ia esperar dos Tribunais nacionais um posicionamento distinto do Europeu, no entanto, a escassa jurisprudência a este respeito surge, na sua maioria, em sentido igual àquele, i.e., da não consideração do período de disponibilidade como tempo de trabalho⁷¹. Ainda assim, destaca-se uma decisão na qual o órgão jurisdicional⁷² expressamente condenou um cenário de disponibilidade que se provou abusivo, reconhecendo-o como clara violação do direito ao repouso, por desorganizar a vida pessoal do trabalhador e causar sérios danos à sua saúde.

⁶⁹ Também não se compreendem, ainda que atenta a necessidade de proceder a uma cuidada avaliação casuística, decisões como a proferida em aresto de 2021, pela qual o Tribunal determinou não causar constrangimento suficiente para se considerar tempo de trabalho aquele em que se exige do trabalhador a apresentação no local de trabalho num prazo máximo de dez minutos após interpelação do empregador (MG contra Dublin City Council, de 11/11/2021, proc. C-214/20).

⁷⁰ Sublinhado nosso.

⁷¹ Neste sentido, Acs. do STJ, de 23/02/2005, proc. n.º 04S3164; do TRL, de 13/01/2016, proc. n.º 7421/14.0T8LSB.L1-4, de cujo sumário se retira: “Se o trabalhador estiver disponível no local de trabalho, a sua disponibilidade está directa e exclusivamente ligada à prestação de trabalho, ainda que potencial; se aguardar em casa um eventual contacto para ir prestar trabalho a sua disponibilidade para o trabalho não é total mas repartida com as actividades que aí entenda realizar, quer no âmbito restritamente pessoal, quer noutros, designadamente familiar mas também social”; do TRC, de 8/11/2007, proc. n.º 482/05.4TTVIS.C1, onde se lê: “A disponibilidade para o trabalho que releva para o efeito de ser considerada como tempo de efectivo trabalho é a disponibilidade física do trabalhador nas próprias instalações da empresa e no exercício da sua actividade ou função”; e do TRE, de 30/08/2012, proc. n.º 155/11.9T2SNS.E1.

⁷² Ac. do TRP, de 24/01/2018 – proc. n.º 2066/15.0T8PNF.P1 – que introduziu no panorama jurisprudencial nacional a expressão “escravatura eletrónica”.

Afastada da visão redutora da jurisprudência, a corrente doutrinal⁷³ que entre nós se destaca e à qual aderimos, postula uma interpretação no sentido de, em circunstância alguma, o período de disponibilidade poder considerar-se como sendo verdadeiro tempo de descanso, por não o ser de forma incondicionada, na medida em que requer que o trabalhador gire a sua vida pessoal em torno dos constrangimentos de tempo e espaço a que fica sujeito, bem como num estado de alerta permanente. Alinhado com este entendimento, encontramos o Comité Europeu dos Direitos Sociais que, chamado a interpretar a CSE(R), no seguimento de uma reclamação coletiva⁷⁴, concluiu pela não conformidade àquela do regime legal de *astreinte*⁷⁵, um período de disponibilidade, sem presença obrigatória no local de trabalho, contabilizado para efeitos do cálculo dos períodos mínimos de descanso. Para tal sustentando que a ausência de trabalho efetivo não basta para que o mesmo se considere de descanso, sob pena de violação do direito a uma duração do trabalho razoável⁷⁶. Contudo, também não validou a sua integração no conceito de tempo de trabalho. Em todo o caso, daqui se extrai, como conclui Catarina Carvalho, que “a interpretação restritiva realizada pela maioria da nossa jurisprudência relativamente à qualificação dos ‘regimes de localização/chamada’, embora compatível com o direito da UE, viola a CSER”⁷⁷.

Do exposto, é correto afirmar que os períodos de disponibilidade se caracterizam pela particularidade de ficarem aquém da prestação de trabalho efetivo, mas irem além da total liberdade do trabalhador para usufruir do seu tempo de repouso, pelo que, “se, por um lado, parece pacífico afirmar que o trabalhador não se encontra a trabalhar, a verdade é que, por outro lado, é com alguma dificuldade que afirmamos que o trabalhador se encontrará a descansar”⁷⁸. A própria *ratio* do art. 199.º não se coaduna com cenários regulares de disponibilidade, pois se descanso se define, em remanescência, pela ausência de trabalho, tal deverá corresponder a uma “insusceptibilidade genérica”⁷⁹ de interferência por parte da entidade empregadora – com exceção dos casos em que a lei a admita expressamente –, bem como à correspondente expectativa do trabalhador, agora, de modo expreso, juridicamente protegida, de não ser contactado e poder verdadeiramente desligar. Afinal, a delimitação do tempo de trabalho constitui também a delimitação do tempo de subordinação⁸⁰, pois o tempo que o trabalhador aliena à sua entidade empregadora não pode corresponder à total e absoluta disponibilidade, numa lógica de que o trabalho existe para o homem e

⁷³ Entre outros, Catarina Carvalho, Zenha Martins, António Vilar, Liberal Fernandes.

⁷⁴ Reclamação coletiva n.º 55/2009 apresentada pela *Confédération Générale du Travail* contra França.

⁷⁵ Atualmente previsto nos arts. L3121-9 e L. L3121-10 do *Code du Travail*.

⁷⁶ Art. 2.º, n.º 1 da CSER. A este respeito, Carvalho, 2017.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 312.

⁷⁸ Ver nota 53, p. 204.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 232.

⁸⁰ Neste sentido, Gomes, 2007, p. 650 e Palma Ramalho, 2023, p. 461.

não o oposto. Exigir que o trabalhador, fora do seu horário e local de trabalho, permaneça vinculado às obrigações decorrentes da relação laboral, sempre nos parece uma “situação nebulosa que defrauda os objetivos legais da limitação do período normal de trabalho e aniquila os espaços de repouso necessários”⁸¹. A adoção de um tempo de “terceiro tipo” permitiria autonomizar aqueles que não são de trabalho efetivo, mas acarretam para o trabalhador ónus – entre outros, condicionamentos espaciotemporais – assim evitando o atropelo dos períodos de descanso.

2. DA NECESSIDADE

A massificação do recurso a meios tecnológicos, no geral, mas em particular enquanto instrumento de trabalho, “tem implicado”, em simultâneo, “a fragmentação do trabalho, tanto no que se refere aos aspetos espaciais, quanto no que diz respeito aos aspetos temporais”⁸², e a instrumentalização do trabalhador, que passa a ter-se como mera fonte de informação e meio de produção, despidido da sua humanidade em prol de interesses organizacionais e económicos⁸³. Consequentemente, os limites legal e tradicionalmente impostos ao tempo de trabalho, que determinam, por defeito, os tempos de descanso, perderam a sua força, e a consagração constitucional de um direito ao repouso e aos lazeres não foi suficiente para o travar.

A facilidade e rapidez de requisição de trabalho e correspondente possibilidade de, em resposta, o prestar de forma igualmente célere, a partir de qualquer lugar, quando unida a uma “aspiração ou necessidade por parte dos empregadores de alargar a flexibilidade laboral numa economia globalizada que funciona 24h por dia e 7 dias por semana”⁸⁴ e “não equacionadas com a conciliação da vida laboral e pessoal dos trabalhadores e com a tutela da segurança e saúde no trabalho”⁸⁵ constitui, assim, uma das maiores ameaças à preservação de direitos fundamentais da atualidade. Conforme o comprovam, a título exemplificativo, alguns números de 2018⁸⁶. À data, num universo de 5196 trabalhadores, dos quais 768 portugueses: 78% destes confessaram trabalhar além do término da jornada laboral – pois grande parte do trabalho termina apenas em casa – incluindo, para 61%, durante as férias, assim assumindo Portugal, no grupo em estudo, a posição de segundo país europeu em que mais trabalhadores levam trabalho para casa; mais de 45% concluiu que os aparelhos tecnológicos disponibilizados pelas empresas impactam negativamente a sua vida pessoal; e 66% dos inquiridos admitiu

⁸¹ Ver nota 63, p. 214.

⁸² *Ibidem*, p. 209.

⁸³ Em linha com o entendimento de Teresa Coelho Moreira, 2016b.

⁸⁴ Ver nota 3 (2017, p. 9).

⁸⁵ *Ibidem*, p. ref. à Resolução do PE, sobre um Pilar Europeu dos Direitos Sociais (2016/2095 (INI)).

⁸⁶ Cfr. artigo do *Público* de 2018, em relação a estudo levado a cabo pela consultora Michael Page, com vista a avaliar o impacto da carreira na vida pessoal dos trabalhadores, no qual foram inquiridos trabalhadores de 13 países europeus.

atender chamadas do trabalho independentemente do dia da semana; sendo que, quando questionados relativamente ao porquê de consultarem/utilizarem instrumentos de trabalho durante períodos de descanso, 85% respondeu ter “responsabilidades que os obrigam a estar contactáveis”, e 26% disse sentir-se obrigado a tal, com receio de represálias ou de que o empregador viesse a valorizar menos a sua posição na empresa. Daqui se retira que, da parte do trabalhador, que viu invadida a sua vida privada e o seu tempo de vida regularmente desconsiderado, comprimido de tal forma que o tempo de descanso deixou de corresponder a “tempo de repouso absoluto”⁸⁷, surgiu uma urgente necessidade de proteção, a qual cabe ao Direito assegurar. cremos que a tendência de reduzir o Homem à sua condição de trabalhador por exigências de uma sua “omnipresença digital”⁸⁸, traduzida no recurso abusivo das TIC para contacto ‘fora de horas’, é um problema jurídico unanimemente reconhecido. Ainda assim, a necessidade de consagração da desconexão enquanto novo direito não é consensual. Isto porque, à luz do entendimento de Leal Amado⁸⁹, bem acolhido pela restante doutrina nacional^{90/91}, e no qual, essencialmente, nos revemos, a desconexão deveria verificar-se como “efeito natural da limitação da jornada de trabalho”. Pois, de acordo com a sua *ratio*, o período de descanso, sempre seria equivalente a um “período de *do not disturb patronal*”⁹², e consagrar a desconexão enquanto novo direito era assumir, erradamente, que, até ali, o empregador podia livremente interpelar o trabalhador fora do seu horário de trabalho. Mas tal não já não mais corresponde à realidade, pois que as tradicionais garantias laborais foram desenhadas numa época que em nada se assemelha ao mundo do trabalho que hoje conhecemos. Assim, mostra-se imperioso atualizá-las, recuperar a sua efetividade em face da revolução digital, assumir a desconexão como “versão virtual do período de descanso”⁹³. “O que está em causa é tão só” o total desrespeito, pela sua falta de assertividade, “de direitos já existentes”. Temos, portanto, “um problema de controlo efetivo” daquele, e necessidade de “positivar novas formas de garantir desconexão

⁸⁷ Expressão de Gérard Lyon Caen, em “La crise du droit du travail” de 1980, adaptada por Zenha Martins, 2017, p. 209.

⁸⁸ Ver nota 2.

⁸⁹ Ver nota 6, pp. 476-479.

⁹⁰ P.e.: nota 5 (2023, p. 153); Carvalho, 2022, pp. 11 e 12; Palma Ramalho, 2023, pp. 461-463, que mesmo desmerecendo a consagração expressa de um direito à desconexão por defender que este resulta implícito dos limites legalmente impostos ao tempo de trabalho – os quais deveriam indicar ao empregador que, fora deles, o trabalhador não está nem tem que estar à sua disposição – e dos princípios gerais orientadores dos regimes de tempo de trabalho, parece concordar com a “aproximação ao tema na perspetiva do empregador”.

⁹¹ E não só, p.e., Ugarte Catalgo, 2024, pp. 3-4, defende que o direito à desconexão começa onde termina a jornada laboral, definindo-o como reverso do tempo de trabalho, mas defende a sua consagração expressa, possivelmente como novo direito fundamental – por lhe reconhecer um alcance superior ao do direito ao repouso –, tanto na perspetiva do trabalhador (obstar ao fluxo comunicacional) como do empregador (abster-se de contactar) e louva a abordagem “inérita” portuguesa.

⁹² Ver nota 6, p. 477. Também assim: Moreira, 2023, pp. 131 e 136, e Cruz, 2022, p. 50, que recorda que período de descanso corresponde àquele durante o qual o trabalhador não está contratualmente obrigado a permanecer disponível para prestar trabalho.

⁹³ Ver nota 6, p. 478.

profissional”⁹⁴. *Prima facie*, a necessidade de proclamação deste direito-dever decorre de um generalizado comportamento do empregador – que carece de ser disciplinado – de promoção do “bombardeamento permanente” de ordens de serviço, ou informações com este relacionadas, “fora do tempo de trabalho contratualizado”⁹⁵. Pelo que também sobre aquele deverá recair o ónus de assegurar que tal deixa de suceder. Neste mesmo sentido, Nunes De Carvalho teceu críticas àquele que é considerado um direito fundamental de nova geração⁹⁶, para tal sustentando que, perante a “aplicabilidade directa do regime geral de duração e organização do tempo de trabalho, incluindo o que representa a concretização das regras constitucionais sobre direito ao repouso e aos lazeres, o direito [à desconexão] é oco”⁹⁷. Mesmo J.-E Ray, a quem é atribuída a concetualização daquele, em textos mais recentes⁹⁸, tem proposto uma abordagem distinta face à “garantia da efectivação do direito ao repouso e aos lazeres”, no sentido de prescindir da “afirmação de um verdadeiro direito” e antes pugnar pela concretização de regras comportamentais “que limitem os poderes patronais”⁹⁹, em especial, no que concerne ao contacto fora do tempo de trabalho. Também Liberal Fernandes reconheceu o modo como as TIC, enquanto “meio de invasão da vida privada”¹⁰⁰, vieram colocar em crise a eficácia das normas reguladoras do direito ao repouso. Daí a “necessidade de novos conceitos dirigidos a contrabalançar as repercussões do sistema de conectividade nas relações de trabalho e proporcionar um novo e adequado equilíbrio contratual (e social) entre os diretos intervenientes”¹⁰¹, destacando-se, como “porta estandarte desse novo objetivo”¹⁰², o direito à desconexão. Ainda assim, em linha com a nossa visão, mostrou reservas quanto à natureza e foco da consagração da desconexão, concluindo que com esta se pretende não a reposição da “eficácia plena das garantias tradicionalmente ligadas ao horário de trabalho e ao período de trabalho contratualizado”, mas sim a restrição do “uso abusivo por parte das empresas das novas tecnologias”¹⁰³.

Entre o total desmerecer da necessidade de consagrar a desconexão, por esta resultar implícita do direito ao repouso e tal bastar, e a defesa da consagração daquela enquanto novo direito fundamental da era digital, posicionamo-nos junto da corrente doutrinária ora vertida, que reconhece a urgência do ser e sentir-se livre para desconectar sem receio de represálias, mas sob a forma de dever da entidade empregadora em

⁹⁴ Ver nota 7, p. 822.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 821.

⁹⁶ Dagnino & Moscaritlo, 2016.

⁹⁷ Ver nota 4, pp. 137 e 138.

⁹⁸ Ray, J.-E. (2016).

⁹⁹ Ver nota 4, p. 139.

¹⁰⁰ Ver nota 3 (2017, p. 15).

¹⁰¹ *Idem* (2022, p. 148).

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Idem* (2017, pp. 10 e 11; 2022, p. 148).

complemento e modernização das garantias tradicionais. Até porque, a “preservação do espaço delimitado” por aquelas, “pode [e deve] envolver acções positivas”, nomeadamente, “de tomada de medidas organizativas para assegurar a efetividade da protecção”¹⁰⁴. De igual forma, Poletti¹⁰⁵ escreveu que “as modalidades de desenvolvimento da actividade laboral, perdendo a ancoragem na colocação fixa do trabalho e no horário fraccionado em partes da jornada, podem tornar menos incisivas certas técnicas de tutela ou exigir a sua especificação ou, ainda, evidenciar ângulos até há pouco pensados”. O que se espera da desconexão é, portanto, que atue como um “novo instrumento dirigido a adaptar a organização do trabalho a uma [igualmente] nova realidade e cultura económica”¹⁰⁶.

Assim fez o legislador português: consagrou a desconexão, não como direito do trabalhador, mas como um dever de não contactar, por forma a permitir desconectar, endereçando diretamente o cerne do problema jurídico levantado pelas TIC, i.e., a sua utilização abusiva, consubstanciada em comportamentos, mais do que indesejados, censuráveis, inclusive à luz da lei constitucional, das entidades empregadoras – e no âmbito destas praticados – restringindo a sua atuação, de volta às barreiras, entretanto quebradas, do horário e período normal de trabalho. E não é de estranhar que a lei associe a garantia do repouso ao cumprimento, pelo empregador, de certas imposições, pois que é a este que cabe zelar pela proteção da segurança e saúde dos seus trabalhadores, o que passa, também e em especial, pela preservação do tempo destinado à sua recuperação física e psicológica.

2.1. O advento das “novas” tecnologias de informação e comunicação

O advento das TIC e sua acelerada proliferação no mundo do trabalho alterou significativamente a cultura do tecido empresarial que, num mundo com cada vez menos fronteiras e mais competitividade, ambiciona dar resposta às exigências de um novo cliente – pressuroso, ubíquo, disperso por diferentes geografias, com “novos padrões de consumo” –, no mais curto prazo. Falamos de uma cultura de urgência, do “presencismo digital”¹⁰⁷, da teledisponibilidade, que cada vez mais exige ao trabalhador uma sua maior “implicação [...] na vida da empresa”¹⁰⁸. Assim, o empregador tem vindo a desenvolver novas formas de organização do capital humano, procurando construir equipas com “elementos disponíveis para”, fora da jornada laboral, “prestarem trabalho caso tal se revele necessário”¹⁰⁹. A conexão tornou-se inimiga do descanso, e a digitalização veio

¹⁰⁴ Ver nota 4, p. 139.

¹⁰⁵ Poletti *apud* Nunes de Carvalho, 2020, p. 138.

¹⁰⁶ Ver nota 3 (2017, p. 15).

¹⁰⁷ Ver nota 4, p. 36.

¹⁰⁸ Ver nota 5 (2016a, p. 11).

¹⁰⁹ Ver nota 53, p. 196.

despir de eficácia o “quadro tradicional da organização de tempos de trabalho”¹¹⁰, recuperável, apenas, através da adequada regulação da utilização das TIC, no sentido de evitar intromissões do trabalho na esfera privada e retomar o conceito de repouso ao qual alude a nossa Constituição, assim preservando os bens jurídicos que originalmente quis assegurar – a conciliação vida profissional/vida pessoal e a saúde e segurança do trabalhador.

Note-se que a tecnologia ao serviço do trabalho, em si, é neutra, i.e., não é aquela que ameaça os direitos dos trabalhadores, mas sim todos nós ao promover, normalizar e/ou permitir a sua utilização indevida, pois que “as inovações tecnológicas só dependem da utilização que lhes é dada pelo homem”¹¹¹. A própria “defesa do direito à desconexão é algo que tem implícito o reconhecimento de que o uso que as empresas fazem dos meios de comunicação ligados à internet se desvia” dos normativos laborais, constitucionais e europeus¹¹², porquanto o tempo de descanso pressupõe a ausência de trabalho, em todas as suas vertentes, incluindo o cumprimento de deveres específicos inerentes àquela¹¹³, de entre os quais, p.e., consultar canais de comunicação profissional, ou estar disponível para receber chamadas.

2.1.1. ... e o esbater da fronteira vida profissional/vida pessoal

“As novas tecnologias de informação destroem a definição de quadros espaço-temporais definidos e as fronteiras entre a vida profissional e a pessoal estiolam.”¹¹⁴

A barreira que em tempos dividia tão claramente o tempo de prestação de trabalho dos tempos de descanso e lazer tem vindo a esvanecer, junto com a desmaterialização do local de trabalho, na medida em que atividades marcadamente intelectuais passam a poder realizar-se a qualquer momento e em qualquer lugar. Isto, a par das novas exigências do mercado, resultou para o empregador numa “sensação de poder” contactar o trabalhador mediante uma qualquer sua necessidade, independentemente do dia e hora, em prol do aumento da produtividade e às custas do constrangimento do repouso e vida pessoal. E se por um lado há muito existem regimes de organização de trabalho flexíveis, como é o caso da IHT para benefício do empregador, do trabalhador, ou de ambos, e sempre se tenha prestado trabalho suplementar quando tal se justifique necessário, não é disso que aqui se trata – e, note-se, “nada impede que um trabalhador

¹¹⁰ Ver nota 3.

¹¹¹ Ver nota 5, p. 72.

¹¹² Ver nota 3 (2017, p. 14).

¹¹³ Durante os períodos de descanso a própria subordinação jurídica fica em *stand by*, por forma a que o trabalhador recupere, na totalidade, a sua autonomia, o que significa que prevalecem apenas, decorrentes da relação laboral, deveres gerais, p.e., de urbanidade e lealdade, mas suspendem-se os adstritos à efetiva prestação de trabalho, e ainda os contrapostos ao poder de direção do empregador, como é o dever de obediência, pois que este é também balizado pelos limites da jornada laboral e não pode violar as garantias do trabalhador nem incidir sobre a esfera pessoal daquele.

¹¹⁴ Ver nota 63, p. 209.

em regime *standard* opte, por sua livre e espontânea vontade, por realizar, em tempo que é seu e nas condições que escolha, atividades relacionadas com o seu trabalho”¹¹⁵ – o que está em causa é a prestação de trabalho informal, não remunerado, além dos limites contratualizados.

Não negando as diversas vantagens que uma organização flexível do trabalho pode oferecer em termos de, p.e., autonomia, não podemos ignorar os sérios riscos que se lhes contrapõem, nomeadamente: (i) a “transformação da distribuição do tempo de trabalho numa realidade difusa e fragmentada”¹¹⁶, porquanto uma maior flexibilidade na organização do tempo de trabalho torna menos clara a sua delimitação; (ii) a “artificialidade da oposição tempo de trabalho/tempo de descanso”¹¹⁷, conforme decorre da Diretiva sobre o tempo de trabalho e do art. 199.º do CT; (iii) a crescente tendência para o trabalho se assumir como obrigação de resultado e não obrigação de meios¹¹⁸; (iv) um maior volume e intensidade de trabalho; (v) o aumento da disponibilidade para o prestar – pois que esta é, direta ou indiretamente, exigida – sob a forma de hiperconectividade, com todas as consequências nefastas que daí decorrem; (vi) uma consequente e inevitável “extensão do tempo de trabalho para além do contratualizado – “tendencialmente gratuita”¹¹⁹ –, que se traduz no aumento efetivo do número de horas de trabalho prestadas¹²⁰; (vii) a correspondente compressão do tempo de descanso e diluição da fronteira vida profissional/vida pessoal, perturbando os “períodos habitualmente reservados” ao repouso, ao lazer e à família¹²¹. Tudo isto se reflete na conclusão antagónica de Zenha Martins, “se as pessoas são cada vez mais livres, mas estão reféns da tecnologia, hoje trabalha-se mais horas e por mais anos”¹²², o que influi, direta e negativamente, na dimensão pessoal do trabalhador, que cada vez mais abdica da sua autodeterminação e tempo de vida em prol da empresa e cada vez menos encontra espaços para se entregar aos seus interesses e meios familiar e social. Tem-se, portanto, verificado o fenómeno contrário ao pretendido com a emergência das TIC, e a tão desejada flexibilização do trabalho provou ser o verdadeiro “pau de dois bicos” – o trabalhador paga tal abstrata liberdade com a erosão dos tradicionais limites e uma sua constante acessibilidade¹²³. Pese embora a digitalização tenha o potencial de desenhar soluções de adaptação do trabalho ao trabalhador enquanto pessoa, uma sua utilização desregrada, sempre resultará, como se tem visto, no oposto. Cabe ao Direito reverter esta

¹¹⁵ Ver nota 4, p. 148.

¹¹⁶ Ver nota 3 (2017, p. 13).

¹¹⁷ Ver nota 4, p. 130.

¹¹⁸ Ver nota 113.

¹¹⁹ Ver nota 3, p. 148.

¹²⁰ A este respeito, Eurofound (2021a) e relatório conjunto OIT-Eurofound (2017).

¹²¹ Ver nota 3 (2017, p. 10).

¹²² Ver nota 63, p. 210.

¹²³ Ahlers, 2017, p. 92.

tendência e impedir o nascimento, permitam-nos a hipérbole, de “quase um novo tipo de escravidão que, embora de feição diferente, está a colocar em causa um dos primeiros direitos consagrados dos trabalhadores, a um descanso efetivo entre jornadas de trabalho”¹²⁴.

2.1.2. ... e a saúde e segurança no trabalho – desafios da era digital

Os riscos, num sentido coloquial, que associámos anteriormente à utilização desadequada, não informada e abusiva, das TIC, encontram correspondência direta, agora num sentido técnico-jurídico, a fatores de risco psicossociais do trabalho, no caso, “derivados [da categoria de risco] condições e organização do trabalho”¹²⁵, como são aqueles “que respeitam à duração e organização do tempo de trabalho, à associação do tempo ao volume de trabalho” e outros como a “perceção” que o trabalhador tem do “seu papel na organização”¹²⁶ e a pressão que daí decorre num sentido de se ‘provar valioso’. Relevam ainda, neste sentido, fatores de risco pessoais tais como o grau de envolvimento da pessoa no trabalho, possivelmente aditivo, mormente a dificuldade de desligar e manter o equilíbrio entre as vidas profissional e pessoal/familiar. O próprio recurso às TIC enquanto instrumento de trabalho tem vindo a ser reconhecido como novo risco profissional¹²⁷. Na sua maioria falamos, portanto, de riscos de natureza psicossocial e, no último caso, também ergonómica, que, quando não devidamente identificados e eliminados/minimizados – numa lógica de prevenção –, podem resultar em doenças ocupacionais do foro da saúde mental, como são a ansiedade, a depressão e o *burnout*, conduzir a problemas de saúde derivados da exposição prolongada a ecrãs e ainda, em casos extremos, a patologias cardiovasculares causadas pelo stress¹²⁸ e outras, por debilitação do sistema imunitário decorrente da privação de sono e descanso suficiente¹²⁹. Neste âmbito, a OIT apontou, como desafios decorrentes da digitalização para a SST, preocupações como “o sentimento de ter de estar ‘disponível’ a qualquer momento, um maior desequilíbrio entre a vida pessoal e a vida profissional, stresse tecnológico, dependência e sobrecarga tecnológica”¹³⁰. Quanto ao descanso suficiente, e como prova da “importância conferida à regulação” e estreita (de)limitação “do tempo

¹²⁴ Ver nota 5 (2016a, p. 10). Também assim: d’Angelo, 2020, p. 255.

¹²⁵ Costa, 2020, p. 5.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹²⁸ No Japão, existe um termo – “karoshi” – que significa “morte por excesso de trabalho” e dá nome a um fenómeno social, que inicialmente marcou a sociedade japonesa, mas, entretanto, já se faz sentir em vários outros países, caracterizado pela morte prematura de trabalhadores devido a acidentes cardiovasculares/suicídio pela sobrecarga de trabalho, total negligência do repouso e níveis de stress exorbitantes. Para exemplos reais e quanto à magnitude, atualidade e proximidade da questão: Pfeffer, 2018, pp. 119-122.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 124 e Secunda, 2019, p. 14.

¹³⁰ OIT, 2019, p. 32.

de trabalho no âmbito da [SST]”¹³¹, cabe-nos alertar que o conceito surge de forma expressa na Diretiva 2003/88/CE, mas não foi transposto para o ordenamento jurídico nacional¹³². Ora, para a UE, “todos os trabalhadores devem beneficiar de períodos de descanso suficientes”, i.e., “suficientemente longos e contínuos [...] para não prejudicarem a saúde, a curto ou a longo prazo, por cansaço ou ritmos irregulares de trabalho”¹³³. E se, à data em que este preceito foi concebido, estava pensado para os danos físicos decorrentes do trabalho, a verdade é que hoje, e cada vez mais, se destaca a saúde mental do trabalhador.

Conforme o refere Zenha Martins, os riscos ocupacionais surgem “socialmente contextualizados”¹³⁴ e deve haver uma preocupação de constante atualização. No caso, aqueles que se referem à “laboração digitalizada”, surgem da sobrecarga laboral¹³⁵ de uma presença constante do trabalho em dispositivos que nos acompanham, da simplicidade com que o empregador invade a esfera privada daquele, tudo isto “facilitado pelas NTIC”¹³⁶. A incapacidade de desligar, derivada da pressão – e sensação de dever¹³⁷ – para permanecer atento, contactável, disponível para dar resposta, em tempo útil, a solicitações da entidade empregadora, além de proporcionar elevados graus de stress, impede o trabalhador de descansar plena, adequada e suficientemente, propiciando cenários de fadiga crónica. Cabe aqui mencionar: os riscos derivados da utilização excessiva e inadequada¹³⁸ de instrumentos tecnológicos¹³⁹ (“tecnostress”¹⁴⁰) – tais como a sobrecarga cognitiva¹⁴¹ (“infobesidade”, “infoxicação”¹⁴² ou *data smog*¹⁴³), a dependência tecnológica (tecnoadição) e a fadiga digital, que pode decorrer destes dois últimos e se manifesta tanto psíquica como fisicamente através de sintomas como sensação de cansaço e esgotamento mental quase permanente, sentimentos de saturação

¹³¹ Ver nota 2, p. 131.

¹³² Ver nota 57 (2006, p. 45).

¹³³ Cfr. art. 2.º, n.º 9.

¹³⁴ Ver nota 63 (2021, p. 53).

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Manzano Santamaría, 2016, p. 38.

¹³⁸ Que, no fundo, resulta precisamente de um mau ambiente de trabalho e deficiente organização daquele, conforme salienta González Cobadela, 2016, p. 268.

¹³⁹ Até porque as ferramentas de trabalho constituem uma componente fundamental do risco profissional, e, ao passo que as manuais estão mais associadas ao esforço e dano físico, as tecnológicas relacionam-se com riscos de natureza psicossocial, em especial considerando que a pessoa trabalha com uma representação virtual da realidade através da tela do computador, que a cada dia se torna mais difusa e abstrata, conforme assinala Pinilla, 2016, p. 61.

¹⁴⁰ Martínez Selva 2016, p. 127.

¹⁴¹ Condição de quem recebe mais informação do que aquela que consegue processar, por ser exposto, em simultâneo, p.e., à realização de várias tarefas complexas, com conteúdo distinto. As consequências da infoxicação incluem diminuição da capacidade de processamento e análise (lentidão cognitiva), dificuldade de concentração, de definir prioridades e tomar decisões, o que pode gerar stress, fadiga psicoemocional, confusão mental e falta de clareza (*brain fog*) e causar distúrbios psicológicos como a ansiedade e o *burnout*.

¹⁴² Ver nota 137, p. 44.

¹⁴³ Termo cunhado por David Shenk em obra de 1997, “Data smog: Surviving the information glut” que se refere à sobrecarga de informação na era digital e o seu efeito prejudicial na nossa saúde e sistemas cognitivos.

e angústia, dificuldades de concentração, distúrbios de sono, cefaleias, olhos secos e visão turva –; e os associados ao fenómeno “*work - life blending*”¹⁴⁴, dos quais destacamos a frustração resultante do “conflito de papéis” e do “*work-to-family interference*”¹⁴⁵.

Ora, o Direito da SST visa a prevenção de riscos profissionais, proteção e promoção da saúde do trabalhador: assim, quando a lei atribui ao empregador tal responsabilidade, o que faz, p.e., através dos art. 59.º n.º 1 al. c) da CRP e 281.º n.ºs 1 e 2 do CT e na Lei n.º 102/2009, isso “comporta uma dupla vertente: negativa – no sentido em que está obrigado a abster-se de qualquer prática ou comportamento que ponha em risco a saúde do trabalhador”, incluindo “deveres de omissão/abstenção quanto a potenciais riscos – e positiva – no sentido em que deve adotar todas as medidas preventivas que se afigurem necessárias para que esteja assegurada a segurança e saúde do trabalhador, proporcionando-lhe um meio ambiente de trabalho seguro”¹⁴⁶. Uma prática recente designada *leaveism*¹⁴⁷, que veio juntar-se ao conjunto absentismo¹⁴⁸ e presenteísmo¹⁴⁹, ilustra na perfeição os reflexos negativos do trabalho da era digital no ambiente laboral, e abrange situações como: (i) o uso de folgas e férias pelo trabalhador para se ausentar do trabalho quando não está bem, sendo que esse não é nem pode ser a finalidade desse direito, (ii) levar trabalho para casa que não foi possível completar durante a jornada laboral, em detrimento do tempo de repouso, para corresponder às exigências da entidade empregadora e, (iii) dada a avassaladora sobrecarga de trabalho, pedir dias de férias e de doença com o propósito de o “pôr em dia”, longe do ambiente prejudicial do local de trabalho, lá onde as solicitações não param de chegar¹⁵⁰. Neste contexto, e de acordo com a responsabilidade que recai sobre o empregador para garantir a saúde e segurança de quem trabalha sob a sua direção, o dever de abstenção de contacto surge como crucial mecanismo de prevenção de riscos, no sentido em que o mero contacto e a solicitação de trabalho fora de horas, hábito de uma cultura empresarial e de trabalho tóxica, numa base regular, consubstancia uma prática danosa e gera uma atmosfera de trabalho pouco saudável. E repare-se na diferença, para efeitos de bem-estar psicológico,

¹⁴⁴ Ver Nota 3 (2016a, p. 104). Ou *Blurring* como Moreira, 2023, p. 140. De forma aprofundada, Von Bergen & Bressler, 2019a.

¹⁴⁵ Conceitos utilizados por Pfeffer (2018, p. 139 e 149) para descrever o stress derivado, por um lado, da incapacidade de corresponder às expectativas que, dado o esbatimento das anteriores fronteiras, chegam, em simultâneo, do trabalho e da família, um ficando sempre a perder para o outro, por norma, comprometendo-se a dedicação ao seio familiar, uma vez que é o trabalho que “paga as contas”; e por outro, a realidade de, inexistindo regras quanto ao contacto “fora de horas”, o trabalho interromper, frequentemente, o tempo reservado para a vida pessoal e familiar, retirando-lhe qualidade.

¹⁴⁶ Ver nota 63 (2021, p. 55).

¹⁴⁷ Hesketh & Cooper, 2014.

¹⁴⁸ Padrão de ausências e/ou atrasos do trabalhador não programados/autorizados ou justificados, por norma, devido a problemas pessoais, de saúde, insatisfação com o trabalho, desmotivação, stress.

¹⁴⁹ Estar fisicamente presente no local de trabalho, mas sem a correspondente normal produtividade, nomeadamente, por incapacidade temporária do trabalhador em termos de foco/concentração, conforme sucede quando aquele insiste em ir para o emprego doente, esgotado, por não sentir que pode “dar-se ao luxo” de faltar.

¹⁵⁰ BBC (2019).

do anterior cenário – em que o trabalhador até conhecia um seu direito ao descanso, mas não tinha como escapar à cultura do contacto fora de horas interiorizada no seio da sua entidade empregadora – e o atual, em que sabe que está protegido por uma imposição legal que proíbe e pune expressamente essa prática¹⁵¹. No limite, deixar nas mãos do trabalhador a decisão, com base num seu direito, de se desligar do trabalho e ignorar uma qualquer comunicação relacionada com aquele, agravaria os seus níveis de stress, pela dúvida do ‘estou a atuar corretamente?’, ‘como é que este meu comportamento vai ser percecionado pela outra parte?’, ‘que consequências resultarão do meu silêncio?’. Ao restringir e condenar o comportamento abusivo-invasivo do empregador, a lei vem redesenhar as expectativas deste em relação à disponibilidade do trabalhador – recordando que a mesma deve cessar com o término do dia de trabalho –, e, paralelamente, reajustar o sentido de dever do trabalhador que dali derivava, aliviando-o da pressão, stress e ânsia associados a um constante estado de alerta. Assumindo-se o respeito por este novo preceito legal, foi devolvida qualidade aos períodos de repouso e o trabalhador recuperou o domínio do seu tempo de vida. Mas nada é tão simples assim.

¹⁵¹ A mesma lógica se aplica à consagração da desconexão como mero direito ou à sua imposição enquanto dever da entidade empregadora, mecanismo de controlo e restrição da utilização das TIC fora do horário de trabalho. Com o mesmo entendimento ver, p.e., González Cobaleda, 2016, p. 279.

3. DA EFETIVIDADE

Aqui chegados, resta-nos averiguar os efeitos que a entrada em vigor do art. 199.º-A produziu na relação laboral, em concreto, compreender se, nos moldes em que foi consagrado, foi resposta bastante às necessidades dos trabalhadores em confronto com as exigências do trabalho pós-digitalização.

No plano teórico, desde 1 de janeiro de 2022, por estar o empregador legalmente impedido de invadir o espaço destinado ao repouso, a existirem cenários de prestação de trabalho fora do tempo contratualizado tal seria por livre opção de quem o faz¹⁵². Isso, ou: (i) o volume e intensidade de trabalho não permitem que o mesmo seja prestado somente durante o horário estipulado, (ii) o trabalho não surge por solicitação direta do empregador, (iii) a equipa cometeu um erro e é urgente corrigi-lo, (iv) o cliente precisa da tarefa concluída mais cedo do que o esperado, (v) levantou-se uma questão relativamente à qual determinado trabalhador está mais apto a responder, (vi) o trabalhador até sabe que não deveria receber e-mails nas férias mas aceita-o por considerar que reagir, a ele obstando e/ou denunciando-o, colocaria a sua posição em risco. Todos estes são exemplos de situações que, aproveitando a “miríade de questões” que “o preceito deixa em aberto”, escapam à sua esfera protetora e desafiam a sua eficácia¹⁵³. Assim, afigura-se pertinente desconstruir e dissecar as 22 palavras que compõem o art. 199.º-A¹⁵⁴ e procurar desenhar os elementos esquecidos ou negligenciados pelo legislador. Não sem antes louvarmos o caminho por si percorrido, no que o distingue, pela positiva, de outras soluções. Falamos, (i) da correta leitura que fez da questão jurídica, por compreender que o direito em risco é o repouso, e mais do que dar-lhe novas roupagens, viu como crucial contrariar as tendências que o vieram desafiar, travando a utilização abusiva das TIC, que não o era pela mão de quem presta trabalho mas pela de quem o solicita, numa cultura que pegou na possibilidade de trabalhar “*anytime, anywhere*” e fez disso uma expectativa; (ii) do reconhecimento do desequilíbrio inerente à relação laboral, que não permite ao trabalhador livremente fazer valer os seus direitos perante a entidade empregadora, cabendo antes à última garantir que aqueles são respeitados; (iii) da extensão do escopo subjetivo adotado na parte que se refere ao trabalhador, por se aplicar a todos, sem restrição, independentemente do tipo de empresa em que prestam atividade¹⁵⁵, dos moldes em que o fazem¹⁵⁶, se no setor

¹⁵² Com salvaguarda dos períodos de prevenção admitidos à luz da lei.

¹⁵³ Ver nota 63 (2021, p. 52).

¹⁵⁴ Ver nota 41, p. 981.

¹⁵⁵ Considerando o tecido empresarial português, composto 99.9% por PMEs, cerca de 96% por microempresas (*Observador*, 2022), excluir, como fez França, trabalhadores destas do campo de aplicação da norma, praticamente esvaziá-la-ia de eficácia.

¹⁵⁶ O legislador português poderia ter-se cingido à imposição de um dever de abstenção de contacto somente no âmbito do teletrabalho, ou, como sucede em Itália, para um específico regime de organização do tempo de trabalho, mas reconheceu a extensão do problema, e assim consagrou um dever que protege todos.

privado ou público; (iv) da segurança na tomada de decisão, pois que assumiu a essencialidade de ser a lei a responder ao problema, sem desviar tal responsabilidade para a negociação coletiva¹⁵⁷.

3.1. Desconstrução do preceito legal

Da leitura ao art. 199.º-A, ficam por esclarecer, desde logo, os conceitos de ‘empregador’, ‘contacto’, e ‘força maior’, para assim responder a questões como: (i) de que modo são percecionados “contactos feitos por dirigentes que não sejam” a figura do empregador “ou por colegas, clientes ou fornecedores cuja resposta, na política empresarial subjacente, seja necessária”¹⁵⁸, (ii) qual a “pertinência de contactos com sindicalização de tarefas postecipadas”¹⁵⁹ ou de carácter informativo, e (iii) que género de situação se assume bastante para invadir os espaços de repouso.

3.1.1. O empregador tem o dever de se abster

A primeira interrogação relaciona-se com a determinação do sujeito ou sujeitos a quem se impõe este dever de abstenção de contacto, uma vez que o legislador apenas se refere à figura do “empregador”, inadvertidamente desafiando o seu propósito. Senão vejamos, mesmo sendo “pacificamente aceite [que aquele] recaí sobre o empregador, mas também sobre os superiores hierárquicos do trabalhador”¹⁶⁰, “para produzir os efeitos que se pretendem” – assegurar “que o trabalhador deixa de estar (e de [se] sentir) obrigado a permanecer ligado ou disponível durante os seus períodos de descanso”¹⁶¹ –, a restrição imposta às comunicações eletrónicas fora do horário de trabalho “não pode limitar-se” àquelas “relações (dimensão vertical), mas deve ser igualmente oponível aos colegas de trabalho, clientes, fornecedores, subcontratantes (dimensão horizontal)”¹⁶². A utilização do termo “empregador” reduz o problema jurídico que a norma visa resolver a apenas um dos seus responsáveis. Do mesmo modo que se condenam comunicações, fora de horas, de titulares de poder de direção, não são de aceitar, nos mesmos moldes, solicitações de outros trabalhadores ou terceiros que mantenham relação com a empresa. Não se perca de vista o desígnio da norma – salvaguardar tempos de descanso.

Uma vez que o legislador se alheou a esta realidade, a solução, parece-nos, passará pelo diálogo entre ERC e no seio das próprias entidades empregadoras, com vista a

¹⁵⁷ Tal resposta sempre seria desadequada à dimensão do problema, consideradas as críticas já apontadas às soluções francesa e espanhola, mas em Portugal mais ainda, pelas percentagens de filiação tão pouco significativas (apenas 7,6% em 2019 conforme artigo de 2023 – *Eco, Sapo*).

¹⁵⁸ Ver nota 63 (2021, p. 52).

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Ver nota 7, p. 823.

¹⁶¹ Ver nota 3 (2017, p. 15).

¹⁶² *Ibidem*. A doutrina parece unânime. O próprio PE, na mencionada Resolução ditou que “os colegas devem abster-se de [se] contactar [...] fora do horário de trabalho acordado para fins profissionais”.

desenvolver linhas de atuação que garantam eficácia ao preceito. P.e., ao nível interno: elaborar códigos de conduta que regulem a comunicação entre colegas para fins profissionais fora do horário de trabalho – de tal forma que, em caso de violação, haja possibilidade de repreensão disciplinar –, e adotar mecanismos de prevenção de invasão da esfera extralaboral, vedando contactos internos e de terceiros¹⁶³, como disponibilizar aos trabalhadores telemóvel/computador da empresa, desde que com possibilidade de, findo o HT, ali ficarem, e, no e-mail, programar o envio de respostas automáticas a indicar o período em que o trabalhador estará disponível¹⁶⁴.

3.1.2. de contactar o trabalhador no período de descanso

Do excerto seguinte da norma, são três os conceitos merecedores da nossa atenção: “contactar”, aquele que analisaremos com mais profundidade pois que, pela sua indefinição, tem levantado questões práticas de grande relevância; “trabalhador”, cuja abrangência já enaltece, mas cabe-nos referir as dúvidas que surgem quanto aos moldes em que será de aplicar o dever perante o regime da IHT¹⁶⁵; “período de descanso”, pois, conhecida a contenda que resulta do binómio tempo de trabalho/tempo de descanso, talvez tivesse sido prudente melhor concretizar.

Quanto ao termo “contactar”, eis o que nos apraz dizer.

A nosso ver, a intenção do legislador foi no sentido de impedir, no seu todo, independentemente da natureza do contacto – excepcionando-se os de cariz pessoal – ou meios através dos quais é realizado, o fluxo comunicacional entre empregador e trabalhador durante o período de repouso deste último¹⁶⁶. Mas tal entendimento não é unânime e a interpretação do verbo utilizado tem suscitado dúvidas, nomeadamente: (i) quanto à distinção, ou não, da via pela qual o contacto é estabelecido, se profissional ou pessoal, e se a reação do trabalhador, nos dois casos, poderá ser o silêncio, e (ii) considerando o desígnio – primordial mas não exclusivo – do preceito, de evitar que o trabalhador seja confrontado com solicitações de serviço no seu tempo de repouso, se o “conteúdo do contacto é relevante, ou basta que ocorra para que haja uma violação da lei”¹⁶⁷. Quanto à primeira questão, a nossa posição é estanque, no sentido de ser

¹⁶³ No seu Projeto de Lei de 2017, o PAN propunha um direito de o trabalhador obstar ao fluxo comunicacional de carácter profissional com ele estabelecido pela entidade empregadora, pelos seus trabalhadores ou por terceiros.

¹⁶⁴ Compreendemos que cada um, na sua liberdade e em proveito da flexibilidade que as TIC oferecem – em nada vedada pelo 199.º-A – adote ritmos/hábitos de trabalho próprios. Contudo, tal não justifica a invasão do espaço do outro, pelo que recordamos a existência de soluções como a possibilidade de agendar o envio de um e-mail.

¹⁶⁵ Aqui, Monteiro Fernandes (2021) é pragmático, recordando que o art. 219.º n.º 3 salvaguarda o direito ao descanso semanal obrigatório e complementar, à paragem nos feriados e ao descanso diário, pelo que, assim que estes sejam definidos, ali se aplicará o dever do art. 199.º-A.

¹⁶⁶ Temos, a este propósito, como muito bem conseguida a utilização, pelo PAN – ver nota 33 –, no seu projeto de lei, do termo “estímulos de natureza profissional”.

¹⁶⁷ Ver nota 41, p. 981. Tradução nossa.

condenável qualquer forma contacto, à luz do dever em estudo, sob pena de obstruir o propósito da sua consagração. Ainda assim, reconhecemos que alguns meios serão mais intrusivos que outros. Agarrando-se a este pensamento, Monteiro Fernandes defende que o “envio de um e-mail durante o período de repouso apenas constitui “contacto” se o trabalhador o quiser” – se o procurar e abrir –, por não ser “da natureza do correio eletrónico a exigência de leitura e resposta imediatas” – no oposto a uma chamada – “a não ser que aquelas sejam efetivamente impostas nos seus termos”¹⁶⁸. E aqui entramos na segunda questão, quanto ao conteúdo do contacto. Para este Autor, apenas resultando expressa a necessidade de resposta pronta, “a expedição” de um e-mail “durante o período de repouso, mesmo que o trabalhador não abra a mensagem, constituirá “violação do dever imposto pelo 199.º-A”¹⁶⁹. Não podemos acompanhar este entendimento pois não reflete a realidade, dado que, em grande parte das empresas, existe a expectativa, inclusive expressa, de que todos os e-mails sejam respondidos com a maior brevidade. A ideia de que o trabalhador abre o e-mail no seu tempo de descanso porque assim o deseja é falsa e conflitua com o panorama do trabalho moderno e o desequilíbrio de forças inerente à relação laboral. O trabalhador está “formatado” para permanecer atento ao e-mail, tem-no instalado no seu *smartphone* e ativadas as notificações, não por sua vontade, mas em cumprimento do que lhe é exigido. Assim, também o conteúdo do contacto é, para nós, irrelevante. A receção da comunicação é, em si, uma interferência desnecessária do trabalho na vida pessoal, e o propósito da lei, não esqueçamos, é reerguer a barreira que tradicionalmente os separava. Em linha com Liberal Fernandes, “qualquer comunicação” – ou tentativa de comunicação¹⁷⁰ – “do empregador relacionada com o trabalho enviada após o horário de trabalho, deve ser considerada uma violação do art. 199.º-A”¹⁷¹. E mais, defendemos que “a admissão de uma seriação/graduação dos meios de contacto – que a imperatividade do preceito exclui” – é “uma das primeiras vias para a ineficácia da norma, e frustração do [seu] objetivo legal”¹⁷². Ora, a DGAEP, porque o artigo se aplica também aos trabalhadores da administração pública¹⁷³, em 2022, pronunciou-se no sentido contrário, de não consubstanciar “situação de incumprimento do dever de abstenção” o caso de, durante o período de descanso, o empregador enviar um email ao trabalhador no qual “não seja solicitada resposta ou se determine qualquer outra ação imediata por parte”¹⁷⁴ do último. Aqui, acompanhamos Leal Amado, que, numa crítica àquela entidade, a convida a tomar

¹⁶⁸ Ver nota 8 (2022).

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Assim, Monteiro Fernandes, quando refere que o empregador “viola o seu dever ao empreender as tentativas de contacto, mesmo que o trabalhador as não atenda” (2023, p. 522).

¹⁷¹ Ver nota 3, p. 151.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Lei 83/2021, art. 5.º.

¹⁷⁴ Citação retirada do texto de Leal Amado, de 2023, dado que, entretanto, a DGAEP a eliminou.

a sério o dever de abstenção de contacto, recordando que este “proíbe contactar, não proíbe perguntar, impõe uma abstenção de contacto, não uma abstenção de emitir ordens ou de formular questões”¹⁷⁵. E assim, conforme já o dissemos, “se o trabalhador continuar a receber mensagens no seu período de descanso”, independentemente da sua natureza, sentir-se-á “obrigado a lê-las, pensar no seu conteúdo, no que fará quando regressar ao emprego”, no fundo, “ser perturbado”, ocupar a mente com trabalho mesmo durante o seu período de descanso “e não, como a lei pretende”, desconectar¹⁷⁶. Para nós, não existe nenhum cenário em que enviar um e-mail ao trabalhador, um SMS, dirigir-lhe uma chamada, não seja contactá-lo, e a lei proíbe, sem margem para dúvidas, o contacto. Admitir-se outra leitura, contraria tanto a sua letra, como a sua teleologia¹⁷⁷. A DGAEP parece ter “escutado” Leal Amado pois, atualmente, onde antes era vertida a interpretação criticada, encontramos, em resposta a questão semelhante que “salvo em casos de força maior, o empregador deve abster-se de contactar o trabalhador durante os períodos de descanso daquele, inclusive através do envio de mensagens de correio eletrónico”¹⁷⁸, sem mais.

Importa ainda esclarecer se, a ocorrer, em violação da lei, “o contacto do empregador fora do período de trabalho implica ou não para o trabalhador um dever de trabalhar ou, pelo contrário, confere-lhe um direito de recusa”¹⁷⁹. Esta questão sempre se colocaria, pelos moldes em que foi prevista a desconexão, i.e., por o dever correspondente apenas se dirigir a uma das partes da relação. No entanto, tem-se debatido a propósito da discussão sobre a diferença entre, p.e., ser enviada “uma mensagem de correio eletrónico para uma conta profissional”, caso em que “não se deve esperar que o trabalhador consulte fora do horário de trabalho versus um SMS ou chamada que o empregador faça para o telemóvel pessoal do trabalhador, que constitui uma maior intrusão na medida em que o último não a consegue controlar”¹⁸⁰. Releva o n.º 2 do preceito, através do qual, ainda que “timidamente”¹⁸¹, o legislador deixou implícito que à proibição que recai sobre o empregador corresponde o exercício do direito ao período de descanso, o que significa que o “art. 199.º-A deve ser interpretado no sentido” de, durante aquele, “o trabalhador [ter] o direito de não responder e/ou de não aceitar trabalhar”¹⁸².

Ainda neste ponto, alertamos para uma questão que foge ao âmbito do 199.º-A, mesmo que, pela sua *ratio*, nos pareça que tal pretendesse acautelar. Falamos do

¹⁷⁵ Ver nota 6 (2023, p. 6). No mesmo sentido, nota 38, p. 981.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ FAQ – Teletrabalho, atualizado a 12/09/2023.

¹⁷⁹ Ver nota 3, p. 150.

¹⁸⁰ Ver nota 167.

¹⁸¹ Ver nota 3, p. 150.

¹⁸² *Ibidem*, p. 151.

confronto volume de trabalho/prazo para execução, que enquanto não for regulada continuará a refletir-se na compressão dos espaços reservados ao repouso e aos lazeres; e ainda de situações em que o empregador, imagine-se, na última hora de um dia de trabalho, véspera de dia de descanso, confia ao trabalhador uma tarefa a entregar no dia de trabalho seguinte, dizendo ser urgente. Aqui, sem violar o dever de abstenção de contacto, o empregador coloca sobre o trabalhador o ónus de ocupar os seus períodos de repouso, sendo de outra forma impossível atender ao solicitado. Assim, Liberal Fernandes questiona se o legislador ao consagrar a desconexão pretendeu “obstar à prestação efetiva de trabalho durante os períodos de descanso, ou apenas, como a respetiva epígrafe e redação enunciam, proibir que o trabalhador seja contactado com fins laborais durante esses períodos”¹⁸³. A reduzir-se à proibição de contacto, a “medida adotada é pouco mais de um *flactus vocis*”¹⁸⁴, pois que poderá até libertar o trabalhador de um constante estado de alerta, por forma a permitir o seu repouso efetivo, mas não o resguarda da cultura do excesso de trabalho e da respetiva necessidade de continuar a prestá-lo, sem qualquer reconhecimento como aquilo que é – trabalho suplementar – além do término da jornada laboral. Mas tudo isto passará pela sensatez com que o “empregador” faz a leitura da norma e pelo repensar da mencionada cultura de trabalho tóxica da atualidade, quiçá, pelas mãos da negociação coletiva. A este respeito, o Advogado Luís Gonçalves da Silva declarou que o “‘direito a desligar’ se trata de ‘um problema cultural que não se resolve por decreto’”¹⁸⁵, mas a nós, o art. 199.º-A parece-nos um bom ponto de partida.

3.1.3. *ressalvadas as situações de força maior.*

A norma termina com uma ressalva – relativa a situações de força maior –, que se compreende, pois que alguma teria de se prever, uma vez que existem, claro, cenários em que o contacto do trabalhador fora do tempo de trabalho é imprescindível. Contudo, uma vez que se trata de um conceito indeterminado, os efeitos da norma serão distintos conforme a interpretação que dali é feita, se restritiva, se abrangente – e quão abrangente. Olhando à conceção clássica civilista¹⁸⁶, somos a crer que o termo “força maior” “remete [...] para situações muito restritas, de calamidade ou de extrema urgência [mostrando-se] absolutamente inadequado no universo das relações de trabalho”¹⁸⁷. Pelo que aqui advogamos “uma interpretação ampl[iada] da norma, em nome da necessária

¹⁸³ Ver nota 3, p. 150.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *CNN Portugal* (2022).

¹⁸⁶ Ver, p.e., Brandão Proença (2019, p. 216): na sua aceção clássica, é de força maior o “evento exterior, [totalmente] imprevisível e irresistível” – regularmente associado a fenómenos naturais – destacando-se “a ideia de inevitabilidade do efeito”; Ac. do STJ, de 12/07/2018, proc. n.º 802/14.0TBTNV.E1.S1, § 7.5.

¹⁸⁷ Ramalho, Maria do Rosário Palma (2023, p. 464).

conciliação entre os vários interesses em jogo”¹⁸⁸. Mas tal carece de delimitação, com vista a prevenir abusos. Assim, mostra-se necessário reconduzir o conceito – neste contexto – a uma mais concreta definição. Aqui, Monteiro Fernandes traz para a esfera laboral características de força maior pensadas na lei civil, de imprevisibilidade e inevitabilidade, mas dirigidas a “acontecimentos incidentes sobre a empresa”, “suscetíveis de causar a sua destruição ou grave danificação”, com a ressalva de que tal engloba “uma enorme gama de hipóteses pelo que impõe uma cuidadosa ponderação de cada caso concreto”¹⁸⁹. Já Leal Amado, Palma Ramalho¹⁹⁰ e Teresa Moreira¹⁹¹ defendem, numa perspetiva mais ampla, a leitura do termo “de forma a abranger situações do tipo das previstas [...] em matéria de trabalho suplementar”, ou seja, “todas aquelas, inadiáveis, em que o contacto imediato se mostre ‘indispensável para prevenir ou reparar prejuízo grave para a empresa ou para a sua viabilidade’”¹⁹². Não obstante, vemos como sensato tratar-se de situações cuja urgência resulte clara para ambas as partes, externas ao empregador, que não decorram diretamente de suas ações/omissões¹⁹³, e nunca do normal decurso da atividade e gestão da empresa. Também o PE, na proposta de Diretiva que dirigiu à Comissão, não ignorou a possibilidade de, perante determinados cenários, poder ser derogado o direito à desconexão dos trabalhadores, mas fê-lo em moldes mais concretos que o nosso legislador. Nomeadamente, do ali previsto art. 4.º resulta que os EMs deveriam “assegurar que são estabelecidas disposições pormenorizadas, após consulta dos parceiros sociais ao nível adequado, para permitir que os trabalhadores exerçam o seu direito a desligar e para que os empregadores o apliquem de forma justa e transparente”. “Para o efeito, devem prever, pelo menos” – al. d) – “os critérios para qualquer derrogação, no caso dos empregadores, da sua obrigação de aplicar o direito do trabalhador a desligar”. Sendo que – al. e) – o trabalho prestado fora do tempo contratualizado deverá ser devidamente compensado, e ainda “qualquer derrogação só é concedida em circunstâncias excecionais, como casos de força maior ou outras situações de emergência, e sob reserva de o empregador fornecer a cada trabalhador afetado uma justificação por escrito da necessidade da derrogação”¹⁹⁴.

A adoção de um conceito indeterminado compreende-se, considerada a inviabilidade de tipificar as exceções admitidas ao abrigo da norma, contudo, tal exigirá a ponderação casuística do que é ou não sensato, no âmbito laboral, ali incluir. De futuro, servirão como resposta, por um lado, (i) a leitura que, a proporcionar-se, a

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 465.

¹⁸⁹ Ver nota 8 (2021).

¹⁹⁰ Ver nota 187.

¹⁹¹ Ver nota 5 (2023, p. 155).

¹⁹² Ver nota 6 (2021, p. 483).

¹⁹³ Ver nota 41, p. 983.

¹⁹⁴ Resolução 2019/2181(INL).

jurisprudência venha a fazer do preceito, quase que num registo eliminatório, de indicação dos motivos que não serão, neste contexto, de considerar força maior; e por outro, (ii) a inserção desta matéria na negociação coletiva, devendo os representantes dos trabalhadores – em virtude do setor de atividade e dos fins da empresa, pois cada uma terá necessidades próprias – pugnar pela delimitação das situações que justificam contactar o trabalhador além do término da jornada laboral¹⁹⁵. A solução trazida pelo PE parece-nos a mais eficaz, pois não só exige que sejam estabelecidos critérios adequados à derrogação, no caso, do dever de abstenção de contacto, com o cunho dos parceiros sociais, como requer do empregador a justificação escrita de uma tal necessidade, o que amplia o grau protecional da lei e transmite maior segurança aos trabalhadores.

Como próximo grande passo em direção à efetividade do art. 199.º-A, desafiamos o legislador a ponderar a sua revisão, por forma a: (i) contemplar a dimensão horizontal do uso e abuso das TIC – fazendo recair sobre o empregador mais do que o atual dever de abstenção de contacto, a responsabilidade de garantir que o trabalhador não é contactado durante os seus períodos de descanso¹⁹⁶; (ii) reforçar a excecionalidade dos casos em que tal contacto é admitido – uma vez que não nos parece ajustado assumir a conceção clássica de força maior e esta não é definida no âmbito laboral –, p.e., ao fazer acompanhar o conceito de “justificada”¹⁹⁷, em linha com o PE, com obrigação de apor fundamento escrito à necessidade de perturbação do período de descanso, convidando o empregador a refletir, *ex-ante*, sobre a sua essencialidade e carácter inadiável; e, por último, (iii) chamar, expressamente, à colação a negociação coletiva e a regulamentação interna, numa lógica de complemento.

3.2. Visão geral do regime sancionatório

A respeito das consequências legais constantes do preceito, foram duas as expressamente consagradas pelo legislador: classificar como discriminatório, para efeitos do art. 25.º do CT, qualquer “tratamento menos favorável dado ao trabalhador, designadamente em matéria de condições de trabalho e de progressão na carreira, pelo facto de exercer o direito ao período de descanso”¹⁹⁸; e, de resto, a remissão para o direito

¹⁹⁵ Assim propôs o PAN em 2017 – ver nota 33; e fez o Sindicato dos Trabalhadores da Atividade Seguradora em CC já aqui mencionado – ver nota 15 –, do qual consta que a interrupção dos períodos de descanso se admite “somente por exigência imperiosa, referente ao funcionamento da empresa, resultante de ocorrências externas imprevistas ou anomalias inesperadas no normal funcionamento daquela”.

¹⁹⁶ Do Livro Verde Sobre o Futuro do Trabalho (2022, p. 180) resulta que a efetivação do direito à desconexão deve articular-se com o “dever do empregador” de “assegurar que não é estabelecida conexão com o trabalhador” fora da jornada laboral.

¹⁹⁷ A proposta apresentada pelo CDS-PP, já indicada, permitia o contacto “em caso de força maior e de urgência, devidamente justificável” (destaque nosso).

¹⁹⁸ Note-se que esta prescrição “não se refere à violação do dever de abstenção de contacto, mas às consequências discriminatórias que eventualmente decorram para o trabalhador em resultado de ele não ter correspondido à interpelação do empregador” (ver nota 186, p. 465).

contraordenacional. Neste ponto surgiu, junto da doutrina¹⁹⁹, a dúvida quanto à possibilidade, “sem perder de vista o *non bis [in] idem*”, de o contacto regular fora de horas em desrespeito pelo dever ora imposto consubstanciar a “prática de assédio moral”²⁰⁰ o que, na verdade, estava previsto no projeto de lei apresentado pelo BE em 2017 e pela deputada não inscrita Cristina Rodrigues; e, olhando ao texto do art. 29.º, parece de admitir²⁰¹, pois que se considera assédio o comportamento indesejado – baseado, ou não, em fator de discriminação, uma vez que é utilizado o termo “nomeadamente” –, que tenha o objetivo ou efeito – repare-se – de perturbar ou constranger o trabalhador, afetar a sua dignidade, criar um ambiente intimidativo, hostil. Se o contacto fora de horas para prestação de trabalho, em violação do art. 199.º-A, for de tal forma reiterado que a pressão psicológica provocada no trabalhador afete o seu bem-estar, aliado, imagine-se, à ameaça da não progressão ou até do despedimento, a sua integração no conceito de assédio moral para todos os efeitos legais parece-nos, mais do que sensata, necessária. E outras questões se têm levantado quanto à eficácia do regime sancionatório adotado, mormente pela sua insuficiência e “vaguidade”, no sentido de “a lei não conferir diretamente qualquer garantia ou tutela ao trabalhador”²⁰². Da nossa parte, partilhamos esta preocupação por acreditarmos que o trabalhador não se sente ainda protegido e, assim, aceita as más práticas que permanecem à revelia da lei²⁰³, por vergonha, sentimento de culpa e receio de se expor, dessa forma, arriscando a sua posição²⁰⁴.

¹⁹⁹ Ver, p.e., Leal Amado (2022, p. 483), acompanhado por Teresa Moreira (2023, p. 155).

²⁰⁰ Ver nota 63 (2021, p. 52).

²⁰¹ Ver nota 6 (2019, p. 215).

²⁰² Ver nota 3, p. 150.

²⁰³ *Público* (2024a).

²⁰⁴ *Público* (2024b).

CONCLUSÃO

Considerando que:

- “o trabalho não se pode sobrepor à necessária contemplação de um período de descanso que seja suficiente para permitir o exercício dos direitos fundamentais do trabalhador enquanto pessoa, designadamente a sua própria saúde e segurança, a reserva da sua vida privada e a conciliação com a sua vida social e familiar”²⁰⁵;
- as barreiras que outrora dividiam tão claramente trabalho/repouso, profissão/pessoalidade são hoje turvas, porque o trabalho acompanha a pessoa e esta deixa de conseguir dissociar-se daquele;
- da revolução 4.0 nasceu uma cultura económico-empresarial marcada pela competitividade, sobrecarga cognitiva, aumento do tempo de trabalho efetivamente prestado, interferências constantes da atividade profissional em espaços que seriam de autodeterminação, repouso e privacidade;
- não há descanso sem desconexão e esta, não obstante corresponder ao exercício pleno do direito ao repouso, tem sido inviabilizada pela utilização abusiva das TIC, a qual carecia de regulamentação “na esfera do comportamento do empregador [como] (nova) obrigação patronal de não perturbar o trabalhador”²⁰⁶.

Somos a concluir que o dever de abstenção de contacto surgiu como necessária reafirmação de direitos cuja eficácia fora furtada pela total e irreversível mudança de paradigma característica do mundo do trabalho pós digitalização. Assim, nos moldes em que foi consagrado, adotado o caminho e perspetiva adequados, o art. 199.º-A prometia vingar como abono real da fruição dos períodos de repouso perante a paisagem laboral do século XXI, não estivesse a letra da lei manchada pela ausência de clareza e assertividade, indefinição e amplitude concetual, e a realidade empresarial tão perigosamente enraizada. Em síntese, como irreprensivelmente colocou Liberal Fernandes, “pela vaguidade das garantias que confere ao trabalhador, a eficácia do dever de abstenção de contactar carece em termos sociojurídicos do tempero de uma negociação coletiva ativa, de uma mudança da cultura empresarial e de uma atuação ativa/intrusiva nas empresas por parte das autoridades administrativas com competência em matéria laboral, sob pena de estarmos perante uma norma que só com alguma generosidade poderá ser levada a sério no plano social”²⁰⁷.

²⁰⁵ Ver nota 2, p. 131.

²⁰⁶ Ver nota 7, p. 822.

²⁰⁷ Ver nota 3, p. 152.

Bibliografia

Monografias e artigos

- AHLERS, E. (2017). Flexible and remote work in the context of digitalization and occupational health. *International Journal of Labour Research*, vol. 8, no. 1-2, pp. 85-99.
- AMADO, J. L. & MOREIRA, T. C. (2021). A desconexão dos trabalhadores: Direito ou dever? *Esquerda.net*, 07 de fevereiro.
- AMADO, J. L. (2018). Tempo de trabalho e tempo de vida: Sobre o direito à desconexão profissional. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.^a Região*, n.º 52, pp. 255-268.
- AMADO, J. L. (2019). *Contrato de trabalho, noções básicas*, 3.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- AMADO, J. L. (2022a). Desconexão profissional: Direito ou dever? In M. do R. P. Ramalho, C. Carvalho & J. N. Vicente (coord.). *Trabalho na era digital: Que direito?*, pp. 469-484. Lisboa: AAFDL.
- AMADO, J. L. (2022b). A desconexão profissional e a DGAEP: Tomemos a sério o dever de abstenção de contacto. *Observatório Almedina*, 18 de abril.
- AMADO, J. L., ROUXINOL, M. S., VICENTE, J. N., et al. (2023). *Direito do trabalho, relação individual*, 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- BAPTISTA, A. M. (2002). Tempo de trabalho efectivo, tempos de pausa e tempo de “terceiro tipo”. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1, pp. 29-53.
- BERGEN, C.W. von, BRESSLER, M. S. & PROCTOR, T. L. (2019). On the grid 24/7/365 and the right to disconnect. *Employee Relations Law Journal*, vol. 45, no. 2.
- BOUCIQUE, W. & VETS, E. (2023). The right to disconnect: Which countries have legislated? *Iuslaboris*, 26 de julho.
- CARVALHO, A. N. de (2020). O COVID 19 (des)organizou o tempo de trabalho? In M. R. P. Ramalho & T. C. Moreira (coord.). *COVID-19 e trabalho: O dia seguinte*, pp. 109-156. Lisboa: AAFDL.
- CARVALHO, C. de O. (2006). A regulamentação nacional do tempo de trabalho e o direito comunitário: Omissões e incompatibilidades. *Questões Laborais*, n.º 27, pp. 33-59.
- CARVALHO, C. de O. (2017). Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional. In *Estudos de direito de trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, pp. 279-313. V.N. Famalicão: NovaCausa.
- CARVALHO, C. de O. (2022). The new regulation of telework and remote work in Portugal: Considerations and prospects. *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, vol. 11, no. 3, pp. 1-31.
- CHIUFFO, F. M. (2019). The “right to disconnect” or “how to pull the plug on work”. *SSRN*, 23 de junho.

- COSTA, A. C. R. (2020). Riscos psicossociais e Covid-19: O renascimento da saúde e segurança no trabalho. *Tripalium, Justicia Social y Trabajo Decente*, E-Revista, vol. II, n.º 3, pp. 3-15.
- CRUZ, C. (2022). Keeping up with latest working time case law. *Revista de Direito da ULP*, vol. 16, n.º 1 e n.º 2, pp. 40-53.
- D'ANGELO, I. (2020). "Work in progress": Os desafios na regulamentação do teletrabalho e o direito à desconexão. *Questões Laborais*, n.º 57 (julho-dezembro), pp. 237-276.
- DAGNINO, E. & MOSCARITOLO, I. (2016). Diritto alla disconnessione: Un diritto di nuova generazione. *Bollettino ADAPT*, 19 de setembro.
- FARIA, M. P. & MACHADO, S. S. (2023). A caracterização do direito à desconexão na relação laboral. *Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social*, vol. 9, n.º 1.
- FERNANDES, A. M. (2021). O "dever de abstenção de contacto" na Lei 83/2021. *Direito Criativo Blog*, 09 de dezembro.
- FERNANDES, A. M. (2022). Abstenção de contacto e e-mails "fora de horas"? *Direito Criativo Blog*, 17 de janeiro.
- FERNANDES, A. M. (2023). *Direito do trabalho*, 22.ª ed. Coimbra: Edições Almedina.
- FERNANDES, F. L. (2016a). O tempo de trabalho num mundo em transformação. In F. Liberal Fernandes e M. R. Redinha (coord.) *Transformações recentes do direito do trabalho ibérico*, pp. 103-107. Porto: Edição Universidade do Porto.
- FERNANDES, F. L. (2016b). Tempo de trabalho e tempo de descanso. In M. do R. P. & T. C. Moreira (coord.) *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: O regime nacional de tempo de trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 11-23. Lisboa: AAFDL.
- FERNANDES, F. L. (2017). Organização do trabalho e tecnologias de informação (Exhausted but unable to disconnect). *Questões Laborais*, n.º 50, pp. 7-17.
- FERNANDES, F. L. (2018). O trabalho e o tempo. Comentário ao Código do Trabalho, 1.ª ed. Porto: Reitoria da Universidade do Porto.
- FERNANDES, F. L. (2022). O dever do empregador se abster de contactar o trabalhador. *Questões Laborais*, n.º 60, pp. 147-152.
- GOMES, J. V. (2007). *Direito do trabalho – Volume I – Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GONZÁLEZ COBALEDA, E. (2016). Nuevas tecnologías, tempo de trabajo y la prevención de riesgos psicosociales. In *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida em el trabajo, Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el Trabajo*, pp. 261-283. Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC.
- HESKETH, I. & COOPER, C. L. (2014). Leaveism at work. *Occupational medicine*, volume 64, no. 3, pp. 146-147.
- LEROUGE, L. & TRUJILLO PONS, F. (2022). Contribution to the study on the "right to disconnect" from work. Are France and Spain examples for other countries and EU law? *European Labour Law Journal*, vol. 13, no. 3, pp. 450-465.

- MACHADO, C. M. & OLIVEIRA, J. G. de (2021). Direito à desconexão – como evitar a intrusão e a exaustão? *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 1, pp. 743-770.
- MANZANO SANTAMARÍA, N. (2016). Las Tecnologías de la Comunicación y la Información (TIC's) y las nuevas formas de organización del trabajo: Factores psicosociales de riesgo, *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo, Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el trabajo*, pp. 27 a 55. Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC.
- MARTÍNEZ SELVA, J. M. (2016). Riesgos psicosociales de los usuarios intensivos de las TICs. Análisis a partir de los datos de la VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (2011). *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo, Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el trabajo*, pp. 123 a 155. Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC.
- MARTINS, J. Z. (2017). Tempo de trabalho e tempo de repouso: Qualificação e delimitação de conceitos. *Revista do CEJ*, vol. II, pp. 209 a 247, também disponível em “Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional de tempo de trabalho à luz do Direito europeu e internacional, (coord. M. do R. Palma Ramalho e T. C. Moreira (coord.)). *Estudos APoDit* 4, pp. 25-67. Lisboa: AAFDL, posteriormente editado em Martins, J. Z. (2018). *Direito do trabalho*, pp. 81-121. Coimbra: Edições Almedina.
- MARTINS, J. Z. (2021). Novos riscos profissionais na era digital. *Minerva: Revista de Estudos Laborais*, 4.ª série, n.º 4, pp. 44-60.
- MOREIRA, T. C. (2016a). Algumas questões sobre trabalho 4.0. In *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 2, pp. 245-264.
- MOREIRA, T. C. (2016b). Novas tecnologias: Um admirável mundo novo do trabalho? In *Estudos de direito do trabalho*, pp. 191- 230. Coimbra: Almedina.
- MOREIRA, T. C. (2016c). O direito à desconexão dos trabalhadores. *Questões Laborais*, n.º 49, pp. 7-28.
- MOREIRA, T. C. (2023). Um novo tempo de trabalho e o direito à desconexão. In *Direito do trabalho na era digital*, pp. 128-160. Coimbra: Almedina.
- PEREIRA, D.A. (2018). Há vida para além do trabalho: Notas sobre o direito ao repouso e a desconexão profissional. *Questões Laborais*, n.º 53 (julho-dezembro), pp. 129-148.
- PFEFFER, J. (2018). Health effects of long work hours and work-family conflict. In *Dying for a paycheck – How modern management harms employee health and company performance and what we can do about it*, pp. 119-145. Nova Iorque: HarperCollins Editora.
- PINILLA GARCÍA, F. J. (2016). Riesgos psicosociales de los usuarios intensivos de las TICs. Análisis a partir de los datos de la VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. 2011. In *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo, Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y riesgos*

psicosociales en el trabajo, pp. 58-81. Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC.

PROENÇA, J. C. B. (2019). Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações, 3.^a ed. atualizada. Porto: Universidade Católica Editora.

PUCHETA, M. & COSTA, A. C. R. (2023). Going beyond the right to disconnect in a flexible world: Light and shadows in the Portuguese reform. *Industrial Law Journal*, vol. 51, no. 4, pp. 967-984.

RAMALHO, M. do R. P. (2023). *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações laborais individuais*, 9.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.

RAY, J.-E. (1999). Les astreintes, un temps du troisième type: A propos de l'arrêt M. Taxis/Sté Brink's, cass. Soc. 9 décembre 1998. *Droit Social*, n.º 3, pp. 250 ss.

RAY, J.-E. (2016). Grande accélération et droit à la déconnexion. *Droit Social*, n.º 11.

ROUXINOL, M. S. & VICENTE, J. N. (2023). Duração e organização do tempo de trabalho. In Amado, J. L. et al. *Direito do trabalho: Relação individual*, 2.^a ed., pp. 573-656. Coimbra: Edições Almedina.

SECUNDA, P. M. (2019). The employee right to disconnect. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, no. 1, article 3.

SOUSA, P. F. & MOREIRA, F. N. (2018). O tempo de disponibilidade do trabalhador – Perspetiva laboral, fiscal e contributiva. *Prontuário do Direito do Trabalho*, n.º II, pp. 195-215.

STOKEL-WALKER, C. (2019). The hidden tactic overloaded workers are using to catch up. *BBC*, 06 de setembro.

TRUJILLO PONS, F. (2021). Un estudio acerca de la eventual directiva comunitaria sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo. *Ius Labor*, n.º 2.

UGARTE CATALGO, J. L. (2024). Derecho a la desconexión digital: Editando un nuevo derecho. *Trabajo y Derecho*, n.º 111.

VILAR, A. (2006). Tempo de trabalho – quando o trabalhador permanece adstrito à realização da prestação, mas não está a desempenhar atividade. In A. Moreira (coord.). *VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, vol. 8, pp. 135-144. Coimbra: Almedina.

VON BERGEN, C. W. & BRESSLER, M. S. (2019a). Work, non-work boundaries and the right to disconnect. *Journal of Applied Business and Economics*, vol. 21, no. 2, pp. 51-69.

VON BERGEN, C. W., BRESSLER, M. S. & PROCTOR, T. L. (2019b). On the grid 24/7/365 and the right to disconnect. *Employee Relations Law Journal*, vol. 45, no. 2.

Outras fontes

CENTRO DE RELAÇÕES LABORAIS (2019). “Relatório anual sobre a evolução da contratação coletiva em 2018”, agosto.

CNN PORTUGAL (2022), artigo de Andreia Miranda. “Direito a desligar está em vigor há quatro meses, mas o que mudou?”. *CNN Portugal*, 07 de abril.

ECO, SAPO, artigo de Diogo Ferreira Nunes (2023). “Apenas 7,6% dos trabalhadores são filiados num sindicato”, 9 de fevereiro.

EUROFOUND (2021a). “Right to disconnect: Exploring company practices”, Research Report on Working Conditions, *Publications Office of the European Union*, Luxemburgo, 09 de setembro.

EUROFOUND (2021b). “Right to disconnect”, *European Industrial Relations Dictionary*, Dublin, 01 de dezembro.

EUROFOUND e Organização Internacional do Trabalho (2017). “Working anytime, anywhere: The effects on the world of work”, *Publications Office of the European Union*, Luxemburgo, International Labour Office, Geneva, 15 de fevereiro.

GABINETE DE ESTRATÉGIA E PLANEAMENTO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO, SOLIDARIEDADE E SEGURANÇA SOCIAL (2022). *Livro Verde sobre o futuro do trabalho* (coordenação científica de Teresa Coelho Moreira e Guilherme Dray), Lisboa.

IUS LABORIS, Global HR Lawyers (2023). “The right to disconnect: Which countries have legislated?”, 26 de julho.

OBSERVADOR (2022), artigo de João Duarte. “A relevância das micro-empresas em Portugal”, 15 de fevereiro.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2019). “Segurança e Saúde no Centro do Futuro do Trabalho - Tirando partido de 100 anos de experiência”, *Bureau Internacional do Trabalho*.

PARLAMENTO EUROPEU (2021a). Comunicado de Imprensa, 21 de janeiro.

PARLAMENTO EUROPEU (2021b). “Parlamento quer garantir o direito a desligar-se do trabalho”, *European Parliament News*, de 26 de janeiro.

PÚBLICO (2018), artigo de Karla Pequenino. “Telemóvel e computador da empresa fazem portugueses levar trabalho para casa”, 19 de novembro.

PÚBLICO (2019). “Trabalhadores do Banco de Portugal têm direito à desconexão”, *LUSA*, 22 de maio.

PÚBLICO (2024a), artigo de Raquel Martins. “ACT já detetou situações de incumprimento da norma do direito a desligar”, 20 de janeiro.

PÚBLICO (2024b), artigo de Carla B. Ribeiro. “Vergonha impede trabalhadores de se desligarem, indica estudo”, 02 de fevereiro.

SGI EUROPE NEWS (2023), artigo de Valeria Ronzitti. “EU social dialogue: The social partners’ negotiations on telework and right to disconnect conclude without an agreement”, 01 de dezembro.

A (ir)renunciabilidade dos créditos laborais:

O artigo 337.º n.º 3 da Lei n.º 7/2009

António José de Sousa Trêpa Rodrigues Braga

Sob orientação da Professora
Doutora Milena da Silva Rouxinol

À minha avó Manela

Agradecimentos

Agradeço:

A Deus, por quem trabalho;

Ao meu avô Zé, que me inspirou a gostar de Direito;

Ao meu pai, que me inspirou a gostar de trabalhar;

Aos meus Professores, que me ensinaram a gostar de Direito do Trabalho;

À Sra. Professora Milena Rouxinol, que muito me ajudou com este trabalho;

À minha mãe e ao meu irmão, que me lembram que nem tudo é trabalho;

Aos meus amigos, em especial aos que dou mais trabalho.

Resumo

O presente trabalho versa sobre a inadmissibilidade do contrato de remissão abdicativa no domínio das relações laborais.

Assim, começámos por expor o entendimento da jurisprudência relativamente à questão. Depois, com base em posições da doutrina, procurámos evidenciar que a irrenunciabilidade dos créditos laborais decorre da imperatividade das normas que os consagram, bem como da disparidade de capacidade negocial que se verifica entre a entidade empregadora e o trabalhador, independentemente de o negócio jurídico ocorrer após a cessação do vínculo jus-laboral.

Por fim, analisámos uma novidade introduzida pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, o artigo 337.º, n.º 3, do Código do Trabalho, que passou a prever expressamente a insusceptibilidade de extinção de direitos do trabalhador através de remissão abdicativa.

Palavras-chave: créditos laborais; renúncia; remissão abdicativa.

Abstract

This work addresses the inadmissibility of waivers of rights in the context of labour relations.

We will begin by setting out the court's understanding of the issue. Afterwards, based on doctrinal positions, we will try to show that the impossibility of waiving labour credits stems from the imperative nature of the rules that establish them, as well as from the disparity in negotiating capacity that exists between the employer and the employee, regardless of whether the legal agreement takes place after the termination of the legal labour relationship.

Lastly, we will analyse an innovation introduced by Law no. 13/2023 of 3 April, Article 337(3) of the Labour Code, which now expressly establishes the impossibility of extinguishing employees' rights through waivers.

Keywords: labour credits; waiver.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
ATD	Agenda do Trabalho Digno, Lei n.º 13/2023 de 3 de abril
CC	Código Civil, Decreto-Lei n.º 47344/66 de 25 de novembro, na versão do Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho
CPT	Código de Processo do Trabalho, Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de novembro, na versão do Decreto-Lei n.º 87/2024, de 7 de novembro
CT	Código do Trabalho, Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na versão da Lei n.º 13/2023 de 3 de abril
LAT	Lei dos Acidentes de Trabalho, Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, na versão do Decreto-Lei n.º 87/2024, de 7 de novembro
n.º	Número
p.	Página
pp.	Páginas
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Vol.	Volume

Índice

Introdução	8
Capítulo I – Os acordos de remissão abdicativa até à promulgação da Lei n.º 13/2023 de 3 de abril	9
1. Enquadramento	9
1.1. O contrato de remissão abdicativa	9
1.2. A remissão abdicativa no âmbito das relações laborais	10
2. A(s) posição(ões) da jurisprudência	13
2.1. A jurisprudência maioritária	13
2.1.1. Enquadramento teórico	13
2.1.2. A interpretação da declaração negocial	14
2.1.3. O princípio da indisponibilidade dos créditos laborais	16
2.2. Os acórdãos “Douro Azul”	19
3. O(s) entendimento(s) da doutrina	21
3.1. A irrenunciabilidade dos direitos conferidos por normas imperativas	21
3.2. O critério temporal	24
3.3. A interpretação da declaração negocial	26
Capítulo II – O (novo) artigo 337.º n.º 3 do Código de Trabalho	30
1. Análise da norma	30
1.1. Âmbito temporal	30
1.2. Âmbito objetivo; a excecionalidade da transação judicial	31
2. Da bondade da alteração legislativa	34
2.1. Um desincentivo à revogação do contrato de trabalho?	34
2.2. A desconformidade à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça	36
2.3. O aumento da litigância	37
2.4. A compressão da liberdade contratual	38
Conclusões	40
Bibliografia	42
Jurisprudência citada	44

Introdução

O presente trabalho pretende versar sobre um fenómeno muito comum no tecido empresarial português que consiste em, no momento da cessação de um contrato de trabalho, a entidade empregadora entregar ao trabalhador um documento pelo qual este – por regra, a troco de uma quantia pecuniária, mas não necessariamente – assume nada mais ter a receber daquele empregador, renunciando ao direito de vir exigir créditos a qualquer título.

Estes contratos são manifestamente vantajosos para as entidades empregadoras, e, inversamente, representam uma clara desvantagem para os trabalhadores, o que procuraremos demonstrar no nosso trabalho.

Nestes termos, multiplicam-se nos nossos tribunais ações pelas quais os trabalhadores vêm reclamar créditos cuja satisfação renunciaram através de remissão abdicativa, sendo patente, com frequência, a falta de uma vontade esclarecida aquando da sua assinatura. A jurisprudência, por razões que iremos escrutinar, vinha considerando os acordos válidos.

De todo o modo, com a aprovação da lei n.º 13/2023 de 3 de abril, em que se concretizou a designada Agenda do Trabalho Digno, o legislador laboral mostrou-se sensível à questão acrescentando o n.º 3 ao artigo 337.º do CT, com a seguinte formulação: “3 - O crédito de trabalhador, referido no n.º 1, não é suscetível de extinção por meio de remissão abdicativa, salvo através de transação judicial” Desta forma, o legislador terá pretendido colocar um termo, ou, pelo menos, limitar amplamente a prática que descrevemos.

Vamos iniciar a nossa dissertação por discorrer relativamente às posições da jurisprudência e doutrina anteriores à promulgação da Lei n.º 13/2023. Depois, iremos analisar o novo artigo 337, n.º 3, do CT, tratando de algumas questões que a norma levanta, bem como referindo que vantagens e desvantagens lhe têm sido apontadas. Procuraremos, em cada ponto, apresentar também a nossa posição.

Capítulo I – Os acordos de remissão abdicativa até à promulgação da Lei n.º 13/2023 de 3 de abril

1. Enquadramento

1.1. O contrato de remissão abdicativa

Em termos gerais, a remissão abdicativa consiste no contrato pelo qual um credor, com o respetivo assentimento do devedor, extingue determinada relação obrigacional que entre estes exista, libertando o devedor da prestação devida¹. É, deste modo, uma das formas de extinção de obrigações pelas quais a obrigação não é cumprida² que o nosso CC prevê. A sua previsão legal encontra-se no artigo 863.º do CC.

A remissão abdicativa não se confunde com a figura da renúncia. Enquanto aquela, como referimos, exige o consentimento do devedor, a renúncia é unilateral, bastando que o beneficiário prescinda do seu direito. Tendo em conta que o vínculo obrigacional revela uma natureza relativa³, compreende-se a opção do legislador de não colocar a renúncia no elenco de causas extintivas de obrigações⁴, a renúncia a um crédito alteraria a esfera jurídica do devedor sem o seu assentimento^{5 6}.

Embora o texto da lei seja explícito quanto à natureza contratual da figura, cumpre mencionar que este não lhe prescreve qualquer requisito de forma, tratando-se assim de um negócio não solene. Desta feita, tanto a vontade de remir como a corresponsável intenção de aceitar a remissão poderão ser manifestadas de forma expressa ou tácita.

¹ Proença, 2019, p. 58, define-a como sendo: “(...) o acordo pelo qual o credor liberta, total ou parcialmente, o devedor da sua obrigação, e não meramente do seu cumprimento”.

² As causas extintivas de obrigações diferentes do cumprimento previstas no nosso C.C. são: dação (*pro soluto* e *pro solvendo*), consignação em depósito, compensação legal, novação, remissão, confusão e a prescrição extintiva. Nos casos das últimas três causas referidas, a obrigação não chega a ser cumprida.

³ Cordeiro, 2010, p. 373.

⁴ No nosso ordenamento jurídico, a renúncia vale para certos direitos *erga omnes* como, por exemplo, a propriedade.

⁵ Como sintetiza Cordeiro, 2010, p. 373, “O devedor pode, pelas razões mais diversas, não querer aceitar o benefício que, em princípio, a extinção do crédito lhe propicia; ele não é obrigado a receber qualquer vantagem, sem ter dado o seu acordo”.

⁶ Já Coelho, 1995, p. 123, defende que a remissão abdicativa “se basta com a declaração unilateral respectiva por parte do credor”.

1.2. A remissão abdicativa no âmbito das relações laborais

Interessa para o nosso estudo entender de que forma a remissão abdicativa vinha sendo aplicada no domínio das relações laborais.

A este respeito, devemos dizer que a figura se enraizou na *praxis* das empresas, funcionando sobretudo por ocasião da cessação dos contratos de trabalho. Este momento é, por natureza, de fecho de contas entre entidade empregadora e trabalhador – tanto de créditos que decorram da cessação do contrato de trabalho, como de eventuais créditos que as partes possam ainda deter sobre a outra⁷. Destarte, tornou-se comum a entidade empregadora⁸ após a cessação do contrato de trabalho ou aquando desta, entregar ao trabalhador um documento redigido por um advogado que presta serviços jurídicos à empresa, pelo qual o trabalhador declara – por norma, a troco de certa quantia, mas não necessariamente – ter auferido todos os créditos a que tinha direito decorrentes do contrato de trabalho e da sua cessação, mais declarando que renuncia ao direito de exigir qualquer crédito desta⁹.

Nestes termos, é evidente o interesse da entidade empregadora na assinatura de uma declaração deste tipo. Através de uma simples declaração e, porventura, do pagamento de certa quantia, exime-se da obrigação de prestar a totalidade dos créditos, bem como da possibilidade de o seu antigo trabalhador vir propor uma ação judicial a exigir os créditos em falta.

Por seu turno, não nos ocorrem especiais interesses da parte do trabalhador na celebração deste acordo. Esclareça-se: compreendemos as suas possíveis motivações quando o assina; contudo, justamente por estarem em causa, as mais das vezes, motivações legítimas – direitos ou expectativas razoáveis –, não se nos afigura razoável admitir que, para proteger tais posições, o trabalhador se veja ante a necessidade de se desproteger a outros níveis, sobretudo se em causa estiverem, como normalmente estarão, direitos que lhe são conferidos por normas imperativas.

Vejamos. O que pode então levar um trabalhador a assinar uma declaração pela qual abdica dos seus direitos?

Desde logo, o momento da cessação de um contrato de trabalho representa, para a

⁷ O artigo 337.º n.º 1 CT estabelece que os créditos decorrentes do contrato de trabalho apenas prescrevem no prazo de um ano após o dia seguinte à sua cessação. Este preceito é favorável ao trabalhador, dispensando-o do ónus de reclamar os seus créditos durante a vigência do contrato, momento em que poderia temer a reação da entidade empregadora. Contudo, resulta em que seja comum as partes chegarem ao momento terminal do contrato de trabalho ainda com diversos créditos por liquidar.

⁸ Embora os trabalhadores figurem como declarantes das remissões abdicativas, consideramos pouco crível serem estes a propor a sua celebração. Como veremos, a entidade empregadora tem todo o interesse em que o acordo ocorra, não se vislumbrando especiais vantagens da parte do trabalhador na declaração.

⁹ Exemplos de formulações deste tipo de acordos: “Por este Acordo, o trabalhador declara expressamente, nada mais ter a receber da entidade empregadora, seja a que título for”; “Declaro que recebi as importâncias acima referidas, nada mais tendo a haver seja a que título for, ficando assim a Empresa liberta de quaisquer encargos, pelo que dou total quitação...”; “Declaro ter recebido da empresa o pagamento de todos os direitos emergentes da presente relação laboral, pelo que nada mais tem a reclamar ou exigir a esta empresa”.

maioria dos trabalhadores, um período de superior esforço financeiro. O mais comum é que ao final do contrato se siga um período de desemprego e, por consequência, sem rendimentos. Ora, o facto de se encontrar sem rendimentos não liberta o trabalhador de cumprir as mais diversas prestações a que está obrigado, sejam empréstimos ao banco, despesas alimentícias, suas e dos seus dependentes... Assim, o trabalhador poderá aceitar firmar tal declaração a troco de uma quantia monetária simplesmente porque esta se apresenta como um balão de oxigénio para o complicado período que terá de enfrentar, preferindo receber logo parte do valor a que tem direito à possibilidade de partir para esse período sem qualquer quantia, sem garantias sobre quando receberá tal quantia, ou até mesmo se a virá a auferir.

Por outro lado, pode ocorrer que o trabalhador assine esta declaração simplesmente por ignorância. O trabalhador pode não saber que tem direito a mais créditos do que aqueles que lhe foram disponibilizados. Não sendo jurista, pode nem ter noção que, em princípio, terá direito a auferir certa quantia pela cessação do contrato. O trabalhador pode até ignorar o efeito que terá a assinatura do documento de remissão abdicativa, sendo-lhe este apresentado como uma mera formalidade necessária ao fecho de contas.

Há ainda a possibilidade de o trabalhador assinar uma declaração deste jaez por guardar uma expectativa que o empregador o venha a contratar num outro momento, não pretendendo despertar qualquer animosidade que possa frustrar tal possibilidade. Deste modo, prefere não reivindicar o que tem direito, mantendo assim uma boa relação com a sua anterior entidade empregadora.

Até à alteração do nosso CT ocorrida pela promulgação da Lei n.º 13/2023, não existia no nosso ordenamento jurídico qualquer norma que proibisse expressamente a prática. Assim, como veremos de seguida, multiplicam-se os acórdãos pelos quais os nossos Tribunais vinham aceitando a celebração deste tipo de acordos, desde que ocorressem após, ou, pelo menos, por ocasião do final do contrato de trabalho.

Contudo, como fomos adiantando, estes acordos parecem-nos excessivamente prejudiciais para os trabalhadores, e, concomitantemente, altamente vantajosos para as entidades empregadoras. Sendo que a vantagem retirada pela entidade empregadora ocorre a custo dos seus trabalhadores. Assim, a admissibilidade do contrato de remissão abdicativa nas relações laborais parece-nos dificilmente compaginável com a própria génese do Direito do Trabalho.

Nestes termos, iniciaremos o presente capítulo com uma análise à jurisprudência que vinha sendo produzida sobre o tema, a qual, adiantamos, era maioritariamente a favor da admissibilidade da prática. Depois, procuraremos reunir os argumentos que a doutrina vinha esgrimindo a este respeito por forma a demonstrar que, mesmo antes do n.º 3 ser acrescentado ao artigo 337.º do CT, a tese da admissibilidade das remissões abdicativas em contexto laboral era, pelo menos, questionável.

2. A(s) posição(ões) da jurisprudência

2.1. A jurisprudência majoritária

A larga maioria dos arestos sobre a questão da remissão abdicativa no âmbito das relações laborais versa sobre situações em que um trabalhador, após a cessação do seu contrato de trabalho, exige que lhe sejam prestados créditos laborais que deste emergem – podendo, estes, decorrer de variadas causas, seja a retribuição base, formações não ministradas, trabalho suplementar, subsídios de natal, subsídios de férias (...). Por sua vez, no articulado de resposta, a entidade empregadora vem defender-se através de uma exceção inominada de remissão abdicativa, juntando prova documental pela qual demonstra a existência da celebração de um acordo com o trabalhador através do qual este assume ter recebido todos os créditos a que tem direito, renunciando aos demais créditos que possa ser titular decorrentes da relação laboral e da sua cessação.

Ora, o entendimento que vinha sendo dominante na jurisprudência era de que os acordos celebrados se podiam enquadrar como contratos típicos de remissão abdicativa, previstos no artigo 863.º do CC.

2.1.1. Enquadramento teórico

É comum que os arestos iniciem a sua fundamentação com um breve enquadramento teórico relativo à noção de remissão abdicativa.

Desde logo, os acórdãos referem-se à remissão abdicativa como sendo uma causa de extinção de obrigações, na qual, à semelhança das figuras da confusão e da prescrição, a obrigação não é cumprida. Diversas decisões¹⁰ utilizam a noção de Antunes Varela¹¹, definindo a remissão abdicativa como o contrato no qual “é o próprio credor que, com a aquiescência do devedor, renuncia ao poder de exigir a prestação devida, afastando definitivamente da sua esfera jurídica os instrumentos de tutela do seu interesse que a lei lhe conferia”.

Uma vez que a remissão abdicativa é um negócio jurídico bilateral, o que decorre expressamente do artigo 863.º, n.º 1, do CC, é dado destaque à necessidade de existirem duas declarações de vontade: por um lado do credor, declarando que renúncia ao direito de exigir a prestação, e, por outro, do devedor, que terá de a aceitar. Contudo, referem as decisões que a lei é “especialmente aberta à prova da aceitação do devedor, facilitada pelo disposto no art. 234.º do Código Civil”¹². Nestes termos, são certas as palavras do Juiz

¹⁰ Por exemplo: Ac. STJ de 01-02-2023, Proc. n.º 7080/19.3T8VNF.G1.S1, relator: Domingos José de Moraes; Acórdão TRP de 18-01-2021, Proc. n.º 1957/19.3T8VFR.P1, relatora: Rita Romeira; Ac. TRP de 30-05-2018, Proc. n.º 1166/17.6T8OAZ.P1, relator: Jerónimo Freitas.

¹¹ Varela, 2001, p. 243.

¹² Ac. TRE de 31-01-2019, Proc. n.º 9/18.8T8PTM.E1, relator: Mário Branco Coelho.

Conselheiro Gonçalves da Rocha que define a remissão abdicativa como a “renúncia manifestada pelo credor à prestação devida pelo devedor, tendo esta declaração a virtualidade de extinguir a obrigação desde que se verifique a aceitação do devedor, ainda que esta possa ser tácita, conforme prevê o artigo 234.º do C.C.”¹³.

2.1.2. A interpretação da declaração negocial

Após o enquadramento teórico, os arestos seguem para a interpretação da declaração negocial. A este propósito devemos referir que o nosso CC acolheu no seu artigo 236.º a teoria da impressão do destinatário. Ora, como explanam diversas decisões, esta doutrina assenta numa interpretação objetivista, “nos termos da qual a declaração negocial vale segundo a vontade exteriorizada pelo declarante e não segundo a sua vontade real”¹⁴. Assim sendo, de modo a aferir o sentido da declaração negocial emitida, importará saber qual o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, retiraria desta. Como mencionam ainda os acórdãos, embora o nosso CC adira à teoria da impressão do destinatário, fá-lo de uma forma mitigada, estabelecendo-lhe duas exceções, essas sim, de ordem subjetivista: “a primeira ocorre quando o sentido que um declaratório normal deduziria da declaração não puder, razoavelmente, ser imputado ao declarante (art. 236.º, n.º 1, *in fine*); a segunda ocorre quando o declaratório conhecer a vontade real do declarante (n.º 2 do art. 236.º)”¹⁵.

Assim, por forma a aferir se determinada declaração negocial traduz uma vontade de o trabalhador renunciar ao poder de exigir determinado crédito, o julgador pondera se “uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do declaratório, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer”¹⁶ retiraria tal sentido da declaração. De todo o modo, como vimos, tal conclusão não poderá ser contrária aos limites subjetivos estabelecidos pela norma: por um lado, não se poderá retirar um sentido da declaração com o qual o trabalhador não pudesse razoavelmente contar, e, por outro lado, no caso de o declaratório conhecer a vontade real do declarante, terá de ser esta a valer, independentemente da declaração negocial produzida.

Embora, como referimos, fosse “entendimento pacífico da jurisprudência (...) que o contrato de ‘remissão abdicativa’ tem plena aplicação no domínio das relações laborais”¹⁷, já não será tão rigoroso afirmar que a opinião fosse igualmente unívoca

¹³ Ac. STJ de 22-02-2017, proc. n.º 2236/15.0T8AVR.P1.S1, relator: Gonçalves Rocha.

¹⁴ Ac. TRP de 04-12-2017, Proc. n.º 3771/15.6T8AVR.P1, relator: Domingos Morais.

¹⁵ Ac. TRP de 04-12-2017, Proc. n.º 3771/15.6T8AVR.P1, relator: Domingos Morais.

¹⁶ Ac. TRP de 18-01-2021, Proc. n.º 1957/19.3T8VFR.P1, relatora: Rita Romeira.

¹⁷ Ac. TRP de 18-01-2021, Proc. n.º 1957/19.3T8VFR.P1, relatora: Rita Romeira.

relativamente ao conteúdo necessário para que tal declaração negocial consubstanciasse uma vontade de renunciar à prestação devida:

Em certas decisões, por um lado, ao serem analisadas cláusulas como “O segundo outorgante declara que todos os créditos resultantes do referido contrato de trabalho e da respectiva cessação já se encontram pagos, nada mais lhe sendo devido pela Primeira Outorgante, seja a que título for”^{18 19}, mediante os critérios referidos, o entendimento é de que estas revelam perfeitamente a vontade de renunciar a qualquer crédito que os declarantes pudessem deter sobre as entidades empregadoras: “Ora, no contexto factual em que tal declaração foi emitida, torna-se claro que o seu sentido só pode ter sido o de renunciar a todos os créditos que pudessem emergir da relação de trabalho”²⁰. Assim, defende o acórdão que o trabalhador declarante afirmar que ao assinar o referido acordo não pensava estar com isso a renunciar a qualquer crédito não revelará para determinar o sentido da declaração. O julgador segue um critério interpretativo que, como vimos, “assenta numa interpretação objectiva nos termos da qual a declaração negocial vale segundo a vontade exteriorizada pelo declarante e não segundo a sua vontade real”²¹.

Por outro lado, existem exemplos de decisões que, aplicando o mesmo critério a cláusulas semelhantes, acabam por retirar destas um sentido diverso. Repare-se nas seguintes declarações negociais: “Declaro para todos os efeitos legais que recebi da CC as quantias que tenho direito nada mais tenho a exigir à mesma”²²; “Por este Acordo, o segundo outorgante declara expressamente, nada mais ter a receber da primeira outorgante, seja a que título for”²³. Em ambos os casos o julgador entendeu que os trabalhadores pretendiam apenas declarar que auferiram determinada importância com a cessação do contrato de trabalho, não pretendendo com isso renunciar a qualquer direito. Neste sentido, os acordos celebrados seriam antes meras quitações²⁴. Estes

¹⁸ Ac. TRP de 04-12-2017, Proc. n.º 3771/15.6T8AVR.P1, relator: Domingos Morais.

¹⁹ Ou: “(...) venho assim por esta forma declarar de que nesta data me foram apresentados e entregues para recebimento e liquidação total (...) todos os m/créditos inerentes a minha curta passagem por esta empresa e c/isto, declaro de que mais nada tenho a receber” (Ac. TRP de 02-03-2017, Proc. n.º 2455/15.0T8VFR.P1, relatora: Paula Leal de Carvalho); ou ainda, “declara que recebeu da firma (...), todos os valores de remunerações a que tinha direito pela actividade laboral realizada até (...). Mais declara que não tem quaisquer outros valores a reclamar” (Ac. TRE de 05-11-2015, Proc. n.º: 63/14.1T8STB.E1, relator: João Luís Nunes).

²⁰ Ac. TRP de 04-12-2017, Proc. n.º 3771/15.6T8AVR.P1, relator: Domingos Morais, a fundamentação do acórdão destaca factos como o declarante ter sido assessorado por uma advogada, bem como ter dezanove anos de experiência enquanto gestor de empresas para sustentar que um declaratório normal, medianamente informado dos usos em voga no setor laboral depreenderia da declaração que o trabalhador pretendia renunciar a qualquer crédito que pudesse decorrer da sua relação laboral.

²¹ Em sentido contrário, Amado, 1993, p. 223, defende que a renúncia “pressupõe um certo conteúdo intelectual e volitivo, ou seja, pressupõe que o credor conhece o seu direito, tem consciência da sua existência, sabe que ele ainda se encontra insatisfeito e pressupõe também que o credor quer extinguir esse crédito, tem vontade de o abandonar, de dele se demitir”, este entendimento é subscrito nos seguintes acórdãos: Ac. TRP de 18-04-2016, Proc. n.º 2236/15.0T8AVR.P1, relatora: Maria José Costa Pinto; Ac. TRL de 17-12-2014, proc. n.º 277/12.9TTCSC.L1-4, relatora: Maria João Romba.

²² Ac. TRE de 11-05-2017, Proc. n.º 2720/15.6T8FAR.E1, relator: João Nunes.

²³ Ac. STJ de 22-02-2017 (Proc. n.º 2236/15.0T8AVR.P1.S1), relator: Gonçalves Rocha.

²⁴ No primeiro caso, o Tribunal acentua que se trata de uma “declaração genérica, diremos até demasiado genérica, que, por isso, não permite conexionar-se directamente com o contrato de trabalho dos autos e

acórdãos, à semelhança de outros que concluem pela não verificação do sentido remissivo das referidas declarações negociais aquando da aplicação da teoria da impressão do destinatário, baseiam o seu entendimento quer na generalidade da declaração²⁵ ²⁶, quer na falta da sua negociação²⁷.

2.1.3. O princípio da indisponibilidade dos créditos laborais

Concluída a questão da interpretação das declarações negociais, cumpre agora fazer uma referência ao princípio da indisponibilidade dos créditos laborais. Este princípio, mencionado expressamente em diversas das decisões que analisámos²⁸, estabelece que os trabalhadores não podem renunciar a créditos laborais durante a vigência do seu contrato de trabalho, isto porque, enquanto este decorre, estarão impedidos de dispor destes livremente pelo risco de se encontrarem constrangidos pelas características que se associam a uma relação jus-laboral, nomeadamente a subordinação jurídica e a dependência económica.

Ora, segundo o entendimento dominante na nossa jurisprudência, o princípio da indisponibilidade dos créditos laborais não seria posto em causa quando o acordo de renúncia é celebrado após a cessação do contrato de trabalho, uma vez que, cessada a

respectiva cessação”. Já quanto à segunda declaração, foi entendido pelo STJ que o sentido que o declaratório pretendia retirar, isto é, que a declaração incluiria uma renúncia ao direito de impugnar o termo do contrato de trabalho, esbarrava com o primeiro limite subjetivo da doutrina da impressão do destinatário pois “atendendo às circunstâncias em que foi feita a declaração do trabalhador (que com o pagamento da importância de 2.769,10 euros nada mais tinha a receber da R, fosse a que título fosse), não podemos concluir que fosse sua intenção renunciar à faculdade de impugnar a validade do termo que foi apostado ao contrato”. O acórdão destaca ainda que o trabalhador se encontrava de baixa médica quando o acordo foi assinado, que não ocorreram quaisquer negociações entre as partes e que o montante recebido pelo trabalhador correspondia aos valores que lhe seriam legalmente devidos pela cessação do contrato de trabalho.

²⁵ Exemplos de acórdãos seguidos das declarações negociais analisadas: Ac. TRP de 13-05-2015, Proc. n.º 214/14.6TTMTS.P1, relator: Eduardo Petersen Silva: “Declaro que no momento de rescisão do meu contrato com a C..., SA, me encontro pago de todas as remunerações a que tive direito, encontrando-se, nesta data, saldados todos os compromissos da Empresa para comigo”; Ac. TRP de 18-02-2013, Proc. n.º 78/11.1TTSTS.P1, Relator: Machado da Silva: “recebeu da sua ex-entidade patronal (...), todos os créditos emergentes do contrato de trabalho e da cessação do mesmo, nada mais tendo a receber ou a reclamar, seja a que título for”.

²⁶ Contudo, não são raras decisões que interpretam cláusulas igualmente vagas atribuindo-lhes esse sentido remissivo. Exemplos de acórdãos seguidos das declarações negociais analisadas: Ac. do TRE de 24-03-2011, Proc. n.º 601/09.1TTFAR.E1, Relator: João Luís Nunes: “Mais declara nada ter a receber, a qualquer título, da M..., SA, servindo este de quitação geral”. Ac. TRL 27-05-2009, Proc. n.º 3475/07.3TTLSB.L1-4, relatora: Isabel Tapadinhas: “Na importância referida no ponto 2º, estão incluídas todas as verbas devidas pela cessação do contrato, nada mais podendo ser reclamado seja a que título for”; Ac. STJ de 31-10-2007, Proc. n.º 07S1442, relator: Vasques Dinis: “Declara o segundo contraente nada mais ter a receber ou a reclamar, seja a que título for da primeira contraente”.

²⁷ Certos acórdãos referem que “o empregador paga determinada importância, exigindo em troca a emissão daquela declaração, a fim de evitar futuros litígios e, por sua vez, o trabalhador aceita passar essa declaração em troca da quantia que recebe” (Ac. STJ 25-05-2005, Proc. n.º 05S480, relator: Sousa Peixoto; Ac. TRP de 19-09-2005, proc. n.º 0512318, relator: Machado da Silva; Ac. TRP de 08-05-2008, Proc. n.º 0542317, relator: Fernandes Isidoro; Ac. TRP de 02-03-2017, Proc. n.º 2455/15.0T8VFR.P1, relatora: Paula Leal de Carvalho), assim sendo, a mencionada vantagem que o trabalhador retira e que é demonstrativa do interesse mútuo no acordo terá de ser negociada, não devendo corresponder ao valor que o trabalhador sempre receberia pela cessação do contrato de trabalho, mas sendo necessária uma compensação que justifique essa renúncia ao direito de peticionar créditos em falta.

²⁸ Por exemplo, Ac. TRL de 13-07-2010, Proc. n.º 3293/03.9TTLSB.L1-4, relatora: Paula Sá Fernandes; Ac. STJ de 25-11-2009, Proc. n.º 274/07.6TTBRR.S1, relator: Sousa Grandão.

relação laboral, deixariam de se verificar os referidos constrangimentos. Assim, um outro nível de análise realizado pelos acórdãos em causa é simplesmente temporal²⁹, procurando aferir o momento em que o acordo foi celebrado:

Nestes termos, quando se verifica que o acordo é assinado após a cessação do contrato de trabalho, a indisponibilidade dos créditos laborais não obsta à validade dos acordos, podendo operar a remissão abdicativa. É o que ocorre no acórdão do TRP de 18-01-2021, processo n.º 1957/19.3T8VFR.P1, do qual foi relatora Rita Romeira e no qual se pode ler: “No que respeita à admissibilidade da remissão abdicativa após a cessação do contrato de trabalho, isto é, sendo a declaração emitida aquando do acerto de contas após a cessação do contrato de trabalho, é sabido ser entendimento pacífico da jurisprudência e da doutrina que o contrato de “remissão abdicativa” tem plena aplicação no domínio das relações laborais, uma vez que a indisponibilidade de créditos provenientes de contrato de trabalho se impõe, apenas, durante a vigência do mesmo. Entende-se que cessada a relação laboral, já nada justifica que o trabalhador não possa dispor livremente dos seus eventuais créditos resultantes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, uma vez que já não se verificam os constrangimentos existentes durante a vigência dessa relação”³⁰.

Também existem exemplos na nossa jurisprudência nos quais a cessação do contrato de trabalho e a celebração do acordo de remissão abdicativa são consideradas simultâneas, não sendo possível definir qual ocorreu primeiro. Ora, também neste caso, a jurisprudência considera que não é posto em causa o princípio da indisponibilidade dos créditos laborais, podendo o acordo ser válido. É este o entendimento vertido no acórdão do TRL de 20-02-2002, processo n.º 00113314, no qual foi relator Seara Paixão: “A lei não exige qualquer hiato temporal entre a cessação e a renúncia, basta que esta possa livremente efectivar-se, que já não exista nenhum constrangimento resultante da vinculação jurídica do trabalhador à entidade patronal, nada obstando a que possa declarar-se a renúncia em simultâneo com a cessação do contrato”³¹.

Por fim, em razão do princípio da indisponibilidade dos créditos laborais, nos casos em que a celebração do acordo de remissão abdicativa precede a cessação do contrato de trabalho, aquele não produzirá o efeito de renúncia a qualquer crédito, mas apenas funciona como quitação comprovando o recebimento das quantias em si descritas. Veja-se o acórdão do TRP de 02-03-2017, Proc. n.º 2455/15.0T8VFR.P1, relatora: Paula Leal de Carvalho, muito esclarecedor quanto a esta questão, o qual refere: “Entende este

²⁹ Ou, como refere Rouxinol, 2022, p. 40, os arestos analisam a validade dos acordos com base num “critério (da vigência) da relação laboral”.

³⁰ Com um entendimento semelhante podemos ver: Ac. do TRE de 24-03-2011, Proc. n.º 601/09.1TTFAR.E1, Relator: João Luís Nunes; Ac. STJ de 31-10-2007, Proc. n.º 07S1442, relator: Vasques Dinis.

³¹ Igual entendimento tem o Ac. do STJ de 16-01-2008, proc. n.º 07S2884, relator: Sousa Grandão.

tribunal, na senda da jurisprudência maioritária, que as declarações dos trabalhadores no sentido de “nada mais lhes ser devido” ou sentido equivalente, quando emitidas na vigência do contrato, provam apenas o recebimento das quantias que referem, sendo ilegítimas extrapolações além disso. Tais documentos não são elaborados pelos subscritores, mas pelas beneficiárias da declaração e na vigência dos contratos, encontrando-se o trabalhador no quadro de influência da autoridade patronal, com todas os efeitos e tais documentos são elaborados e surgem no decurso de todo um processo negocial com o trabalhador no sentido da sua desvinculação, a culminar em pressões de vária ordem. Em tais circunstâncias, o trabalhador, necessitado do dinheiro, acaba por assinar tal tipo de declarações”.³²

Ainda assim, é possível encontrar arestos que consideram válidas renúncias a créditos laborais por parte do trabalhador num momento anterior à cessação do contrato de trabalho. Para tal, referem as decisões que o trabalhador terá de já ter conhecimento que o contrato irá cessar, tendo esta cessação de ser negociada com o trabalhador. É o caso do Acórdão do TRP de 30-05-2018, proc. n.º 1166/17.6T8OAZ.P1, do relator Jerónimo de Freitas, onde podemos ler: “Neste outro leque de situações em que também se admite como válida a celebração do contrato de renúncia abdicativa na fase de cessação do contrato de trabalho, isto é, antes de cessado o contrato de trabalho, mas sendo já conhecido que esse facto irá verificar-se, está subjacente a consideração de que existe um processo negocial entre o trabalhador e o empregador, anterior ao termo da relação jurídico laboral, mas que tem na sua origem precisamente esse facto futuro e destina-se a produzir os respectivos efeitos com a sua verificação”.³³

Tendo por base este pressuposto assente na jurisprudência de que os acordos em causa se podem subsumir a contratos de remissão abdicativa, desde logo, por ocorrerem após a cessação do vínculo³⁴, o que libertaria o trabalhador do “temor reverencial” que caracteriza as relações laborais, contornando assim o princípio da indisponibilidade dos créditos laborais, a questão é julgada através de umas lentes, porventura, excessivamente civilistas. Sendo o acordo tratado como aquele contrato civil típico, pouco resta ao julgador senão aplicar as regras da interpretação e validade do negócio jurídico.

Dessarte, consideramos que algumas destas decisões revelam desatenção pela laboralidade da relação jurídica em causa, não valorando o facto de estarmos perante uma relação desigual. Não subscrevemos a ideia de que a cessação do vínculo devolve ao

³² No mesmo sentido, podem ler-se os Ac. do TRP, 05-12-2011 processo n.º 845/09.6TTGMR.P1, relator: António José Ramos; Ac. TRP de 05-02-2018, Proc. n.º 29756/15.4T8PRT.P1, relator: Rui Penha; Ac. STJ de 31-10-2007, Proc. n.º 07S1442, relator: Vasques Dinis; Ac. do STJ de 01-06-2011, Proc. n.º 1001/05.8TTLRS.L1.S1, Relator: Sampaio Gomes.

³³ Com um entendimento semelhante: Ac. do TRE de 14-04-2016, proc. n.º 569/13.0TTSTR-A.E1, relator: José Feteira.

³⁴ Como referimos, nem sempre ocorre após a cessação do contrato de trabalho, existindo exemplos de acórdãos que julgam válidas remissões abdicativas simultâneas e até anteriores à sua cessação.

trabalhador toda a sua autonomia, libertando-o de todos os constrangimentos que se verificam enquanto está vinculado à tríade de poderes patronais. Desta feita, consideramos que, mesmo antes da promulgação da ATD, fosse defensável a invalidade deste tipo de acordos, opinião que remetemos para outro momento³⁵.

2.2. Os acórdãos “Douro Azul”

Para concluir a parte do nosso trabalho dedicada à análise das decisões judiciais relativas à remissão abdicativa, entendemos ser pertinente destacar dois recentes acórdãos do STJ que, apesar de serem anteriores à promulgação da ATD, divergem da jurisprudência que vinha sendo produzida sobre o tema, podendo ter servido de incentivo ao aditamento do 3.º número do artigo 337.º CT. Referimo-nos aos dois acórdão do STJ de 07-09-2022 e 02-11-2022, ambos proferidos no âmbito do Processo n.º 16670/17.8T8PRT.P1.S1³⁶, cujo relator foi Júlio Gomes.

Os autos em causa opõem a sociedade Douro Azul, entidade empregadora que se dedica à exploração de viagens de cruzeiro pelo rio Douro e uma trabalhadora, que trabalhava como camaroteira nesses mesmos cruzeiros.

Sintetizando, a trabalhadora celebrou com a entidade empregadora um total de oito contratos a termo resolutivo certo, sendo a aposição de cada termo justificada pela sazonalidade da atividade em causa. Cada um dos vínculos cessou por comunicação da entidade empregadora aquando da verificação do prazo estabelecido no termo, sendo que apenas o último contrato cessou de forma distinta, tendo a entidade empregadora denunciado o oitavo contrato sucessivo celebrado alegando que as partes ainda se encontravam no período experimental. Depois de cada cessação, a trabalhadora assinava uma declaração semelhante às que vimos analisando afirmando que estariam liquidados todos os créditos que pudesse deter sobre a empresa.

Após este último contrato ter cessado, a trabalhadora reagiu judicialmente alegando que a atividade da empresa não teria carácter sazonal, pelo que aquela não teria qualquer motivo para a aposição do termo aos contratos celebrados. Deste modo, peticionou que os sucessivos contratos fossem considerados um contrato por tempo indeterminado e que a cessação do último contrato fosse considerada um despedimento ilícito. Por outro lado, peticionou ainda que os diversos acordos de remissão abdicativa fossem considerados inválidos, de modo a receber todos os créditos laborais em falta.

³⁵ Pontos 3.1, 3.2 e 3.3 *infra*.

³⁶ O segundo acórdão do STJ veio a ser proferido na sequência de a Ré ter invocado diversas nulidades ao primeiro acórdão.

Conquanto que a primeira e segunda instância tenham julgado a ação improcedente³⁷, sendo a Ré absolvida de ambos os pedidos, o STJ teve um entendimento diferente, decidindo pela procedência dos pedidos da autora³⁸.

Uma vez que não é relevante para o nosso estudo, deixaremos de parte a questão da sazonalidade da atividade da empresa, destacando apenas a parte do acórdão relativa à admissibilidade da remissão abdicativa.

Quanto à interpretação da declaração negocial, o segundo aresto do STJ não deixa de mencionar a teoria da impressão do destinatário, contudo, antes de o fazer, parte de uma referência à “especial vulnerabilidade” do trabalhador “enquanto parte mais débil da relação contratual”, vulnerabilidade que não se extingue com a mera cessação do vínculo. Refere ainda que existem casos em que o trabalhador assina acordos de remissão abdicativa na “tentativa de encontrar um posto de trabalho junto do mesmo empregador”, o que poderá ter ocorrido nos autos, uma vez que a entidade empregadora celebrou oito contratos a termo certo com a trabalhadora, sempre intercalados por declarações daquele tipo. O julgador expõe estas razões de modo a justificar a necessidade de “interpretar com cuidado as remissões abdicativas dos trabalhadores”.

Aplicando o artigo 236.º, n.º 1, do CC, o aresto menciona que uma remissão abdicativa apenas poderá abranger as consequências de um despedimento ilícito no caso do trabalhador ter “consciência, o conhecimento de que se foi alvo de um despedimento ilícito ou, pelo menos, de que a renúncia abrange tal hipótese”, baseando tal entendimento no primeiro limite subjetivo que o nosso código estabelece à doutrina da impressão do destinatário. Assim, não será razoável considerar que a trabalhadora devia ter conhecimento de que foi despedida ilicitamente.

Terminando a questão da interpretação da declaração, o julgador refere que está em causa uma remissão gratuita, razão pela qual se deverá ter em conta o artigo 237.º do CC. Esta norma estabelece que, no caso de existirem dúvidas sobre o sentido a atribuir à declaração de um negócio gratuito, deverá prevalecer o sentido menos gravoso para o disponente. Ora, o sentido que se pode atribuir à declaração que implica menos sacrifício para o disponente é, naturalmente, o de não pretender renunciar ao direito de impugnar o despedimento ilícito de que foi alvo.

Estes acórdãos do STJ também não se alinham com a jurisprudência que vinha aplicando aquele critério temporal para aferir se determinada remissão abdicativa estaria a violar o princípio da indisponibilidade dos créditos laborais.

³⁷ Embora o Acórdão do Tribunal da Relação contasse com um voto vencido do Juiz Desembargador Domingos Morais: Ac. TRP de 22-01-2021, proc. n.º 16670/17.8T8PRT.P1, relatora: Teresa Sá Lopes.

³⁸ O Ac. do STJ foi também tirado por maioria, tendo contado com um voto de vencido da Juiz Conselheira Leonor Rodrigues.

A este propósito, o primeiro acórdão começa por aludir ao entendimento de que a validade da remissão abdicativa depende “da existência ou não de subordinação jurídica por parte do trabalhador no momento da renúncia”. Contudo, segue afirmando que a “subordinação psicológica (...) pode existir já na fase pré-contratual”. Ou seja, o julgador entende que a ideia de subordinação não se limitará necessariamente à vigência do vínculo, não se limitará a uma subordinação jurídica.

Neste seguimento, adianta a possibilidade de a trabalhadora apenas ter emitido aquelas declarações por “esperança de poder voltar a ter emprego com o mesmo empregador”. Tendo em conta que por sete vezes a trabalhadora viu o seu vínculo cessar após a verificação do seu termo, e por sete vezes tornou a ser contratada poucos meses após a cessação, afigura-se provável que esta guardasse uma expectativa de que voltaria a ser contratada. O aresto que analisamos viu nesta expectativa um exemplo de *subordinação psicológica*. Por esta razão, julgou os acordos de remissão abdicativa inválidos, pese embora fossem emitidos após a cessação do contrato de trabalho, momento em que a jurisprudência entendia que já estaria liberta de qualquer constrangimento decorrente da relação jus-laboral.

Assim, os acórdãos em causa distanciam-se da jurisprudência que vinha sendo produzida relativamente aos acordos de remissão abdicativa, sendo de particular importância o entendimento perfilhado relativamente às duas questões que destacámos: da interpretação da declaração, aplicando os critérios interpretativos, mas sem ignorar que estamos perante uma relação laboral, e da subordinação jurídica, demonstrando que esta poderia subsistir para lá do vínculo, pelo que nem sempre será suficiente aplicar o critério temporal.

3. O(s) entendimento(s) da doutrina

3.1. A irrenunciabilidade dos direitos conferidos por normas imperativas

Como sabemos, o CT contém, além de normas dispositivas, normas absolutamente imperativas, isto é, disposições que “não admitem derrogação do respetivo regime por fonte hierarquicamente inferior”³⁹, e, sobretudo, normas imperativas relativas, ou seja, “as que admitem derrogações por fonte hierarquicamente inferior num sentido, mas não no seu contrário – em regra, em sentido mais favorável ao trabalhador, mas não em seu prejuízo”⁴⁰

Aliás, o legislador laboral fixou, no artigo 3.º, n.º 4, do CT, a regra de que os

³⁹ Amado, et al., 2023, p. 60.

⁴⁰ Amado et al., 2023, p. 60.

preceitos que regulam o contrato de trabalho apenas podem ser por este afastados no caso de estabelecerem condições mais favoráveis para os trabalhadores. Mais, o artigo 121.º, n.º 2, do CT dispõe que, no caso de uma cláusula do contrato de trabalho ser contrária a uma norma imperativa, esta deverá substituí-la automaticamente.

Assim, é evidente a intenção do legislador laboral de não deixar espaço à autonomia privada no que toca à regulação de certos direitos que considerou imprescindíveis à subsistência e bem-estar do trabalhador⁴¹. Nestes casos, apenas permitindo que as partes utilizem a sua liberdade contratual para fixar condições mais favoráveis para o trabalhador.

Tendo em conta a opção do legislador de blindar desta forma certos direitos do trabalhador, a questão formulada por Milena Rouxinol⁴²: “não implicará esta imperatividade, como seu efeito natural, a invalidade da renúncia aos direitos decorrentes da norma em causa?”, já nos parece ser de uma evidência tal que nem requereria resposta. No entanto, a verdade é que as decisões dos nossos tribunais vinham sendo no sentido de julgar válidos os atos abdicativos desses direitos conferidos por normas imperativas.

Assim, é possível responder à questão mediante duas teses.

Afirmativamente, estabelecendo o legislador que determinada norma não pode ser afastada mediante contrato de trabalho, devemos considerar que esta consagra um direito inderrogável. Admitir que o referido direito pode ser dispensado mediante uma declaração do trabalhador retirar-lhe-ia o efeito pretendido pelo legislador. Como esclarece João Leal Amado⁴³. “O Direito do Trabalho existe para se aplicar, dir-se-ia que inelutavelmente, às relações laborais. As suas normas constituem direito necessário, conferindo uma espécie de estatuto protetor do trabalhador, o qual é formado por uma grande diversidade de direitos – a ser admitida a renúncia a estes direitos, estaríamos, no fundo, a facultar ao empregador a consecução, por tal via, daquilo que lhe seria contratualmente impossível, assim se defraudando as normas juslaborais (e, bem vistas as coisas, assim se transformando o ordenamento juslaboral num verdadeiro gigante com pés de barro...)”.

Negativamente, segundo um outro entendimento, a imperatividade de uma norma não acarreta a irrenunciabilidade do direito que consagra. Leal Amado⁴⁴ explicita esta teoria nos seguintes termos: “Estes dois fenómenos operariam em zonas distintas,

⁴¹ Compreende-se a desconfiança por parte do legislador laboral relativamente à liberdade contratual. Dada a discrepância de poder negocial que quase sempre se verifica entre a entidade empregadora e trabalhador, entregar a totalidade do conteúdo do contrato de trabalho à autonomia privada resultaria certamente numa *corrida ao fundo do poço*.

⁴² Rouxinol, 2022, p. 40.

⁴³ Amado, 1993, p. 204. Também neste sentido, Rouxinol, 2022, pp. 36-38.

⁴⁴ Amado, 1993, p. 205.

claramente demarcados. A imperatividade da norma referir-se-ia a uma primeira fase (fase genética), incidindo sobre a liberdade contratual das partes, cerceando-a e impedindo que estas estipulem cláusulas desconformes com o regime estabelecido pela norma inderrogável. Esta última, porém, já nada teria a ver com as vicissitudes futuras do direito por ela conferido: assim, adquirido imperativamente tal direito, nada impediria o trabalhador de dele dispor livremente, no exercício das faculdades em que se desdobra o conteúdo do direito subjetivo (...) esta, [a irrenunciabilidade] para se verificar, teria de ser expressamente prevista pelo legislador, não constituindo qualquer derivação, lógica e irrefragável, daquela [da imperatividade da norma]”⁴⁵.

Este segundo grupo da doutrina realça que o legislador optou por afirmar expressamente a irrenunciabilidade de alguns dos direitos que decorrem de normas imperativas⁴⁶; é o que ocorre relativamente ao direito a férias (237.º n.º 3 CT), aos créditos emergentes de acidentes de trabalho (78.º LAT) e ao direito à greve (530.º n.º 3 CT). Assim, consideram que o facto de o legislador não ter positivado a irrenunciabilidade de outros créditos laborais se traduz na possibilidade da sua renúncia, pelo menos, aquando da cessação do contrato de trabalho.

De todo o modo, esta tese não nos convence. Parece-nos mesmo que da imperatividade da norma terá de resultar a impossibilidade de o trabalhador renunciar livremente aos direitos que lhe são conferidos. Ao fim e ao cabo, a tese acaba por ser sustentada por um argumento *a contrario*: uma vez que a lei estabelece expressamente a irrenunciabilidade de certos direitos, não fixa a regra para os demais. Contudo, é necessário, como adverte Baptista Machado⁴⁷, verificar “se a norma que aparentemente nos aparece como excepcional não representará antes o afloramento de um princípio ou critério normativo que, por inadvertência, recebeu apenas uma expressão avulsa insuficiente no sistema da lei”. E, com base neste texto, Leal Amado⁴⁸ conclui que “não custa aceitar que, num ramo de direito como é aquele em que nos movemos (...) seja isto, justamente, o que tenha acontecido: isto é, que casos como os do direito a férias ou do direito à greve constituam, tão-só, puras manifestações explícitas de um princípio geral implícito – o princípio da irrenunciabilidade dos direitos dos trabalhadores”.

Aliás, a nossa jurisprudência, embora não assuma a conexão entre a imperatividade das normas e a irrenunciabilidade dos direitos que estas concedem, não admite que aqueles acordos de remissão abdicativa ocorram durante a vigência do contrato de trabalho. Esta inadmissibilidade defendida nas decisões judiciais funda-se no entendimento de que, neste momento, os trabalhadores estarão impedidos de decidir

⁴⁵ Neste sentido, Xavier & Martins, 2009, pp. 456-458; Vasconcelos, 2010, pp. 317-318.

⁴⁶ Xavier & Martins, 2009, pp. 463-467.

⁴⁷ Machado, 2006, p. 187 em nota de rodapé.

⁴⁸ Amado, 1993, p. 210.

livremente. Como destaca Milena Rouxinol⁴⁹ este fundamento “também se associa à imperatividade (mínima) das normas em face do acordo entre os sujeitos do contrato de trabalho, à solução, portanto, do artigo 4.º, n.º 3, do CT”. Conclui então a autora que “apesar de não ser líquido na doutrina nacional que a inderrogabilidade das normas jurídico-laborais implica a irrenunciabilidade dos direitos reconhecidos pelas mesmas, este nexó está patente (...). Com efeito, reiteremo-lo, têm sido considerados inválidos atos de renúncia a direitos laborais, desde que tenham lugar ainda na vigência da relação laboral”.

Como demos nota no ponto do nosso trabalho dedicado às decisões judiciais⁵⁰, a nossa jurisprudência vinha ultrapassando a questão aceitando os acordos de remissão abdicativa desde que estes ocorressem após ou por ocasião da cessação do contrato de trabalho, tornando-se a análise meramente temporal: seria necessário aferir em que momento foi celebrado o acordo, aceitando a sua validade quando este não tenha sido celebrado durante a vigência do contrato de trabalho⁵¹. Esta posição leva-nos a um novo ponto, o de escrutinar este critério.

3.2. O critério temporal

Como vimos, os arestos relativos à remissão abdicativa no âmbito das relações laborais consideravam estes acordos inválidos quando celebrados durante a vigência do contrato de trabalho. Faziam-no por entenderem que, enquanto o contrato de trabalho dura, o trabalhador se encontra “no quadro de influência da autoridade patronal, (...) e tais documentos são elaborados e surgem no decurso de todo um processo negocial com o trabalhador no sentido da sua desvinculação, a culminar em pressões de várias ordem”⁵². Porém, quando o acordo é celebrado após a quebra do vínculo a jurisprudência já admitia declarações daquele tipo.

Perguntamo-nos, que alteração radical ocorre na esfera jurídica das partes que justifique a desfiguração do ordenamento laboral? O que ocorre para se entender que o trabalhador deixa de necessitar da tutela laboral, passando a ter total capacidade para dispor dos seus direitos? Considerava a jurisprudência maioritária que com a cessação do contrato de trabalho “já não se verificam os constrangimentos existentes durante a vigência dessa relação”⁵³, pelo que o trabalhador já poderia dispor daqueles direitos provenientes de normas imperativas. Mas será mesmo assim?

⁴⁹ Rouxinol, 2022, p. 39.

⁵⁰ Ponto 2.1.3. *supra*.

⁵¹ Salvo algumas exceções que admitem a sua admissibilidade mesmo tendo ocorrido durante a vigência do contrato de trabalho, como o que fizemos referência na nota de rodapé n.º 33.

⁵² Ac. TRP de 02-03-2017, Proc. n.º 2455/15.0T8VFR.P1, relatora: Paula Leal de Carvalho.

⁵³ Ac. TRP de 18-01-2021, Proc. n.º 1957/19.3T8VFR.P1, relatora: Rita Romeira.

Como alerta Milena Rouxinol⁵⁴, o critério temporal peca, desde logo, pelo seu artificialismo. Refere a autora que “no limite, a validade de uma declaração remissiva dependeria de ela ser assinada no dia – ou no momento – imediatamente anterior ou imediatamente posterior ao da cessação do vínculo, havendo ainda que decidir o destino daquela que fosse outorgada em simultâneo com o próprio ato extintivo, ou com a produção dos efeitos do mesmo, que, de resto, podem não coincidir...”. Como vimos, esta questão é contornada pela jurisprudência, aceitando acordos celebrados em simultâneo com a cessação ou por ocasião desta⁵⁵.

Devemos dizer que tal solução também nos parece insustentável. Não entendemos como se poderá considerar que, no momento em que sabe que irá ser despedido, o trabalhador se liberta dos constrangimentos conaturais à relação laboral, passando a ter capacidade para dispor de direitos até aí irrenunciáveis. Na verdade, cremos que esta será das alturas em que o poder negocial das partes será mais díspar, podendo o trabalhador assinar a declaração apenas com a aspiração de que a cessação não se verifique, que a entidade empregadora o torne a contratar, ou, simplesmente, para não frustrar a possibilidade de esta o recomendar a uma futura entidade empregadora⁵⁶.

De todo o modo, a nossa crítica não se fica pelo artificialismo do critério aplicado. Julgamos não estar enganados ao defender que a imperatividade das normas e correspondente irrenunciabilidade dos direitos não se justifica meramente pela necessidade de proteger o trabalhador numa relação desigual na qual poderá ser constrangido pela entidade empregadora. A irrenunciabilidade decorre da própria natureza dos direitos em causa, os quais, tendo o legislador laboral considerado imprescindíveis à subsistência e bem-estar do trabalhador, consagrou mediante normas imperativas. A natureza dos direitos não se esgota com a cessação do contrato de trabalho. Na verdade, este é um momento em que as necessidades do trabalhador que impõem a imperatividade das normas se poderão manifestar especialmente. Destarte, não nos parece que o critério de julgar a admissibilidade dos acordos aferindo se o trabalhador se encontra ou não sob a subordinação jurídica da entidade empregadora seja adequado. Os interesses a acautelar e que justificam o recurso a normas imperativas mantêm-se esteja o trabalhador no quadro de influência da entidade patronal ou não. Como expressa Milena Rouxinol⁵⁷ se entendermos que o fundamento da irrenunciabilidade dos direitos em causa decorre da “ordenação valorativa traduzida por aqueles comandos imperativos”, teremos “um fundamento objetivo, supraindividual,

⁵⁴ Rouxinol, 2022, p. 40.

⁵⁵ Ponto 2.1.3. *supra*.

⁵⁶ Para não mencionar a, seja-nos permitida a expressão, *cartelização* que se verifica em alguns ramos profissionais, nos quais a má relação com uma entidade empregadora significa que está dará indicações às demais empresas do sector para não contratar determinado trabalhador.

⁵⁷ Rouxinol, 2022, p. 41.

naturalmente subsistente para além da extinção do vínculo”.

De todo o modo, a nossa posição pode ser defendida mesmo tendo em conta apenas o argumento ao qual a jurisprudência vinha sendo sensível nesta matéria – a subordinação jurídica e consequente incapacidade para dispor livremente de direitos por parte do trabalhador. Não cremos que a cessação do contrato de trabalho tenha como efeito igualar a capacidade negocial entre as partes contratantes, mantendo-se, de certa forma, a referida subordinação. Como alerta Milena Rouxinol⁵⁸ é “muito duvidoso que, ao menos em alguns casos, possa, tranquilamente, afirmar-se já não sobraem razões para a declaração do (ex-)trabalhador estar livre do mencionado ‘vício da vontade presumido’, assim que extinto (...) o contrato de trabalho”⁵⁹.

Os acórdãos “Douro Azul” aos quais fizemos referência⁶⁰ valoraram esta subordinação a que nos referimos, descrevendo-a, no primeiro aresto, como “subordinação psicológica”. Este mesmo acórdão afirma que a subordinação não se limita à vigência do vínculo. O segundo acórdão refere mesmo que “a especial vulnerabilidade do trabalhador não é criada pelo contrato, mas preexiste ao mesmo”, e ainda que “não desaparece necessariamente com a cessação do contrato de trabalho”.

Estas decisões destacam-se da jurisprudência que vinha sendo produzida, além do mais, por compreenderem que a subordinação dos trabalhadores pode subsistir – e, arriscamos, por norma subsiste – à cessação do vínculo. Como refere o acórdão, a vulnerabilidade do trabalhador preexiste ao próprio contrato. Não raras vezes, o seu trabalho é a única fonte de rendimentos para fazer face às suas necessidades, dependendo assim de uma entidade empregadora que o contrate. Partindo deste pressuposto de dependência do trabalhador relativamente à entidade empregadora, não nos parece leal defender uma igualdade entre as partes em qualquer momento, seja antes, durante ou após a vigência do contrato de trabalho. Nestes termos, a proteção conferida pelo ordenamento jus-laboral justifica-se sempre, e esta não se compagina com a admissibilidade de acordos de remissão abdicativa.

3.3. A interpretação da declaração negocial

Para completar o presente capítulo devemos fazer ainda referência sobre o sentido a retirar das declarações negociais em causa.

Para este efeito, vinha a jurisprudência aplicando invariavelmente o princípio da impressão do destinatário, concluindo quase sempre que o acordo se enquadrava no

⁵⁸ Rouxinol, 2022, p. 44.

⁵⁹ Expressão utilizada entre nós por Amado, 1993, p. 215, para se referir aos casos de renúncia a créditos por parte do trabalhador antes de o contrato cessar pois, nesse momento, a compressão da liberdade do trabalhador sujeito à entidade patronal será de tal ordem que se deverá presumir a sua vontade viciada.

⁶⁰ Ponto 2.2. *supra*.

negócio típico de remissão abdicativa. Contudo, tendo em conta a laboralidade da relação, bem como as concretas circunstâncias em que os acordos são firmados, não cremos que a aplicação do critério nos conduza a um resultado acertado.

Senão vejamos, a doutrina da impressão do destinatário é uma teoria marcadamente civilista, isto é, pensada para interpretar negócios nos quais as partes dispõem de um poder negocial semelhante, equilibrado. Como resulta da leitura do artigo 236.º CC, o legislador toma a clara opção de proteger o declaratário face a um declarante que se possa ter exprimido incorretamente, tutelando as expectativas que o declaratário possa ter da ação do declarante. Aplicar esta teoria aos acordos que analisamos resultaria na situação inusitada de se proteger a entidade empregadora enquanto declaratária, punindo-se a atuação do trabalhador, o declarante. Ora, mais uma vez, considerando o fim que se associa ao Direito do Trabalho de proteger o trabalhador enquanto parte mais fraca da relação jus-laboral, não nos parece que a solução seja adequada⁶¹.

A situação torna-se ainda mais insólita se tivermos em conta que, embora seja o trabalhador a surgir como declarante, é a entidade empregadora quem sugere a celebração deste tipo de acordos. Neste sentido, questiona Milena Rouxinol⁶². “Fará sentido, num contexto como este, buscar e fazer prevalecer, como se nenhuma especificidade circunstancial existisse, aquele sentido interpretativo que protege a expectativa do declaratário, com base na assunção de que o declarante tem o ónus de se exprimir adequadamente? Será legítimo proceder assim, se aquele declaratário, o empregador, é na verdade, o autor material da declaração, o seu proponente, e o declarante é o trabalhador, a cuja esfera ela já chegou na sua fórmula final, certamente, aliás, escolhida com cuidado, para bem espelhar a vontade do declaratário que, assim, a pôde *ab initio* tutelar?”.

Aplicando acriticamente o princípio da impressão do destinatário às declarações que descrevemos, o sentido normal que um declaratário colocado naquela situação parece-nos ser, naturalmente, o de considerar que, pelo recebimento de determinada quantia, o declarante pretendeu renunciar aos eventuais créditos que pudesse deter sobre o trabalhador. Contudo, insistimos, não está em causa um mero contrato civil no qual se verifica um poder negocial semelhante entre as partes, mas antes um acordo celebrado no âmbito de uma relação laboral, com todas as condicionantes que a tal se associa. Ora, não cremos que o declaratário normal esteja dotado da sensibilidade necessária para valorar esta particularidade, pelo que a sua interpretação não será apropriada nestes casos.

⁶¹ Neste sentido, Vasconcelos, 2010, pp. 376 e 377.

⁶² Rouxinol, 2022, p. 27.

Todavia, parece-nos que o legislador deixou ao julgador as ferramentas necessárias para interpretar a declaração de um modo distinto. Referimo-nos aos limites subjetivos que decorrem do artigo 236.º, n.º 1 *in fine* e 236.º, n.º 2, ambos do CC. Estabelece o primeiro que a declaração não pode valer com um sentido com o qual o declaratório não possa contar, e o segundo que, no caso de o declarante conhecer a vontade real do declaratório, deverá ser esse o sentido a retirar da declaração negocial.

Partindo então destes preceitos, qual deverá ser o sentido a atribuir à declaração? Desde logo, para a nossa análise, devemos dividir a declaração em duas partes que tipicamente se verificam: uma primeira, na qual o trabalhador afirma ter auferido determinada quantia, e uma segunda, onde refere que nada mais tem a receber da entidade empregadora. A primeira parte não levanta questões, tendo a entidade empregadora pago determinada quantia ao trabalhador tem direito a exigir deste a respetiva quitação, contudo, não decorre daqui a intenção de renunciar a qualquer crédito. No nosso entender, o erro consiste em atribuir àquela segunda proposição esse sentido abdicativo.

Na verdade, parece-nos que este sentido que a jurisprudência vinha atribuindo a declarações deste tipo esbarra com o primeiro limite que descrevemos. Como defender que o trabalhador previa que, ao auferir determinada quantia à qual sempre teria direito, estaria a renunciar a outros créditos? O que o levaria a ter este ato caridoso com a sua entidade empregadora no momento em que o seu contrato cessou ou está em vias de cessar? Julgamos que apenas terá tal atuação no caso de a sua vontade se encontrar viciada porque, de algum modo, a subordinação conatural à relação laboral ainda subsiste, ou ainda, porque desconhece os créditos a que tem direito.

A remissão abdicativa não pode ser admitida em qualquer um destes casos. Já tivemos oportunidade de nos debruçar quanto ao primeiro a propósito do critério temporal⁶³. No segundo caso, a impossibilidade de atribuir à declaração um sentido abdicativo decorrerá do facto de tal negócio requerer, como descreve Leal Amado⁶⁴ “um certo conteúdo intelectual e volitivo – ou seja, pressupõe que o credor conhece o seu direito, tem consciência da sua existência, sabe que ele ainda se encontra insatisfeito; e pressupõe que o credor quer extinguir esse crédito, tem vontade de o abandonar, de dele se demitir”. Nestes casos, o trabalhador não tem essa intenção de extinguir qualquer crédito porque nem sequer tem conhecimento da sua existência, julgando ter auferido tudo quanto tem direito.

Contribui ainda para este desconhecimento o facto de estas cláusulas assumirem fórmulas genéricas, não distribuindo por parcelas a origem dos créditos. Assim, o

⁶³ Ponto 3.2 *supra*.

⁶⁴ Amado, 1993, p. 223.

trabalhador é confrontado com uma quantia mais ou menos generosa que representa o pretense total dos créditos em dívida, acabando por ignorar a que títulos auferia tais valores.

Deste modo, o sentido a atribuir a declarações deste tipo terá de ser aquele com o qual o trabalhador conta quando as subscreve, ou seja, o julgador deverá considerar que esta se trata de uma simples declaração de ciência pela qual o trabalhador afirma considerar que os créditos que lhe eram devidos foram prestados, mas sem extrapolar para uma intenção de dispor de eventuais créditos que possam ainda estar em dívida⁶⁵.

⁶⁵ Amado, 1993, p. 224.

Capítulo II – O (novo) artigo 337.º, n.º 3, do Código de Trabalho

1. Análise da norma

Com a promulgação da Lei n.º 13/2023 de 3 de abril, pela qual se concretizou a designada ATD, foi acrescentado ao artigo 337.º do CT um terceiro número com a seguinte formulação: “O crédito de trabalhador, referido no n.º 1, não é suscetível de extinção por meio de remissão abdicativa, salvo através de transação judicial”.

Entendemos, como defendemos na primeira parte do nosso trabalho, que a impossibilidade de o trabalhador abdicar dos seus créditos laborais já resultava do caráter imperativo (relativo) dos preceitos que os consagram⁶⁶. Referimos ainda que, mesmo não se aderindo à nossa tese, os acordos em causa sempre teriam de ser considerados inválidos por consequência do vício de vontade que presumivelmente se verifica – seja em razão da subordinação do trabalhador em relação à entidade empregadora⁶⁷, seja do seu desconhecimento quanto à existência de créditos⁶⁸.

De todo o modo, o entendimento maioritário da jurisprudência era o de considerar estes acordos válidos. Assim, era atribuído aos acordos um sentido remissivo desde que celebrados após a cessação do vínculo, ou por ocasião desta^{69 70}.

Ao consagrar expressamente a proibição da prática que descrevemos, o legislador pretendeu alterar o rumo que vinha sendo seguido relativamente a esta matéria⁷¹. Tendo em consideração os interesses do trabalhador em jogo, esta parece-nos ser uma das alterações mais relevantes da ATD.

Faremos agora uma breve análise à norma, e, seguidamente, procuraremos reunir as críticas apontadas pela doutrina, realizando a nossa apreciação destas.

1.1. Âmbito temporal

Embora fosse este o entendimento maioritário entre a jurisprudência, é de notar que passa a existir uma norma expressa a proibir a renúncia a créditos laborais na decorrência do contrato de trabalho. Desta forma, são os julgadores dispensados de retirar tal conclusão do facto de os trabalhadores estarem, durante a vigência do contrato, impossibilitados de dispor livremente dos seus créditos.

Sendo já esse o efeito prático aplicado pelos julgadores, parece-nos que a norma foi especialmente pensada para um outro momento, o posterior à cessação do contrato

⁶⁶ Ponto 3.1 *supra*.

⁶⁷ Ponto 3.2 *supra*.

⁶⁸ Ponto 3.3 *supra*.

⁶⁹ Ponto 2.1.3 *supra*.

⁷⁰ Existindo ainda arestos que julgaram válidas remissões abdicativas ocorridas antes da cessação do vínculo: nota de rodapé n.º 33 *supra*.

⁷¹ Neste sentido Vasconcelos, 2023, p. 123.

de trabalho. Esta altura, como vimos, é propícia à celebração de acordos de remissão abdicativa. Não estabelecendo a norma nada em contrário, devemos entender que esta também se aplica após a extinção do vínculo jus-laboral⁷², sendo alterado o rumo seguido pela jurisprudência relativamente à questão.

Deste modo, passa a ser evidente que, deparando-se o julgador com um contrato de remissão abdicativa no âmbito de uma relação de trabalho, terá de o considerar nulo por ser contrário à lei, aplicando os artigos 280.º, n.º 1 CC e 337.º, n.º 3 CT, independentemente do momento em que este tenha sido celebrado.

Cumprindo ainda destacar que o legislador mantém no artigo 337.º n.º 1 CT o prazo de prescrição dos créditos laborais. Assim, o novo número não fixa a imprescritibilidade – indisponibilidade, *hoc sensu* – destes direitos⁷³, tendo o trabalhador o ónus de os reclamar antes da verificação daquele prazo.

Deste modo, a norma aplica-se durante toda a vigência do contrato de trabalho, projetando-se ainda para lá da sua cessação até que ocorra a respetiva prescrição⁷⁴.

1.2. Âmbito objetivo; a excecionalidade da transação judicial

Antes de mais, devemos aferir que direitos estão abrangidos pela proibição expressa pelo artigo 337.º, n.º 3. O novo preceito refere-se ao *crédito do trabalhador*, remetendo a sua circunscrição para o n.º 1 do mesmo artigo. Através da remissão, o legislador clarifica que estão incluídos todos os direitos patrimoniais do trabalhador, sejam estes emergentes do contrato de trabalho, da sua cessação ou mesmo da sua violação.

Neste sentido, a regra é – considerará a doutrina maioritária que passou a ser⁷⁵, no nosso entender, o preceito vem apenas confirmar o que já decorria da imperatividade das normas em causa – a da impossibilidade de o trabalhador abdicar de qualquer direito patrimonial por meio de remissão abdicativa.

Por outro lado, o legislador fixou uma exceção à regra estabelecida através da expressão *salvo através de transação judicial*. Dessarte, o legislador não subtrai totalmente ao trabalhador a possibilidade de dispor dos seus créditos, contudo, apenas permite que o acordo de remissão abdicativa opere por ocasião de uma transação judicial.

Vejamos então em que consiste a figura. A transação, conforme se encontra

⁷² Vasconcelos, 2023, p. 131.

⁷³ No seu sentido próprio, os direitos indisponíveis são imprescritíveis como decorre do artigo 298.º, n.º 1 CC, para um melhor desenvolvimento sobre esta noção *vide* Xavier & Martins, 2009, pp. 449-455.

⁷⁴ Vasconcelos, 2023, p. 131.

⁷⁵ A título de exemplo: Vasconcelos, 2023, p. 129; Ramalho, 2023, p. 952; Martinez, 2023, p. 977. Já Fernandes, 2023, p. 624, refere-se ao novo artigo 337.º, n.º 3 como uma clarificação definitiva, não sendo líquido que o autor considere que esteja em causa um novo regime.

definida pelo artigo 1248.º, n.º 1 CC, é o contrato que tem por fim prevenir ou terminar um litígio que exista entre as partes através de recíprocas concessões. Contudo, sublinhe-se, a exceção não se refere a uma mera transação. Nesse caso, a norma seria de uma utilidade muito reduzida, bastando que a entidade empregadora alterasse o *nomen juris* dos acordos celebrados para manter a prática.

A exceção fixa que a remissão abdicativa apenas pode ocorrer através de transação judicial. Esta, por oposição à mera transação, ocorre no âmbito de uma ação judicial, em princípio durante a tentativa de conciliação que o legislador prescreve nos artigos 51.º a 53.º CPT. Neste momento, o juiz empenha-se “ativamente na obtenção da solução mais adequada aos termos do litígio” (51.º, n.º 2 CPT) e deve “certificar-se da capacidade das partes e da legalidade do resultado da conciliação” (52.º, n.º 2 CPT). Assim sendo, é compreensível que o legislador já não desconfie da remissão abdicativa quando esta é celebrada perante um juiz no âmbito de uma ação em que o trabalhador é assessorado por um advogado. Neste contexto, considera o legislador que o trabalhador já estará em condições de prestar um assentimento verdadeiramente informado, sabendo de antemão o valor dos créditos a que tem direito, bem como quais os créditos que serão de titularidade controversa, dependendo da apreciação do juiz no caso concreto. Por outro lado, o facto de o acordo ocorrer sob a vigilância do julgador impossibilita que a entidade empregadora se faça valer da subordinação do seu (ex-) trabalhador para lhe extorquir aquela declaração. O juiz serve assim de árbitro, garantindo que o acordo corresponde à vontade das partes.

Cumpre ainda mencionar que, como resulta do artigo 1249.º CC, as partes não podem transigir sobre direitos sobre os quais não lhes é permitido dispor. Decorre do artigo 280.º CT que o trabalhador pode ceder os seus créditos desde que estes sejam penhoráveis. Neste sentido, resulta da conjugação do novo artigo 337.º, n.º 3 CT com estes preceitos que o trabalhador apenas poderá renunciar aos seus direitos patrimoniais mediante transação judicial, não podendo transigir sobre a parte impenhorável da sua retribuição, que é indisponível⁷⁶.

Por fim, concluindo a nossa análise, devemos questionar se é possível retirar alguma utilidade dos acordos que vinham sendo celebrados no contexto do fecho de contas.

Consideramos que sim. Tendo sido expressamente afastada a possibilidade de remissão abdicativa de créditos laborais, parece-nos ganhar protagonismo a antiga teorização de Leal Amado segundo a qual estes acordos podem ser considerados “quitações *sui generis*”⁷⁷. O autor⁷⁸ destaca que esta se trata de uma declaração peculiar

⁷⁶ Neste sentido, Amado, 2024, p. 141.

⁷⁷ Neste sentido, Vasconcelos, 2023, p. 132.

⁷⁸ Amado, 1993, p. 225.

na medida em que “o trabalhador não se limita a atestar que recebeu a prestação (aquela prestação determinada); atesta que as recebeu a todas (todas as que tinha direito a receber)”. Assim sendo, a declaração do trabalhador, que é uma declaração de ciência de que se considera pago de tudo quanto tinha direito, deverá funcionar como quitação, ou seja como documento particular demonstrativo do cumprimento das obrigações. Deste modo, o documento terá um efeito probatório, invertendo o ónus da prova: pela apresentação daquele em juízo, a entidade empregadora liberta-se da obrigação de demonstrar que cumpriu as obrigações. Este ónus passa a recair sobre o trabalhador, que terá de demonstrar que não auferiu tanto quanto tinha direito. Embora a possibilidade de retirar um sentido remissivo dos acordos em questão se encontre expressamente vedada, julgamos que este efeito probatório não deve ser menosprezado.

2. Da bondade da alteração legislativa

2.1. Um desincentivo à revogação do contrato de trabalho?

Certos autores têm defendido que, embora a alteração seja aparentemente favorável ao trabalhador, ser-lhe-á, na verdade, desfavorável.

Vejamos. Nos artigos 349.º e 350.º CT encontra-se regulada a revogação de contrato de trabalho, uma das modalidades de cessação na qual o vínculo jus-laboral cessa mediante um acordo entre entidade empregadora e trabalhador. Prevê o artigo 349.º, n.º 5 que, no caso de as partes estabelecerem no acordo uma “compensação pecuniária global”, presume-se que esta inclui todos os créditos já vencidos à data da cessação ou exigíveis em virtude desta. A alteração do artigo 337.º, n.º 3, como vimos, proíbe expressamente a remissão a créditos laborais.

Em face do exposto, refere Palma Ramalho⁷⁹, “o empregador não tem qualquer incentivo para lhe atribuir uma compensação pecuniária global no acordo revogatório do contrato, nem sequer, qualquer incentivo para promover a cessação do contrato por acordo, em vez de o despedir” ou então, nas palavras de Romano Martinez e Gonçalves da Silva⁸⁰, “(...) a norma, pretendendo tutelar o trabalhador (...) torna-se perniciosa para o trabalhador, porquanto inviabiliza que o empregador se disponha a negociar um valor para a cessação do contrato de trabalho, superior ao que resulta do regime legal”.

Sintetizando, os autores afirmam que a alteração normativa prejudica os trabalhadores porque, estando a remissão abdicativa vedada, a entidade empregadora não terá qualquer motivo para negociar a cessação do contrato de trabalho, o que ocorreria através da revogação. Assim, esta preferirá promover um processo disciplinar

⁷⁹ Ramalho, 2023, p. 952.

⁸⁰ Martinez & Silva, 2023, p. 322.

com vista ao despedimento por justa causa. O resultado será então prejudicial para o trabalhador pois apenas o primeiro caso prevê a existência de uma compensação.

Não cremos que assim seja. Contrariamente ao defendido, o facto de o legislador ter clarificado que o trabalhador não pode renunciar aos seus créditos laborais parece-nos exponenciar o interesse do empregador em fazer cessar o contrato de trabalho por via da revogação, de modo a aceder à presunção que resulta do artigo 349.º, n.º 5 CT.

Senão vejamos, como expressa Joana Vasconcelos⁸¹, a compensação pecuniária global “produz um efeito prático de fecho de contas e de preclusão de ulteriores litígios muito próximo do alcançado com a remissão abdicativa. Contudo, não se traduzindo, como esta, numa imediata e irreversível desistência pelo trabalhador do seu “direito de exigir a realização do crédito”, geradora da sua extinção e consequente liberação do empregador, fica fora do alcance da norma que a veda, pelo que se mantém inquestionavelmente lícita. E, nessa medida, mostra-se apta a assumir o papel até agora desempenhado pela remissão abdicativa”.

Tendo o legislador proibido a remissão abdicativa, a entidade empregadora procurará lançar mão de outros expedientes para reduzir a probabilidade de o trabalhador intentar uma ação a peticionar créditos laborais em falta após a cessação do contrato. A presunção que decorre do artigo 349.º, n.º 5 CT surge então como meio para obter esse fim. Apesar de estar em causa uma presunção *iuris tantum*⁸², a entidade empregadora terá todo o interesse em beneficiar desta. Por meio da presunção, inverte o ónus da prova, passando a ser o trabalhador o responsável por demonstrar que a totalidade dos créditos a que tinha direito não foi prestada.

Esta tarefa probatória que passa a caber ao trabalhador não será simples, como refere Joana Vasconcelos⁸³ “esta tarefa é tornada mais gravosa pela “opacidade” que caracteriza a compensação pecuniária global: com efeito, se não se sabe, nem deve saber-se que concretos valores foram levados em conta no montante pago, ou que ajustes a estes terão conduzido, não se vê bem como possa evidenciar-se que determinado crédito não foi afinal abrangido”. Ou seja, embora o trabalhador não possa renunciar a créditos laborais, como recebe um valor “global” terá dificuldade em demonstrar que quantia auferiu como compensação pela revogação do contrato de trabalho e que quantia corresponde aos créditos laborais vencidos.

Embora tenhamos algumas reservas relativamente à bondade da presunção em causa⁸⁴, não há dúvida de que esta resulta da lei. E a entidade empregadora apenas

⁸¹ Vasconcelos, 2023, pp. 134-135.

⁸² Neste sentido: Martinez, 2023, p. 980; João Leal Amado, 2023, p. 233.

⁸³ Vasconcelos, 2023, p. 134.

⁸⁴ A presunção parece-nos representar uma enorme desvantagem para o trabalhador, como refere Amado, 2024, p. 145: “enquanto declaratório normal e pouco versado em subtilezas jurídicas, o trabalhador a quem seja proposta uma compensação pecuniária de x em caso de revogação do contrato de trabalho tenderá a

poderá beneficiar desta se o contrato de trabalho cessar mediante revogação.

Deste modo, o efeito da nova norma parece-nos ser exatamente o oposto do vaticinado pelos autores que referimos. A alteração legislativa parece-nos aumentar o interesse das entidades empregadoras em fazer cessar o vínculo por meio de revogação.

Por outro lado, acreditamos que esta presunção motivará a entidade empregadora a atribuir ao trabalhador a melhor compensação possível: pela entrega de um valor justo reduz a probabilidade de uma eventual ação proposta pelo trabalhador a exigir créditos proceder.

2.2. A desconformidade à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

Por seu turno, Menezes Leitão⁸⁵ refere-se à nova disposição como “extremamente criticável”. E analisa o preceito explicitando que, ao proibir-se a remissão abdicativa efetuada após a cessação do contrato de trabalho, obriga “sem qualquer justificação à alteração de uma jurisprudência firmada e consolidada do Supremo Tribunal de Justiça”, concluindo a afirmar que “se há algo que nos parece fazer muito pouco sentido é efectuar alterações à lei em sentido contrário à jurisprudência, quando a sua anterior aplicação era perfeitamente pacífica”⁸⁶.

Também não concordamos com esta crítica.

Desde logo, devemos recordar os acórdãos “Douro Azul” já analisados no nosso trabalho⁸⁷. Estas decisões, também do Supremo Tribunal de Justiça, são notoriamente distintas da jurisprudência que vinha sendo produzida, representando o que nos parece ser uma nova abordagem do problema⁸⁸. Nestes termos, se a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça se encontrava firmada e consolidada, a verdade é que estes arestos apontam num novo sentido. Por esta razão, consideramos que não podemos, em rigor,

pensar que, aceitando a proposta patronal, terá direito a receber x (valor da compensação) mais y (salários em atraso) e z (montante relativo a créditos de formação sucessiva, como férias ou subsídio de Natal). A lei, porém, presume que x já engloba y e z, o que, até tendo em atenção a função alimentar desempenhada pelo salário, parece dificilmente sustentável, não deixando de suscitar alguma perplexidade”. Ou ainda, como adverte Cordeiro, 2019, p. 912: “[o trabalhador] pode ficar impressionado com a ‘compensação global’ que lhe é oferecida, sem se aperceber logo de que perde um posto de trabalho, só dificilmente podendo encontrar outro, em períodos de desemprego elevado”.

⁸⁵ Leitão, 2023, pp. 284-285.

⁸⁶ O autor censura ainda o facto de a regra ter sido acrescentada ao artigo 337.º, cuja epígrafe é “prescrição e prova de crédito”, referindo que a remissão consiste numa causa de extinção das obrigações “que nada tem a ver com a prescrição e prova dos créditos laborais”. Mais uma vez discordamos: o acordo de remissão abdicativa vinha sendo utilizado em juízo pelas entidades empregadoras por forma a demonstrar que prestaram os créditos laborais peticionados, pelo que funcionavam, até este momento, como prova da sua prestação. Assim, julgamos fazer todo o sentido que a proibição da remissão abdicativa (e consequente inadmissibilidade como meio de prova) seja positivada neste preceito. Por outro lado, o autor refere não compreender o porquê de a norma apenas admitir que a remissão abdicativa opere mediante transação judicial. Já referimos as razões para o legislador não desconfiar da remissão abdicativa quando esta ocorre por meio de uma transação judicial no ponto 1.2 do presente capítulo.

⁸⁷ Ponto 2.2 do Capítulo I.

⁸⁸ Neste sentido, Rouxinol, 2022, p. 48.

afirmar que a anterior aplicação da remissão abdicativa às relações laborais era “perfeitamente pacífica”.

De todo o modo, não compreendemos por que razão o legislador, em especial o laboral, estaria vinculado ao entendimento maioritário do Supremo Tribunal de Justiça. Na verdade, se este considera que os tribunais estão a interpretar mal a lei – ainda que, e sobretudo nesse caso, seja a redação da mesma a dar azo a tal leitura –, e, por consequência, a produzir decisões injustas que negam direitos aos trabalhadores, será natural que a altere, clarificando-a.

Por outro lado, admitindo que a intenção do legislador era – até à alteração – permitir a renúncia por parte do trabalhador a direitos decorrentes de normas imperativas, nada obsta a que este, apercebendo-se dos abusos que decorriam da prática, pretenda limitá-la. Como esclarece Leal Amado⁸⁹ “o facto de a jurisprudência se pronunciar, ao longo de anos, num certo sentido, em nada impede o legislador de alterar os dados normativos, de forma a conseguir que a jurisprudência se modifique, num sentido que o legislador entende ser mais justo, o de não facilitar em demasia declarações abdicativas do trabalhador em proveito de um devedor – o empregador – em relação ao qual se encontra numa relação assimétrica, de dependência”.

Entender que o legislador tem a sua tarefa limitada pelos entendimentos dominantes na jurisprudência seria, no fundo, esvaziar o direito da sua função conformadora. Como refere Hörster⁹⁰, “ao direito cabe ainda o papel complementar de desempenhar uma função educativa e ao direito advém, mais ainda, a possibilidade de exercer uma função conformadora em direção a determinada sociedade humana, idealizada por determinado legislador”.

2.3. O aumento da litigância

Certos autores têm afirmado que a alteração normativa aumentará a litigância, podendo sobrecarregar os juízos laborais. Neste sentido, refere Palma Ramalho “(...) esta solução é má porque, como é óbvio, promove fortemente a litigância laboral”, ou ainda, nas palavras de Romano Martinez e Gonçalves da Silva⁹¹ “a segunda consequência negativa apontada respeita ao facto de a norma em apreço implicar um aumento da litigância, levando a que os trabalhadores que tinham acordado um valor indemnizatório global recorram a tribunal. E nessas ações discutir-se-á necessariamente a complexa questão de determinar a que acordos se aplica a renúncia abdicativa. Dito de outro modo, além de se poder discutir o âmbito de aplicação da remissão abdicativa – nomeadamente

⁸⁹ Amado, 2024, p. 138 em nota de rodapé.

⁹⁰ Hörster & Silva, 2019, p. 19.

⁹¹ Martinez & Silva, 2023, p. 322.

se se aplica ao acordo de revogação excepcionado no n.º 4 do artigo 350.º, a um acordo de reforma antecipada ou a vias institucionalizadas de cessação, como o despedimento coletivo⁹² –, a predisposição dos empregadores para o despedimento negociado fica necessariamente comprometida, aumentando a litigiosidade”.

Por um lado, não concordamos que este efeito seja certo; por outro, não cremos que um eventual aumento da litigância seja, em si, negativo.

Quanto à nossa dúvida relativamente à fatalidade descrita, devemos começar por dizer que a antiga solução normativa não se traduzia na inexistência de ações pelas quais os trabalhadores peticionavam a condenação da entidade empregadora no pagamento de créditos laborais aos quais tinham, supostamente, renunciado. Na verdade, uma vez que esta é uma prática relativamente comum no seio das empresas, e que esta é altamente lesiva dos direitos dos trabalhadores, multiplicam-se nos nossos tribunais ações exatamente com esse pedido.

Ora, parece-nos que o modo mais eficaz de reduzir a litigância neste tema é procurando diminuir as situações de abuso. O trabalhador apenas procurará tutela jurisdicional se considerar que foi lesado. Ao se proibir a prática pela qual a entidade empregadora perpétua a violação dos direitos do trabalhador, reduz-se os casos em que o trabalhador se considera lesado, e, conseqüentemente, reduz-se os casos em que o trabalhador considera necessário lançar mão de uma ação judicial.

Assim, julgamos a alteração benéfica também neste sentido. A entidade empregadora sabe que está obrigada a prestar ao trabalhador todos os créditos laborais, não existindo, à exceção da prescrição, qualquer outro meio extrajudicial para extinguir a dívida. Por esta razão, concluirá que a melhor solução é mesmo prestar ao trabalhador todos os créditos a que este tem direito, evitando assim uma condenação.

De todo o modo, caso estejamos errados e a alteração da norma se traduzir num efetivo aumento da litigância em torno da questão, não nos parece que este resultado seja intrinsecamente negativo.

Na verdade, um aumento da litigância apenas demonstrará que, mesmo após o legislador o ter proibido expressamente, as entidades empregadoras mantêm a prática, procurando não entregar ao seu trabalhador os créditos a que este tem direito. Perante tal abuso, será mesmo desejável que o trabalhador procure tutela jurisdicional, resultando esta em dois efeitos positivos, um imediato e outro mediato.

O efeito imediato consiste no tribunal ter de apreciar que valores estão afinal em falta, recaindo sobre a entidade empregadora o ónus de demonstrar que os prestou. Nestes termos, condenará a entidade empregadora a prestar os valores em falta. Já o

⁹² Não nos parece que o novo preceito deixe dúvidas relativamente a esta questão: como destacámos a propósito da análise ao âmbito objetivo da norma, esta impossibilita que o trabalhador renuncie aos seus direitos por qualquer meio, à exceção da transação judicial.

efeito mediato traduz-se na dissuasão da entidade empregadora na manutenção daquele comportamento por, simplesmente, não ser compensatório.

Dessarte, um eventual aumento da litigância não significa que a solução trazida pela norma seja má. Em boa verdade, o entendimento seguido pela jurisprudência até à alteração, admitindo válidas remissões abdicativas a créditos laborais decorrentes de normas imperativas e que não correspondiam à vontade do trabalhador, é que nos parece ser realmente negativo. Tendo a nova solução alterado este entendimento, merece o nosso aplauso, independentemente de se traduzir ou não num aumento da litigância.

2.4. A compressão da liberdade contratual

Por fim, alguns autores insurgem-se contra a alteração legislativa referindo que esta contém uma inadmissível compressão da liberdade contratual das partes. A este respeito, refere Palma Ramalho⁹³ “ao vedar o recurso ao acordo de remissão abdicativa no contexto de uma modalidade de cessação do contrato que é, em si mesma, o produto da vontade das partes, esta solução contraria o princípio geral da liberdade contratual sem qualquer justificação material, porque nesta fase o trabalhador já não está numa posição de inferioridade negocial que possa levar o legislador a ‘desconfiar’ da sua capacidade de entender plenamente o sentido do acordo que assina”.

De facto, o novo preceito limita a liberdade contratual das partes, contudo, esta limitação não ocorre apenas no artigo em causa, mas, de alguma forma, em todo o ordenamento laboral. Na verdade, o Direito do Trabalho surge, autonomizando-se do Direito Civil, porque o legislador se apercebe que a relação entre trabalhador e entidade empregadora é marcadamente desigual, verificando-se uma capacidade negocial muito díspar entre as partes, disparidade que é necessário corrigir. Deste modo, uma das principais finalidades das leis laborais é, exatamente, garantir que certos direitos do trabalhador são respeitados, corrigindo a desigualdade intrínseca à relação de trabalho.

Neste sentido, são certas as palavras de Leal Amado⁹⁴ “Achamos até algo estranho que se invoque o argumento da restrição da autonomia privada e da compressão da liberdade contratual, quando se sabe que é isso mesmo que caracteriza o Direito do Trabalho, a colocação de limites à liberdade contratual (...) com o assumido objetivo de tutelar os interesses do trabalhador, enquanto contraente débil. A compressão da liberdade contratual encontra-se no código genético do Direito do Trabalho, direito constituído, em regra, por normas imperativas”, e ainda “enquanto ‘direito da desigualdade’, o Direito do Trabalho desconfia, desde sempre, dos automatismos do mercado e do contrato individual, controla, por sistema, a liberdade contratual e

⁹³ Ramalho, 2023, p. 952.

⁹⁴ Amado, 2024, pp. 137-138 em nota de rodapé.

restringe, por definição, a concorrência entre os trabalhadores no mercado laboral”.

A crítica refere que o trabalhador, quando assina o acordo de remissão abdicativa, já não estará numa posição de inferioridade negocial face à entidade empregadora. No entanto, e como procuramos demonstrar no nosso trabalho⁹⁵, a verdade é que, em princípio, estará.

⁹⁵ Ponto 3.2 *supra*.

Conclusões

A prática amplamente difundida de realizar acordos de remissão abdicativa no âmbito das relações laborais produzia resultados injustos, pois, através destes, as entidades empregadoras apartavam-se da obrigação de prestar ao seu trabalhador todos os créditos laborais em dívida.

Na verdade, como fomos defendendo, não vislumbramos qualquer interesse da parte do trabalhador na celebração de um acordo deste tipo.

No nosso entendimento, estes apenas aceitam assinar uma declaração deste jaez por uma de duas razões. Ou por desconhecimento da existência de créditos em dívida, acreditando que estariam apenas a dar quitação aos valores efetivamente entregues; ou porque a subordinação conatural à relação laboral ainda subsiste. Referimos que esta subordinação não está limitada à duração do contrato de trabalho e que, em princípio, sobrevive à sua extinção.

Consideramos que o facto de o legislador laboral ter previsto estes direitos mediante normas imperativas, não possibilitando que as partes os afastem mediante contrato, impossibilita que estas celebrem acordos que produzam esse mesmo resultado, ainda que este ocorra após a cessação do contrato de trabalho.

Neste sentido, apesar de admitirmos que esta leitura pudesse resultar da interpretação da lei, chocava-nos o entendimento maioritário da jurisprudência que aceitava a aplicação do contrato de remissão abdicativa no âmbito das relações laborais.

Como vimos, a questão era tratada mediante umas lentes marcadamente civilistas. Por forma a aferir se estava em causa um acordo de remissão abdicativa, os julgadores aplicavam à declaração a teoria da impressão do destinatário, não valorando o facto de estar em causa uma relação desigual.

A aplicação do critério resultava, as mais das vezes, no entendimento de a declaração consubstanciar um acordo de remissão abdicativa. Assim, desde que este fosse celebrado após a cessação do contrato de trabalho, ou por ocasião da cessação – momentos em que os tribunais entendiam que o trabalhador já estaria liberto da subordinação jurídica –, a remissão abdicativa era considerada válida.

Deste modo, procurámos dar ênfase aos recentes acórdãos “Douro Azul” do Supremo Tribunal de Justiça, que nos parecem ter aberto a porta para uma nova abordagem do tema, aproximando-se da nossa posição.

Estes acórdãos foram sensíveis ao facto de estar em causa uma relação laboral, referindo que é necessário ter especial cuidado na interpretação da declaração, questionando ainda o critério temporal que vinha sendo aplicado.

Na segunda parte do nosso trabalho, versámos sobre o novo artigo 337.º, n.º 3 do CT, procurando deslindar o seu conteúdo.

Este artigo proíbe expressamente a renúncia a créditos laborais, exceto quando ocorra por meio de transação judicial. A proibição aplica-se durante toda a vigência do contrato de trabalho, projetando-se para lá da sua extinção, até à prescrição dos direitos em causa.

Embora consideremos que esta proibição já resultava do facto de estarem em causa direitos consagrados por meio de normas imperativas, a verdade é que não era este o entendimento da jurisprudência. Assim, julgamos que esta é uma das alterações mais relevantes trazidas pela denominada ATD, pretendendo pôr termo a uma prática verdadeiramente injusta e amplamente difundida no meio empresarial.

Por fim, procurámos responder às críticas de algumas vozes da doutrina relativamente a esta alteração normativa.

Bibliografia

- AMADO, J. L. (1993). A protecção do salário. Separata do volume XXXIX do *Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.
- AMADO, J. L. (2023). Da remissão abdicativa em Direito do trabalho: Em torno do novo n.º 3 do art. 337.º do Código do Trabalho. *Questões Laborais*, n.º 63, pp. 215-238.
- AMADO, J. L., et al. (2023). *Direito do trabalho – Relação individual*, 2.ª ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- AMADO, J. L. (2024). Remissão abdicativa: Necessidade de transação judicial? *Estudos APODIT*, n.º 12, pp. 127-150.
- COELHO, F. (1995). A renúncia abdicativa no direito civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, n.º 8. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORDEIRO, M. (2019). *Direito do trabalho, II, Direito individual*, 1.ª ed. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, M. (2010). *Tratado de direito civil português, II, Tomo IV*, 1.ª ed. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, A. M. (2023). *Direito do trabalho*, 22.ª ed. Coimbra: Almedina.
- HÖRSTER, H. & SILVA, E. (2019). *A parte geral do Código Civil português, Teoria geral do direito civil*, 2.ª ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L. M. (2023). Cessação do contrato de trabalho e remissão abdicativa. *Revista Internacional de Direito de Trabalho*, n.º 5, pp. 275-288. https://idt.fdulisboa.pt/wp-content/uploads/2023/12/RIDT_5.pdf.
- MACHADO, J. B. (2006). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 1.ª ed., 15.ª reimpressão. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P. R. (2023). *Direito do trabalho*, 11.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P. R. & SILVA, L. A. (2023). Constituição e agenda do trabalho digno. *Revista Internacional do Direito de Trabalho*, n.º 4, pp. 279-362. https://idt.fdulisboa.pt/wp-content/uploads/2023/05/RIDT_4_final-web.pdf.
- PROENÇA, J. B. (2019). *Lições de Cumprimento e não cumprimento de obrigações*, 3.ª ed. atualizada. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora.
- RAMALHO, M. P., (2023). *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 9.ª ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- ROUXINOL, M. & VICENTE, J. N. (2022). Atividades sazonais e remissões radicais – por rios já dantes (mas não suficientemente) navegados. *Questões Laborais*, n.º 61, pp. 7-50.
- VASCONCELOS, J. (2010). *A revogação do contrato de trabalho*. Trabalho desenvolvido no âmbito da tese de doutoramento em Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- VASCONCELOS, J. (2023). Irrenunciabilidade dos créditos laborais do trabalhador: Sentido e limites de uma nova regra. *Estudos APODIT*, n.º 11, pp. 127-138.
- VARELA, J. A. (2001). *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.ª ed. Coimbra: Almedina.

XAVIER, B. L. & MARTINS, P. F. (2008). A transacção em Direito do Trabalho: Direitos indisponíveis, direitos inderrogáveis e direitos irrenunciáveis. In *Liberdade e compromisso – Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, vol. II, pp. 443-497. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Jurisprudência citada⁹⁶

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01-02-2023, Proc. n.º 7080/19.3T8VNF.G1.S1, relator: Domingos José de Moraes.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-11-2022, Proc. n.º 16670/17.8T8PRT.P1.S1, relator: Júlio Gomes.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-09-2022, Proc. n.º 16670/17.8T8PRT.P1.S1, relator: Júlio Gomes.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-02-2017, Proc. n.º 2236/15.0T8AVR.P1.S1, relator: Gonçalves Rocha.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01-06-2011, Proc. n.º 1001/05.8TTLRS.L1.S1, relator: Sampaio Gomes.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-11-2009, Proc. n.º 274/07.6TTBRR.S1, relator: Sousa Grandão.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-01-2008, Proc. n.º 07S2884, relator: Sousa Grandão.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31-10-2007, Proc. n.º 07S1442, relator: Vasques Dinis.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de STJ 25-05-2005, Proc. n.º 05S480, relator: Sousa Peixoto.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 31-01-2019, Proc. n.º 9/18.8T8PTM.E1, relator: Mário Branco Coelho.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11-05-2017, Proc. n.º 2720/15.6T8FAR.E1, relator: João Nunes.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14-04-2016, Proc. n.º 569/13.0TTSTR-A.E1, relator: José Feteira.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 05-11-2015, Proc. n.º: 63/14.1T8STB.E1, relator: João Luís Nunes.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24-03-2011, Proc. n.º 601/09.1TTFAR.E1, relator: João Luís Nunes.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17-12-2014, Proc. n.º 277/12.9TTCSC.L1-4, relatora: Maria João Romba.

⁹⁶ Todos os acórdãos citados encontram-se disponíveis em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13-07-2010, Proc. n.º 3293/03.9TTLSB.L1-4, relatora: Paula Sá Fernandes.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27-05-2009, Proc. n.º 3475/07.3TTLSB.L1-4, relatora: Isabel Tapadinhas.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20-02-2002, Proc. n.º 00113314, relator: Seara Paixão.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22-01-2021, Proc. n.º 16670/17.8T8PRT.P1, relatora: Teresa Sá Lopes.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18-01-2021, Proc. n.º 1957/19.3T8VFR.P1, relatora: Rita Romeira.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23-09-2019, Proc. n.º 1561/17.0T8VLG.P1, relator: Jerónimo Freitas.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30-05-2018, Proc. n.º 1166/17.6T8OAZ.P1, relator: Jerónimo Freitas.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05-02-2018, Proc. n.º 29756/15.4T8PRT.P1, relator: Rui Penha.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04-12-2017, Proc. n.º 3771/15.6T8AVR.P1, relator: Domingos Moraes.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02-03-2017, Proc. n.º 2455/15.0T8VFR.P1, relatora: Paula Leal de Carvalho.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18-04-2016, Proc. n.º 2236/15.0T8AVR.P1, relatora: Maria José Costa Pinto.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-05-2015, Proc. n.º 214/14.6TTMTS.P1, relator: Eduardo Petersen Silva.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18-02-2013, Proc. n.º 78/11.1TTSTS.P1, relator: Machado da Silva.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05-12-2011, Proc. n.º 845/09.6TTGMR.P1, relator: António José Ramos.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08-05-2008, Proc. n.º 0542317, relator: Fernandes Isidoro.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19-09-2005, Proc. n.º 0512318, relator: Machado da Silva.

The cyber domain and the use of force

**A critical analysis to articles 2(4) and 51 of the Charter
of the United Nations**

Beatriz Garcia Sequeira

Sob orientação do Professor Doutor
José Alberto de Azeredo Ferreira Lopes

To my mother, the woman of my life.

Acknowledgements

I want to thank my family for being the most supportive and patient with me during the process of writing this thesis. To my brother, my biggest fan.

To my friends, that made this path less lonely.

I would also like to thank professor Azeredo Lopes, for the honour of working with him, and for every piece of valuable advice and knowledge.

Resumo

Esta dissertação tem por objetivo analisar e comparar as diferentes posições dos Estados em relação ao uso da força no ciber domínio e o recurso aos artigos 2(4) e 51 da Carta das Nações Unidas.

No mundo em que vivemos, que é cada vez mais tecnológico, os Estados recorrem a armas e recursos ciber na sua agenda defensiva; desta forma, é importante entender a sua posição em relação ao uso da força através de meios ciber, e a possibilidade do uso da força em legítima defesa, no âmbito do artigo 51 da Carta das Nações Unidas.

Assim, para a realização desta dissertação, diferentes posições de diferentes Estados com diferentes formas de ver o mundo foram analisadas. Consequentemente, pode concluir-se que a comunidade internacional concorda acerca da possibilidade de um ciberataque ter consequências que possam inserir-se na definição de um ataque armado, caindo, assim, no âmbito de aplicação do supramencionado artigo, ativando o direito à legítima defesa por parte do Estado atacado.

De notar ainda que este trabalho é importante na medida em que reúne informação acerca de diferentes Estados, com diferente História, culminando numa análise clara da sua posição relativamente ao problema mencionado anteriormente.

Palavras-chave: ciberataque; uso da força; agressão; artigo 2(4); artigo 51; legítima defesa.

Abstract

This study aims to analyse and compare the different positions of States regarding the use of force in the cyber domain and resorting to articles 2(4) and 51 of the Charter of the United Nations.

In the world we are living in, which is more and more technological, States resort to cyber weapons and resources in their defensive agenda; therefore, it is important to understand their position regarding the use of force through cyber means and the possibility of resort to force in self-defence, under the umbrella of Article 51 of the Charter of the United Nations.

Thereby, for this thesis different positions of different States were analysed with distinct ways of seeing the world. Consequently, it's possible to conclude that the international community agrees upon the possibility of a cyber-attack having such consequences that one can consider it as an armed attack, thus falling under the scope of Article 51 of the Charter, triggering the right to self-defence of the attacked State.

This work is important as it gathers information about different States with distinct backgrounds and provides a clear analysis of their position regarding the previously mentioned problem.

Keywords: cyber-attack; use of force; aggression; article 2(4); article 51; self-defence.

Abbreviations

CAP	Common African Position on the Application of International Law to the Use of Information and Communication Technologies in Cyberspace
CCDCOE	NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence
CSIS	Center for Strategic & International Studies
DoD	Department of Defence of the United States of America
GGE	United Nations Group of Governmental Experts
ICJ	International Court of Justice
ICT	Information and communication technology
IGE	International Group of Experts
IHL	International Humanitarian Law
IL	International Law
LOAC	Law of Armed Conflicts
NATO	North-Atlantic Treaty Organisation
OAS	Organisation of American States
OEWG	United Nations Open Ended Working Group
UN	United Nations
U.S.	United States of America
WWII	World War II

Index

Cyberwarfare as a new domain	8
Early definitions and clarifications	10
The applicability of IL to the cyber domain	12
The LOAC Manuals	13
Other States' opinions	14
The Tallinn Manual 2.0 and the GGE and OEWS	15
The use of force and the cyber domain	18
Initial considerations	18
The Article's mechanic	18
The Tallinn Manual 2.0	21
The LOAC Manuals	23
U.S. LOAC Manual	23
Spanish LOAC Manual	24
Norwegian LOAC Manual	24
French LOAC Manual	25
Danish LOAC Manual	25
Other States' positions	26
Armed attack and cyber attacks	28
Initial considerations	28
The Tallinn Manual 2.0	29
The LOAC Manuals	31
U.S. LOAC Manual	31
Spanish LOAC Manual	31
Norwegian LOAC Manual	32
French LOAC Manual	33
Danish LOAC Manual	34
Other States' positions	36
Why don't States apply article 51 to cyber incidents?	38
Conclusion	41
References	42

Cyberwarfare as a new domain

When Alexander Bell first patented the telephone in 1876¹, no one thought that less than 150 years later someone would be putting wireless brain chips that allow them to control digital devices such as telephones and computers only with their minds², just like Archduke Franz Ferdinand could not ever have dreamt about the existence and proliferation of modern weaponries as nuclear and chemical weapons.

According to Monroe College³, the very first cyberattack occurred in France in 1834, when the French telegraph system was hacked to steal financial market information. Almost 100 years later, in 1940, Rene Carmille deceived the Nazis and disrupted their efforts to track down Jews through his information process machines – he was the first-known ethical hacker⁴.

Today, the world has changed, and we are living in a digital era, which affects all fields of our lives.

The NATO Wales Summit in 2014 was very important in terms of the agreement upon the relevance of cyber defence as one of NATO's core tasks of collective defence and the recognition that International Law⁵ applies in cyberspace⁶.

Later, in Warsaw in 2016, NATO recognised that “cyber-attacks present a clear challenge to the security of the Alliance and could be as harmful to modern societies as a conventional attack”⁷. Hence, NATO reaffirmed its defensive mandate, recognising cyberspace as a “domain of operations in which NATO must defend itself as effectively as it does in the air, on land, and at sea”.⁸

Cyber warfare as we know it was first seen in 2010, with the world's first cyber weapon⁹ – Stuxnet –, a malware that targeted the centrifuges in Iran's nuclear programme. But for me, the kick-off happened much earlier, namely when the Soviet Union and the United States engaged in a race to develop advanced computer technology. Later, in the 90's, as the internet became more widespread, the door was opened so that the world could walk (or run) towards what we have now.

This work aims at analysing the position of States before articles 2(4) and 51 of the Charter of the United Nations, as well as their practices regarding a possible application of the articles mentioned to cyber warfare.

¹ “Birth of telephone” (1899).

² Jackson & Gerken, 2024.

³ Monroe College, “Cybersecurity history: Hacking & data breaches (2024).

⁴ Also known as white hat hackers – hackers that do not have the objective of harming the system or an organization, but they do so to locate vulnerabilities, providing solutions to fix them.

⁵ Including IHL and the UN Charter.

⁶ See para. 72 of the Wales Summit Declaration of the 5th of September of 2014.

⁷ See para. 70 of the Warsaw Summit Communiqué of the 9th of July of 2016.

⁸ See para. 70 of the Warsaw Summit Communiqué of the 9th of July of 2016.

⁹ Cf. “Stuxnet: The world's first cyber weapon”, available here: <https://cisac.fsi.stanford.edu/news/stuxnet>.

On the other hand, it is important to mention that this study obtains relevance and actuality thanks to the recent efforts in the direction of the universalization of certain positions, namely with the Common African Position on the Application of International Law to the Use of Information and Communication Technologies in Cyberspace, adopted by the Peace and Security Council of the African Union.

The CAP reflects the position of the African Union's 55 Member-States, outlining an important and unprecedented contribution to the progress of international cyber law. Moreover, the CAP may represent a turnover in the sense that the international community can start to pay more attention to these countries' opinions and positions, which are usually not taken into account when discussing ground-breaking questions of IL. Having African States sitting at the table is something that really needs to start happening, and there is nothing better than starting with such an important and innovating field as this fifth domain.

Nationally, this work also gains significance in the light of the Portuguese Strategy for Cyberdefence, approved in November 2022, which highlights cyber security as a national priority and sets the pace for future national policies.

Early definitions and clarifications

According to the National Institute of Standards and Technology, a cyber operation is “the employment of cyberspace capabilities where the primary purpose is to achieve objectives in or through cyberspace”¹⁰.

On the other hand, “cyberattack refers to deliberate actions to alter, disrupt, deceive, degrade, or destroy computer systems or networks or the information and/or programs resident in or transiting these systems or networks”¹¹. However, the common definition of an armed attack cannot be mistaken with a cyber operation that is considered an armed attack under International Law.

There are different types of cyber-attacks, with different kinds of intentions and effects. The International Journal of Advanced Computer Science and Applications of The Science and Information Organization mentions eight types of cyber-attack – Worms, Virus, Trojan Horses, Targeted Attacks, Whistleblowers, Denials of Service, and Accounts Hijacking.

A Worm is like a Virus, in terms of its propagation, flowing through the network with no direction given by the attackers. Yet, in worms, no interaction from the user is necessary for the attempt to spread to be set in motion.

Differently, a Virus, despite having the same means of propagation as a Worm, attaches its “body” to a target file (usually executable files, scripts, and documents); after the infected file is executed, the virus activates itself, running with it.

A Trojan Horse is a malware that invades the computer disguised as a real and operational program. Once in the computer, some wait for the perpetrator to give them instructions, while others activate themselves alone¹².

Targeted Attacks are directed to a particular individual, software, system or company because there is a particular interest in that very person or infrastructure.

A Whistleblower Attack refers to the disclosure of information that uncovers perceived wrongdoing within the organization or the company; it can also aim at individuals or entities that have the power to affect the actions of that organization or company.

A Denial of Service Attack (DDoS) interrupts the device or the network’s normal functioning, usually through a flood of requests to the target, until they are unable to be responded¹³.

¹⁰ Definition available here: https://csrc.nist.gov/glossary/term/cyberspace_operations.

¹¹ National Research Council, et al., 2009, p. 1.

¹² McAfee, “O que é um vírus trojan e como remover” (2021).

¹³ CloudFlare, “What is a denial-of-service attack?”. <https://www.cloudflare.com/learning/ddos/glossary/denial-of-service/>

Lastly, an Account Hijacking is a process where a particular individual's computer or account is hijacked or stolen by hackers.

Their intention might be, among others, to cause the loss of human lives or the destruction of property; to disrupt the flow in the activity of the system or to cause a service delay; and to extract sensitive data or data having political repercussions.

The applicability of IL to the cyber domain

The first question that needs to be answered is whether International Law applies to cyberspace and cyber warfare. If, a few years ago, this question could pose many problems, nowadays it is pacific that International Law rules do apply to cyber operations – it is not a legal vacuum.

Despite some exceptions¹⁴, the real question today is how to apply International Law to the cyber context. The position that International Law does apply to cyberspace has been taken by numerous relevant institutions, such as the G20¹⁵, the European Union¹⁶ and the OAS¹⁷.

In its 2014 Wales Summit, NATO agreed that IL is applicable to the cyberspace, and that cyber defence is part of its primary objectives regarding collective defence purposes. Moreover, the EU Cybersecurity Strategy for the Digital Decade has already reaffirmed cyberspace as an important military domain¹⁸.

Many States have already stated that IL and, specifically, IHL do apply to cyberspace. For instance, the United States, in their Submission to the UN GGE, have already asserted that “the challenge is not whether existing international law applies to State behaviour in cyberspace (...) international law does apply, and such law is essential to regulating State conduct in this domain”.¹⁹ Earlier, in 2011, Barack Obama also concluded that “[t]he development of norms for state conduct in cyberspace does not require a reinvention of customary international law, nor does it render existing international norms obsolete”.²⁰

¹⁴ Such as the Council of Europe Budapest Convention on Cybercrime.

¹⁵ Which has stated that “the international law, and in particular the U.N. Charter, is applicable to state conduct in the use of ICTs”. Antalya Summit, G20 Leaders Communiqué (2015), para. 25.

¹⁶ Which “emphasises that (...) the U.N (...) have reached consensus on a number of measures contributing to greater cyber stability, including (...) the application of international law in cyberspace”. EU Statement – United Nations 1st Committee: Thematic Discussion on Other Disarmament Measures and International Security (2018).

¹⁷ Which in its Resolution AG/RES. 2959 (L-O/20) (2020) reaffirmed “the applicability of international law to cyberspace”. Para. i.

¹⁸ Available here: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/eus-cybersecurity-strategy-digital-decade-o>.

¹⁹ See the United States Submission to the U.N. Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (2015).

²⁰ See Barack Obama, May 2011.

The LOAC Manuals

The Spanish LOAC Manual implicitly agrees with the application of the existent IHL when referring in its Chapter 4 that, given the lack of experience and jurisprudence, the whole chapter dedicated to the cyber domain is based on doctrinal references, States' practices and the existent rules of IL²¹.

The Norwegian LOAC Manual also provides that the LOAC applies to the cyber domain, recognizing, nevertheless, the challenges that this application can pose to the international community²². Furthermore, the Danish LOAC Manual agrees with the international community, treating the Computer Network Operations²³ "as a means of combat subject to the existing rules of international law".²⁴

In addition, the French LOAC Manual also states clearly that International Law is applicable to the cyber domain²⁵. Likewise, Sweden is of the opinion that new rules regulating cyber activities are not needed. Yet, the country recognises that "cyber technology may give rise to specific questions requiring further clarification".²⁶

New Zealand's LOAC Manual also provides that, even though there is no specific treaty obligation relating to the conduct of warfare through electronic means, "the principles of LOAC apply to all military operations, regardless of the medium employed"^{27 28}.

²¹ Derecho internacional humanitario (DHI) en las FAZ (2022). "(...) gran parte del contenido de este capítulo se basa, en buena medida, en referencias doctrinales y práctica de los Estados, así como, en lo referente al conflicto armado, en la adaptación del marco existente (el DIH) al supuesto de las operaciones en el ciberespacio". Chapter 4, para. 4.2.

²² "There is international agreement that the law of armed conflict also applies to cyber operations, although its application in practice may pose certain challenges". Chapter 9, para. 9.50 of the Manual of the Law of Armed Conflict (2013).

²³ Also known as Cyber Operations.

²⁴ Chapter 3, para. 3.10, p. 96 of the Military Manual on international law relevant to Danish armed forces in international operations (2020).

²⁵ "Le droit international est applicable aux cyberopérations". Chapter 4, p 295. Manuel de droit des opérations militaires (2022).

²⁶ See Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace (2022), p. 1.

²⁷ New Zealand Manual of Armed Forces Law (2019), p. 39, para. 8.10.23.

²⁸ This Manual refers many times to the Tallinn Manual 2.0, following and accepting its rules and positions. See, for example, the footnotes on page 39 of the LOAC Manual.

Other States' opinions

Notwithstanding not having their own LOAC Manuals, many countries have already made public their position regarding the applicability of IL to the cyber domain.

The Czech Republic, for a start, being “aware of the opportunities and threats arising from the technological progress in information and communication technologies”, fully recognizes that IL applies to cyberspace – it constitutes “a fundamental element of the framework for responsible State behaviour in cyberspace, which is essential to maintaining international peace and security, including in relation to cyber activities”²⁹.

On the other hand, Estonia “reiterates that existing international law applies in cyberspace”³⁰. The Estonian State has considered that IL “provides a solid normative framework for state actions, regardless of the means or the environment for these actions”³¹.

China has also presented its vision³² and is of the opinion that principles of IL such as sovereign equality and the prohibition of the threat or use of force do apply to the cyber context. “The application of these principles is the cornerstone of the peace, security and stability in cyberspace”.³³

Russia has established that IL applies to cyber operations – yet, given the “specific legal nature of the information environment, notably, the fact that activities therein can be anonymous”³⁴, IL must not be applied automatically.

Iran also published its official opinion back in 2020, agreeing that IL does apply to the cyber domain. This position, prepared by the Armed Forces Cyberspace Centre and published by the General Staff of the Iranian Armed Forces, goes in the same way of the majority of States.

Over 30 countries³⁵ have published their opinion regarding this issue, and they all go in the same direction: IL does apply to cyberspace. To these opinions, we can now add the position of over 50 African States: the Common Position of the African Union reaffirms that IL applies and governs the use of ICTs in cyberspace. As mentioned above,

²⁹ Czech Republic Position Paper on the application of international law in cyberspace (2024), presented by collaboration of the Ministry of Foreign Affairs of the Czech Republic, the Ministry of Defence of the Czech Republic, and the National Cyber and Information Security Agency and approved by the Committee for the Foreign Security Policy Coordination.

³⁰ See the National position of Estonia (2021), which is also part of the official UNGGE compendium of voluntary national contributions about how international law applies to the use of information and communication technologies by States.

³¹ See the National position of Estonia (2021).

³² Through the Ministry of Foreign Affairs, in October 2021.

³³ China's Position on International Rules-making in Cyberspace, Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China.

³⁴ Russia's Position on the application of IL to cyberspace (2021), present in the Official Compendium of the UN GGE, referred previously in footnote 32. See pp. 79-80.

³⁵ Such as Australia, Brazil, Costa Rica, Estonia, Finland, Germany, Ireland, Israel, Japan, Kazakhstan, Pakistan, Singapore, Switzerland and The Netherlands.

this is an important step towards universalization, contributing to a wider and more plural international cyberspace law.

For its part, and despite not having a LOAC Manual, the government webpage of Canada also refers to the question of application of IL to the cyber domain. Therefore, “Canada affirms that international law applies to the activities of every State in cyberspace”³⁶, namely the Charter of the UN and customary international law.

The Tallinn Manual 2.0 and the GGE and OEWG

The Tallinn Manual 2.0 acquiesces to the same position. This Manual expatiates International Law applicable to cyber operations and starts on the assumption that International Law is, indeed, applicable to this fifth domain³⁷. The aim of this manual is to clarify and examine how extant legal rules apply to this new form of warfare.

Regarding this issue, both the UN GGE and the UN OEWG³⁸ have already confirmed the applicability of IL to the cyber context. And the reports of both have been adopted by the UN General Assembly³⁹.

With the intention of understanding the extent of these reports, it is important to apprehend their motivations and origins. It was back in the 90’s⁴⁰ that the Russian Federation first asked the UN to address the issue of “Developments in the field of information and telecommunication in the context of international security” in its agenda.

Some Russian proposals were asking for an international treaty restricting military uses of cyber technology; nevertheless, these approaches were strongly rejected by the Bush Administration.

Despite this, these Russian proposals gathered enough support amongst the UN members; starting to show some concerns about the need for examination of the new technologies and their implications, a GGE was established for the period of 2003-2004, counting with 15 Member-States of the UN.

³⁶ “International Law applicable in cyberspace” (2022).

³⁷ In addition to land, air, sea and space. The Netherlands Ministry of Defence, Defence Cyber Strategy (2012).

³⁸ Report of the GGE on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, U.N.Doc. A/68/98 (2013); Report of the GGE on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, U.N.Doc. A/70/174 (2015); Report of the GGE on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security, U.N.Doc. A/76/135 (2021).

³⁹ Resolutions A/RES/68/243, A/RES/70/237, and A/RES/76/19.

⁴⁰ In the year of 1998.

A Group of Governmental Experts – GGE is a much common UN mechanism that aims at studying new fields and subjects with the purpose of creating recommendations that should influence future negotiations of different kinds⁴¹.

Since this mechanism is based on consensus, the first GGE was unsuccessful – unanimity could not be reached. However, the GGE process continued, a position that clearly shows the growing concern of States regarding malicious cyber activity undertaken by cyber criminals or State-actors.

A series of GGE were, indeed, very successful, particularly those of 2010, 2013 and 2015.

In its 2013 Report, the GGE introduced the already mentioned conclusion that International Law is indeed applicable to the novel domain of cyberspace and that it is “essential to maintaining peace and stability and promoting an open, secure, peaceful and accessible ICT environment”⁴².

The 2015’s Report was the first to extend the participation from 15 to 20 Member-States, motivated by the growing demand by States for participation. As soon as this latter report was published, the UN General Assembly authorised a further GGE between 2016 and 2017, which would count with 25 participants.

Despite the success of the last three GGE⁴³, the GGE of 2017 was an absolute failure. The increasing tension between the U.S.A and, on the other side, Russia and China⁴⁴ came to surface with the GGE. The apparent motive for this breakdown was disagreement over how international law is to apply to State cyber activity. Despite not being successful, some participants of the GGE still raised their voices, which was the case of Miguel Rodríguez⁴⁵, the representative of Cuba, who suggested that recognising “the supposed applicability in the context of ICT of the principles of International Humanitarian Law” by the International Community is legitimising “a scenario of war and military actions in the context of ICT”.⁴⁶

After this outcome, in 2019, Russia presented another proposal, this time leaving the GGE formulation behind and proposing the establishment of an Open-Ended Working Group – OEWG, a forum in which any interested Member-State could take part. This OEWG was supposed to elaborate a Report to be made public in 2020.

⁴¹ E.g. negotiations for a multilateral agreement.

⁴² See para. 19 of the GGE Report of 2013 (24 June 2013). The same position was reiterated later, in the 2015 Report (see para. 24 of the GGE Report of the 22 July 2015).

⁴³ Over the years, the GGE recommended 11 voluntary, non-binding norms for responsible State behaviour.

⁴⁴ Namely since the Russian action in Crimea in 2014.

⁴⁵ At the final session of Group of Governmental Experts on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, on the 23rd of June of 2017.

⁴⁶ “71 UNGA: Cuba at the final session of Group of Governmental Experts on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security” (2017).

The result was that both the GGE and the OEWG were approved, generating a duplication of mechanisms, both working for the same purpose. Although being a normal anathema in multilateral diplomacy, some logical division of labour should be created for the two processes to coexist and produce useful results.

The GGE's 2021 Report reaffirms the assessments and recommendations on international law of the reports of previous GGEs, notably that international law and, in particular, the Charter of the United Nations are applicable and essential for maintaining peace and stability and for promoting an open, secure, stable, accessible, and peaceful ICT environment. These assessments emphasised that adherence by States to international law, particularly their Charter obligations, is an essential framework for their actions in their use of ICTs.

AS for the OEWG, it was a milestone towards international cooperation for an open, secure, transparent, attainable, and serene ICT atmosphere. It emphasised in its Report that international law and, specifically, the Charter of the U.N. are not only applicable, but also essential for maintaining peace and stability, and for promoting an "open, secure, stable, accessible and peaceful ICT environment".⁴⁷ Hence, States should forbear and avoid conducts not in accordance with international law. But what are the consequences when a State acts against international law in the ICT field?

⁴⁷ Open-ended working group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security. Final Substantive Report (10th March 2021), para. 34.

The use of force and the cyber domain

Initial considerations

The milestone regarding the prohibition of the use of force in international law is Article 2(4) of the U.N Charter: “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations”.⁴⁸

The Covenant of the League of Nations declared in its article 10 that “any war or threat of war” is dangerous to the entire community.⁴⁹ Article 2(4) is an echo of this concern. The development of the Article in question continued during WWII: in 1941, Great Britain and the United States declared that “they believe[d] that all nations of the world, for realistic as well as spiritual reasons, must come to the abandonment of the use of force”.⁵⁰ In 1945, with the signature of the Charter of the UN, article 2(4) was already well established amidst the International Community.

The Article’s mechanic

Article 2(4) is, first and foremost, a norm of customary law^{51 52 53}. In addition, it is a formal treaty obligation, and States cannot simply walk away from their obligations.

This article enshrines a general prohibition of resorting to force. The ICJ, in its Nicaragua Case, found that the obligation of absence of threat or use of force has a binding character⁵⁴. The *opinio iuris* as to this character can be deducted from, *inter alia*, the attitude of the Parties and of States towards General Assembly resolution 2625 (XXV)⁵⁵.

The reference in article 2(4) to “threat or use of force (...) in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations”⁵⁶ was intended to create a presumption of illegality for any threat or use of force. That is, despite not being against either the territorial integrity or the political independence of a State, an act may be unlawful if inconsistent with the purposes of the United Nations. The intent of the authors

⁴⁸ United Nations’ Charter, Article 2(4).

⁴⁹ Gordon, Article 2(4) in Historical Context, p. 273.

⁵⁰ Point Eight of the Atlantic Charter (1941).

⁵¹ E.g., the U.N. Group of Governmental Experts 2013 Report (para. 19) and the 2015 Report of the same group (para. 25 and 26).

⁵² In its article 38, the ICJ’s Statute describes customary law as “general practice accepted as law”; it requires the existence of State practice and the belief that the practice is based in a legal obligation.

⁵³ In the Nicaragua Case, the parties stated that “the Charter provisions represented customary law, and even *jus cogens*, and the Court accepted”. Gray, 2018, p. 12.

⁵⁴ See Nicaragua Case (26th November 1984), para. 73.

⁵⁵ Entitled “Declaration on principles of international law concerning friendly relations and cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations”.

⁵⁶ Article 2(4) of the U.N. Charter.

was for the scope of article 2(4) to be as broad as possible, since it is intended to prohibit almost every use of inter-State armed violence.

As a member of the United States Delegation stated, “[T]he intention of the authors of the original text was to state in the broadest terms an absolute all-inclusive prohibition; the phrase ‘or in any other manner’ was designed to ensure that there should be no loopholes”.⁵⁷

We could consider that pre-Charter rules still apply side by side with article 2(4). But they do not. Those ancient rules on the use of force did not include a general prohibition as it is now incorporated in the article – both the Covenant and the Kellogg-Briand Pact⁵⁸ only prohibited the war of aggression, allowing the States to act in numerous instances.

According to Natalino Ronzitti, there are two possible interpretations of the article. First, a broad interpretation: Article 2(4) has a “blanket prohibition”⁵⁹, meaning that the use of force is only allowed under strict specifications, hence, the established exceptions.

Nonetheless, a narrower vision was also considered, back in the period immediately following the entry into force of the UN Charter. According to this view, article 2(4) contains a qualified prohibition. Therefore, to be prohibited, force must infringe the territorial integrity or the political independence of a State or be contrary to a concrete purpose of the UN. Thereby, there were some actions that, despite entering into a State’s sovereignty domain, did not violate its territorial integrity nor political independence.⁶⁰ In addition, the ones defending this perspective considered that, in some cases, the use of force was in line with the purposes of the United Nations⁶¹.

Nevertheless, most of the international community is of the opinion that article 2(4) enshrines a general ban of the use of force. For that reason, and because the tendency is to agree with this position, it is relevant to address the exceptions accepted as justifications for the use of force in international law.

The article was very much a response to WWII, notwithstanding its scope being one of the most controversial fields of international law. The use of force is, indeed, a polemic theme in the international community and has been a motive of dispute between States over time⁶². These disagreements are as to whether the use of force should apply to economic coercion, the right to use force for further self-determination or to interfere in civil wars, and even the scope of the right to self-defence. The proliferation, in the last

⁵⁷ Documents of the United Nations Conference on International Organization, vol. 6 (San Francisco, 25 April 1945), pp. 334-335.

⁵⁸ Available here: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjDmLesrbyEAxV1U6QEHyv_BMgQFnoECBUQAQ&url=https%3A%2F%2Floveman.sdsu.edu%2Fdocs%2F1928KelloggBriand.pdf&usg=AOvVaworeAJtBWt2zfVEQpFIWyaS&opi=89978449.

⁵⁹ Ronzitti, 2002, para. 2.

⁶⁰ E.g. entering another State’s territory to rescue nationals.

⁶¹ E.g. entering a foreign territory to put an end to a policy of genocide.

⁶² Namely between Eastern and Western countries.

years of the XX century and first years of the XXI century, of groups such as Al-Qaeda or ISIS has increased the already existent questions about the scope and length of the right to the use of force.

Some scholars⁶³ understand that legal rules must be “realistic”, meaning that these rules do not constrict the use of force by powerful States when applied against terrorist organisations or to prevent the escalation of nuclear weapons. This approach seems a way for the authors to rationalise and try to justify their own State’s actions by trying to reconcile the use of force with the UN Charter.

It is important to enhance that the scope of “force” has been discussed among scholars over time – some defend a narrower ambit than others. While some jurists understand that the term refers solely to armed force, excluding, for example, economic force, scholars like Hans Kelsen defend that the definition of “force” is wider, including any illegal action of a State that violates the interest of another and not just armed force. Furthermore, the first position considers that only traditional kinetic weapons can produce damage that may fall within the scope of article 2(4); on the contrary, opinions like the one presented by Kelsen consider other types of weapons.

According to the ICJ, which in its Nuclear Weapons Advisory Opinion stated that article 2(4) and article 51 of the Charter do apply regardless the weapon used⁶⁴, this is the outlook which allows analysing cyber operations under the scope of these articles. If we were of the view that only traditional kinetic weapons could trigger article 2(4) and 51, this study would have not been possible. We have already exposed our position, and we do agree that it is entirely possible for a cyber operation to qualify as a use of force.

⁶³ Such as the former UK’s Foreign and Commonwealth Office Adviser Daniel Bethlehem or the former U.S. Department Legal Adviser Harold Koh.

⁶⁴ ICJ Nuclear Weapons Advisory Opinion (1996), para. 39.

The Tallinn Manual 2.0

According to the Tallinn Manual 2.0, “a cyber operation constitutes a use of force when its scale and effects are comparable to non-cyber operations rising to the level of a use of force”.⁶⁵

Hence, the threshold is the scale and effects of the cyber operation. This differs from the Charter, which is based on the instrument of coercion. At the time the Charter was drafted, the approach built around the instrument made sense, as one was only dealing with traditional kinetic operations. However, cyber operations do not fit in this paradigm: they are non-kinetic, although their effects may range from mere inconvenience to death.

To understand what kind of attacks constitute a use of force, different proposals were raised. Firstly, an approach that applies a “strict liability test” to any cyber operation that targets a State’s critical infrastructure or its pivotal interests. Also known as “target-based” approach⁶⁶, the mere penetration of critical infrastructures or systems of a State constitutes evidence of hostile intent and may trigger the right to self-defence. However, as pointed out by Andrew Foltz⁶⁷, this framework suffers from the inherent subjectivity of defining what constitutes “critical infrastructure and vital interests”⁶⁸, expanding the grey area already existent in this field.

Secondly, the “kinetic equivalency” approach⁶⁹, which defends that a cyber operation will only be considered a use of force when previously its damage could only have been achieved through a kinetic attack. Again, it struggles with the so-called grey areas.

Lastly, the approach adopted by the IGE in the Tallinn Manual 2.0, namely an “effects-based” approach⁷⁰, which defends that it is the quantum of damage that matters, the consequences of the attack, not the means. This approach acknowledges that nations are mainly concerned about the consequences of cyber-attacks. Nonetheless, it relies on inherently subjective assessments among States that have different ways of seeing things, with diverse strategic interests, vulnerabilities, and capabilities.

As follows, there is no internationally recognised definition of a use of force. What does exist is a consensus regarding the fact that some cyber operations amount, effectively, to a use of force. Other cases are situated in a grey area, and for these, some criteria are necessary to assess whether we are facing an unlawful use of force. Even though the Charter does not refer any criteria, in the Nicaragua Case, the ICJ stated that scale and

⁶⁵ Schmitt, 2013, p. 330.

⁶⁶ See <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1175613>, p. 50.

⁶⁷ Lieutenant Colonel Andrew C. Foltz.

⁶⁸ Foltz, 2012, p. 42.

⁶⁹ Which usually adheres to the Charter’s instrument-based approach.

⁷⁰ Also called Schmitt Analysis. Other authors have proposed similar approaches: Richard Clark, 2010, proposes a doctrine of “cyber equivalency”, in which the cyber-attacks are evaluated by their effects and not by their means.

effects are to be considered when assessing whether specific actions amount to an armed conflict.

In the Tallinn Manual 2.0, the IGE follows an approach close to the Schmitt Analysis and refers some criteria that, despite not being exhaustive⁷¹, should influence States in their decision-making regarding this matter. The Experts mention criteria such as severity, immediacy, directness, invasiveness, measurability, presumptive legality, State involvement, and military character. As shown, the Tallinn Manual 2.0 tends to follow the same direction as the ICJ: scale and effects are important criteria when determining whether a cyber operation entails the use or threat of use of force.

An important distinction to make is between “use of force” and “armed attack”. The latter is the threshold at which a State may use its right to self-defence under article 51 of the Charter. According to the ICJ in the Nicaragua Case, an armed attack is the “most grave” form of a use of force⁷². Thus, in the Manual, the IGE agrees that all armed attacks qualify as uses of force.

A contrary view argues that any unlawful use of force qualifies, *per se*, as an armed attack, triggering the right to self-defence. Consequently, no gap exists between the two concepts, and the response of the attacked State will only be limited by the principles of proportionality and necessity.

⁷¹ It is not exhaustive, and it does not wish to be exhaustive. Other examples of criteria can be the identity of the attacker or the political environment.

⁷² Nicaragua Judgement, para. 191.

The LOAC Manuals

U.S. LOAC Manual

This is the view of the U.S., which have long taken this position, considering that “the inherent right of self-defense potentially applies against any illegal use of force”⁷³. On the other hand, the U.S. LOAC Manual upholds that there is no legal requirement of a cyber response to a cyber-attack. The inherent self-defence principle is only mediated by the principles of proportionality and necessity.⁷⁴

It is also relevant to refer those cases that, despite being coercive acts, do not amount to a use of force. When drafting the UN Charter⁷⁵, States rejected a project to include economic coercion as a use of force. Neither non-destructive cyber psychological operations intended to compromise confidence in a government, nor mere funding guerrillas engaged in operations against another State reach the threshold of a use of force⁷⁶. Therefore, funding a group of hacktivists conducting cyber-attacks as part of a rebellion should not be considered a use of force against the State involved.

The DoD LOAC Manual refers to these kinds of operations and rules that despite their inability to trigger the right to use force in self-defence, these cyber operations may justify attacked States taking the necessary and appropriate measures in response⁷⁷.

Although article 2(4) of the Charter only applies to Members of the UN, this prohibition also extends to other States that are not part of the UN by virtue of customary international law. Nevertheless, this does not apply to non-State actors unless the conduct can be attributed to a State through the law of State responsibility. Notwithstanding being unlawful under both international and national law, it cannot be seen as a violation of the prohibition of the threat or use of force.

The North American Manual also addresses this question and sets that a State’s right to self-defence is not precluded by the perpetrator being a non-State actor. The right to self-defence is entirely applicable to the actions of a non-State agent.

The U.S. LOAC Manual clearly adopts the position of the UN Charter regarding the use of force: it prohibits cyber operations that constitute unlawful uses of force under

⁷³ DoD Manual, p. 1030, para. 16.3.3.1.

⁷⁴ Harold Hongju Koh, Legal Adviser, Department of State, International Law in Cyberspace: Remarks as Prepared for Delivery to the USCYBERCOM Inter-Agency Legal Conference (Sept. 18, 2012), reprinted in 54 Harvard International Law Journal Online, 4 (Dec. 2012).

⁷⁵ In the San Francisco Conference (1945), in the United States.

⁷⁶ Nicaragua Judgement, para. 228: “(...) the Court considers that the mere supply of funds to the contras, while undoubtedly an act of intervention in the interna1 affairs of Nicaragua, as will be explained below, does not in itself amount to a use of force”.

⁷⁷ Measures that do not amount to a use of force, such as diplomatic protests or economic embargo.

article 2(4) and recognises that, under certain circumstances, cyber operations may constitute a use of force, thus falling into the scope of the mentioned article⁷⁸.

Spanish LOAC Manual

The Spanish LOAC Manual contains a whole chapter dedicated to the use of force, specified herein as “every form of physical coercion”⁷⁹. It follows the Tallinn Manual 2.0 closely, tending to agree with it. For instance, in Chapter 4.3.2, after a small and direct definition of what is understood by use of force, the latter expounds the definition of the first.

The Spanish LOAC Manual adds that, although these definitions⁸⁰ only refer to physical damages, it is also possible for an operation to be considered an armed attack even without producing damage to or the destruction of an object – this occurs when a cyber operation is not limited to communications, messing with the functioning of cyber infrastructures as well.

On the contrary, legal scholars understand that cyber operations that spread propaganda or espionage, cyber operations with similar consequences as economic penalties (as long as they do not affect indispensable infrastructures), and the ones aimed at interfering with civilian communications are not armed attacks⁸¹.

Norwegian LOAC Manual

The Norwegian LOAC Manual, for its part, states in its Chapter 9 that cyberattacks are subject to “the same restrictions and regulations as other types of attacks”.⁸² It defines “attack” as an act of violence against the enemy. However, the term “violence” should not be interpreted literally, so it can also cover acts with indirect violent consequences. Additionally, it describes a cyberattack as a cyber operation expected to cause death or injury to people or destruction or damage to objects.

Given the fact that this Manual wants to apply its general considerations to the cyber domain, it is important for us to look at its considerations regarding the basic prohibition against the use of force. It builds its approach around the consideration that the general prohibition of the use of force is based on the principle of sovereignty. Besides the purpose

⁷⁸ The Manual gives us some examples of cyber operations that can amount to a use of force; “cyber operations that: (1) trigger a nuclear plant meltdown, (2) open a dam above a populated area, causing destruction or (3) disable air traffic control services, resulting in airplane crashes”. *DoD Manual*, pp. 1028-1029, para. 16.3.1.

⁷⁹ “Derecho Internacional humanitario (DIH) en las FAS”, p. 110, para. 31.

⁸⁰ Referring to the ones given by the Tallinn Manual 2.0 and by Protocol I (1977) of the Geneva Conventions of 1949.

⁸¹ Radio or television communications.

⁸² *Manual of the law of armed conflict*, 2013, p. 209, para. 9.53.

of maintaining international peace and security, this prohibition also influences a State's ability to use armed force against non-State actors in the territory of another State.

French LOAC Manual

The French Manual is also of the view that the principles governing the use of force are applicable to the conduct of States in cyberspace. Certain operations, based on their scale and effects, can constitute a violation of the prohibition of the use of force and, in this domain, the threshold for the use of force depends not on the digital means used, but on the effects of that cyber operation.

This Manual also does not exclude that a cyber operation without physical effects could also be qualified as a use of force, especially considering the origin of that operation, the nature of the instigator, or the nature of the target⁸³.

Danish LOAC Manual

The Danish Manual also refers to cyber warfare and the use of force; nevertheless, it clarifies since the beginning that Denmark's Computer Network Operations⁸⁴ is developing, meaning that this is an area in which the Danish armed forces have still little experience. The manual then explains that the cyber domain is to be subjected to the existing rules of IL. Additionally, as to them being treated as "means of combat (...) there is no separate chapter on CNO"⁸⁵.

Regarding the use of force, its Chapter 3.7.2. refers the non-prohibited use of force under the Security's Council authorisation from the beginning⁸⁶: under the powers conferred by the Security Council, a State may use "all necessary force" and "all necessary means"⁸⁷. Additionally, "any use of force must be exercised within the framework of other rules of international law"⁸⁸.

⁸³ For example, the French Manual considers that penetrating military systems to compromise French defence capabilities might be considered a use of force, even if these actions have not yet been followed by their effects.

⁸⁴ Computer Network Operations (CNO) is the same as Cyber operations.

⁸⁵ Military Manual on international law relevant to Danish armed forces in international operations (2016), para. 3.10, p. 96.

⁸⁶ Chapters VI and VII of the U.N. Charter.

⁸⁷ The Manual provides the example of Resolution 2155 (2014) of the Security Council (27th May 2014), para. 4: "Decides that the mandate of UNMISS shall be as follows and authorizes UNMISS to use all necessary means (...)".

⁸⁸ Military Manual on international law relevant to Danish armed forces in international operations (2016), chapter. 3.7.2., p. 137.

Other States' positions

Sweden does not have a LOAC Manual but agrees, in its Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace⁸⁹, with the position of the ICJ and the Tallinn Manual 2.0: the UN Charter stipulates a prohibition of the threat or use of force, but the international community has not yet determined what acts constitute a use of force; a case-by-case assessment needs to be performed in order to understand whether a certain act enshrines a use of force under IL.

On the other hand, the governmental website of Canada also addresses this question. Given that this State accepts that International Law and, hence, the Charter of the UN apply to the cyber domain, its website refers article 2(4) of the Charter. In addition, it explicitly refers that “cyber activities may amount to such a threat or use of force where the scale and effects are comparable to those from other operations that constitute the use of force at international law”.⁹⁰ The assessment is to be done on a case-by-case analysis.

Many States still don't have a LOAC Manual of their own, while others have them from the beginning of this century or the last, from a time when cyber capabilities were not sufficiently developed to be such a concern that States would feel the need to incorporate them in these Manuals⁹¹.

Nevertheless, over 30 States have already made their opinion public regarding this issue, for instance, the Czech Republic: its national opinion is that article 2(4) is “one of the core provisions”⁹² of the Charter of the U.N. and a *jus cogens*⁹³. Therefore, the prohibition of the threat or use of force is deliberately general and applies to cyberspace. Moreover, it considers that whether a cyber incident violates the prohibition of the mentioned article needs to be appreciated on a “case-by-case basis”, and it refers directly to the Tallinn Manual 2.0 and to its factors to assess whether a conduct amounts to an unlawful use of force.

The Estonian State, which was the target of a series of cyber-attacks in 2007⁹⁴, has also published its national opinion regarding this theme, referring that “States must refrain in their international relations from carrying out cyber operations which, based on

⁸⁹

Available

here:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjurdWO_siEAXUUUaQEhXF1AIQQFnoECBEQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.government.se%2Fcontentassets%2F3c2cb6febdoe4ab0bd542f653283b140%2Fswedens-position-paper-on-the-application-of-international-law-in-cyberspace.pdf&usq=AOvVawoSY3voc4HINgoHhnBU28Vp&opi=89978449.

⁹⁰ “International Law applicable in cyberspace”. Available here: https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberespace_droit.aspx?lang=eng#a12.

⁹¹ See, for example, the Manuals of Canada and Australia.

⁹² See the Czech Republic Position Paper on the application of international law in cyberspace (2024).

⁹³ A peremptory norm of general international law.

⁹⁴ For 22 days, Estonia fell under a cyber-attack from Russia. The attack was politically motivated and occurred because of the reallocation of a statue from the Soviet era in Tallinn.

their scale and effect, would constitute a threat or use of force”⁹⁵. Even when acting in the cyberspace, States must comply with their obligations of International Law, which includes the UN Charter. This position gives some examples of cyber operations that amount to a use of force, such as operations that target critical infrastructures and result in “serious damage, injury or death, or a threat of such an operation”⁹⁶.

China, in contrast, does not even have a proper chapter on the use of force. Nevertheless, when mentioning the applicability of IL to cyberspace, it makes a brief reference to the principle of prohibition of the threat or use of force and reinforces that the application of principles like this is the “cornerstone of the peace, security and stability in cyberspace”.⁹⁷

Another State that has a less extended opinion is Iran. Still, it has a proper chapter to discuss the use of force and armed attacks: the “Armed forces of the Islamic Republic of Iran believe that certainly, those cyber operations resulting in material damage to property and/or persons in the widespread and grave manner (...) constitute use of force”.⁹⁸

On the other hand, it is also important to mention the Common Position of the African Union, which clearly states that “[t]he prohibition on the threat or use of force is a rule of *jus cogens*”, as well as a “fundamental and cardinal” principle of IL. This rule is a key element of the U.N. Charter, applies in cyberspace “and governs the conduct of States in relation to ICTs in cyberspace”.⁹⁹

As we have already seen, Article 2(4) enshrines the key prescription in IL regarding the use of force. Furthermore, according to the Tallinn Manual 2.0, there are two exceptions to this prohibition: uses of force authorised by the Security Council under Chapter VII, and self-defence pursuant to article 51 of the Charter. The question now is to understand whether a cyber-attack can be considered an armed attack under article 51, unleashing the inherent right to self-defence.

⁹⁵ See the National Position of Estonia (2021).

⁹⁶ See the National Position of Estonia (2021).

⁹⁷ See the National Position of the People’s Republic of China (2021).

⁹⁸ See the National Position of Iran (2021).

⁹⁹ See the Common Position of the African Union (2024).

Armed attack and cyber attacks

Initial considerations

Article 51 of the UN Charter provides that “[n]othing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security”.

This article deals with self-defence, which is the precedent condition in the existence of a lawful armed attack¹⁰⁰. Therefore, it is important for us to distinguish, first of all, “armed attack” from “aggression”¹⁰¹. The latter is one of the situations in which the UN Security Council may use its powers, under Chapter VII of the Charter. Therefore, we are already in a position to understand that “an act of aggression can constitute an armed attack”, but “it may not always do so”.^{102 103} The main question is to understand when a cyber-attack amounts to an armed attack for the purposes of the UN Charter.

This discrepancy is necessary and intended by the authors of the Charter: uses of force that stay below the minimum limit of an armed attack are not serious enough to justify a response in derogation of article 2(4) of the UN Charter, which enshrines an important general prohibition.

On the other hand, the restrictive approach of article 51 wants to prevent unnecessary escalation of inter-State force. Thereby, it puts the common interest of preserving international peace before the individual interest of States to protect their sovereignty. Only in extraordinary cases, the ones with special severity, does the Charter permit the resorting to force as self-defence. Nevertheless, although being permitted, the use of force as self-defence is also limited: firstly, by the principles of proportionality and necessity¹⁰⁴; and, secondly, by the obligation of reporting the measures taken to the Security Council.

¹⁰⁰ In the Nicaragua Case, the ICJ ruled that the exercise of the right to individual self-defence is “subject to the State concerned having been the victim of an armed attack”. See Nicaragua Case (1986), para. 195.

¹⁰¹ It is important to notice that even the wording in both articles, 2(4) and 51, is different, suggesting a different threshold for “use of force” and “armed attack”.

¹⁰² Schmitt, 2013, p. 339, para. 2.

¹⁰³ See the reference to article 3 paragraph g) of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314 (XXIX) in the Nicaragua Case (1986), para. 195.

¹⁰⁴ Rule 72 of the Tallinn Manual 2.0 (“A use of force involving cyber operations undertaken by a State in the exercise of its right of self-defence must be necessary and proportionate”).

The Tallinn Manual 2.0

Rule 71 of the Tallinn Manual 2.0 sets that “A State that is the target of a cyber operation that rises to the level of an armed attack may exercise its inherent right to self-defence. Whether a cyber operation constitutes an armed attack depends on its scale and effects”.¹⁰⁵

Therefore, it is clear that the IGE agreed that, in some cases, cyber operations may be sufficiently grave to warrant being considered armed attacks¹⁰⁶ under the scope of the Charter. This view is consistent with the opinion of the ICJ, which in its Nuclear Weapons Advisory Opinion referred that the choice of means of attack is immaterial to the conclusion of whether an operation qualifies as an armed attack. On the other hand, States’ practices are also consistent with this view: the U.S. LOAC Manual, for example, states that the “inherent right of self-defense potentially applies against any illegal use of force”¹⁰⁷.

The IGE is of the view that the term “armed attack” cannot be assimilated with the term “use of force”¹⁰⁸. Indeed, not every use of force rises to the level of an armed attack¹⁰⁹. The scale and effects needed to consider an act as an armed attack are much higher than the threshold of the use of force. Therefore, only in those cases where the use of force reaches the brink of an armed attack is the State entitled to respond with force in self-defence.

The expression “scale and effects” was first used in the Nicaragua Case in 1986. The ICJ noted the need to differentiate the gravest forms of the use of force (the ones amounting to an armed attack) from the less grave ones¹¹⁰. But that was it. No further guidance was provided in this regard by the Court. The limits of the scale and effects criteria remain unsettled – the effects only need to be considered grave.

Furthermore, the law is unclear regarding the exact point at which the effects of a certain cyber operation qualify it as an armed attack¹¹¹. Nevertheless, some cases are crystal clear. The Tallinn Manual 2.0 refers that “the International Group of Experts

¹⁰⁵ Schmitt, 2013, p. 339.

¹⁰⁶ The IGE discussed whether the notion of armed attack necessarily involves the use of weapons and reached the conclusion that it does not; the key factor is whether the effects of that cyber operation are analogous to those that would result from an action otherwise qualifying as a kinetic armed attack. Nevertheless, there was an opinion according to which the term ‘armed’ applies exclusively to the use of weapons. In this view, it is mandatory that the cyber operation involves the use of some kind of cyber weapon in order to qualify as an armed attack.

¹⁰⁷ DoD Manual, p. 1030, para. 16.3.3.1.

¹⁰⁸ Rule 69 of the Tallinn Manual 2.0.

¹⁰⁹ See Nicaragua Case (1986), para. 191.

¹¹⁰ Yoram Deinstein (2013, p. 280) has suggested that the gap between ‘armed attack’ and ‘use of force’, if it even exists, has been exaggerated by the ICJ over the years, being, in reality, very restricted. The author refers that the only cases in which a use of force does not reach the threshold of an armed attack are the cases in which that use of force does not result in any victims or destruction of property.

¹¹¹ The ICJ, in its Nicaragua Case, even distinguished an armed attack from “mere Frontier incident[s]”. See Nicaragua Case, para. 195. Nevertheless, many scholars have criticised this view; they adopt the view that only inconsequential actions should be excluded.

agreed that a cyber operation that seriously injures or kills a number of persons or that causes significant damage to, or destruction of property, would satisfy the scale and effects requirement”.¹¹²

Another important question posed by the Tallinn Manual 2.0 is whether a State can exercise its right to self-defence following a series of cyber-attacks that individually do not rise to the level of an armed attack but, when considered as a whole, must be considered as such. The IGE concluded that the crucial point is whether the attacks have the same originator or originators acting together, and whether the same perpetrator has carried out small-scale operations that are related and, if aggregated, meet the scale and effects requisite – then, there are grounds for treating the incident as a composite armed attack¹¹³.

On the other hand, it is also relevant to question which effects are to be considered when assessing whether a cyber operation amounts to an armed attack. The IGE unanimously agreed that “all reasonably foreseeable consequences of the cyber operation, so qualify”.¹¹⁴ However, the Group was divided regarding the requisite of intention. Despite this division, the majority was of the view that intention is irrelevant, meaning that only scale and effects matter when qualifying an operation as an armed attack¹¹⁵.

In the case of bleed-over effects in a third State, most of the Experts agreed that if those effects meet the scale and effects threshold for an armed attack, then this third State can also resort to a lawful use of force as self-defence. Even in those cases where the operations against one State do not reach the threshold of an armed attack, if its bleed-over effects do reach the gravity of an armed attack, this third State can defend itself by resorting to force.

It is clear that there are two relevant factors when assessing whether a cyber operation amounts to an armed attack: the trans-border and the scale and effects requirements. Nonetheless, it is important to understand that the IGE did not reach consensus on whether further criteria must be observed to allow the use of force in self-defence. Some were of the opinion that, for instance, the intention or the motives were irrelevant, but the agreement of the Experts was that States practice should deal with this matter.

¹¹² Schmitt, 2013, p. 342, para. 8.

¹¹³ This approach is also known as the pin-prick theory or the accumulation of effects theory.

¹¹⁴ Schmitt et al., 2017. Rule 71, p. 343, para. 13.

¹¹⁵ Always in accordance with the principles of necessity and proportionality (Rule 72 of the Tallinn Manual 2.0).

The LOAC Manuals

U.S. LOAC Manual

The DoD LOAC Manual does not provide any legal criteria to characterise cyber operations as armed attacks. The Manual concludes that any use of force under the scope of article 2(4) “must have a proper legal basis in order not to violate *jus ad bellum* prohibitions on the resort to force”.¹¹⁶ After this statement, the Manual sends us to Chapter 1, on the general provisions regarding the use of force, reaffirming the conclusions of Chapter 16, adding that the legality of the use of force needs to be assessed in the light of the specific circumstances and facts of the incident.

In a footnote, the North American Manual quotes Daniel Webster, who refers lightly to a “right of self-defence [that] attaches always to nations as well as to individuals”. Despite not mentioning the inherent right of self-defence present in article 51 of the Charter, the mere fact that the DoD is quoting a scholar that refers to this right makes it understandable that the position of the Manual is the same as the Tallinn Manual 2.0.

Furthermore, there are other chapters of this LOAC Manual where the authors refer explicitly to the right of self-defence: in Chapter 1.11.1.2., the Manual literally states that “force can be used in self-defence, but only to the extent that it is required to repel the armed attack and to restore the security of the party attacked”.¹¹⁷

Spanish LOAC Manual

The Spanish LOAC Manual, on the other hand, is much clearer in this matter. Chapter 4.3.3. refers to Chapters 1.1.1. and 1.2.2.2 but has also some notes regarding this matter in this chapter dedicated to cyber operations.

This Manual expressly recognises article 51 of the UN Charter as an instrument of IL that gives the States legitimacy to act in self-defence. Additionally, it states that resorting to force in self-defence must be preceded by an armed attack. Likewise, the Manual affirms that a kinetic response in self-defence can be used against a cyber-attack, always responding with respect for the principles of necessity and proportionality¹¹⁸.

Spain’s LOAC Manual refers that, to qualify a cyber incident as an armed attack, there are two important conditions: firstly, the cyber operation needs to have a cross-

¹¹⁶ DoD Manual, p. 1039, para. 16.3.1.

¹¹⁷ DoD Manual, p. 41, para. 1.11.1.2.

¹¹⁸ “Una respuesta cinética en legítima defensa contra un ciberataque puede ser legal si es necesaria para poner fin al ataque y responder proporcionalmente en atención al método e impacto de la agresión”. “Derecho Internacional humanitario (DIH) en las FAS”, p. 113, para. 0441.

border character¹¹⁹, which is fulfilled when a State takes part in a cyber operation that would be considered an armed attack if it were a kinetic operation. This cross-border nature also exists if the perpetrator State orders non-State actors to act on its behalf, no matter where they are.

On the other hand, to be considered an armed attack, the operation should have effects that reach a certain level of severity¹²⁰. Nevertheless, the Manual does not go further in this matter, nor does it clarify the concrete level of severity needed to reach the armed attack threshold¹²¹.

The Spanish LOAC Manual, while not specifying the concrete level of severity, refers three theories regarding the definition of armed attack: the theory of nature, through which the attack causes necessarily damage or destruction in objects or injury or death to people; the theory of effects, which provides that the extension of the effects of the attack are considerably relevant; and the theory of the physical objective, according to which the attack must be directed to critical infrastructures, causing severe effects in them.

Furthermore, the Manual also refers to necessity and proportionality as requirements when resorting to self-defence. The requirement of necessity is fulfilled when resorting to non-coercive measures is insufficient to stop the attack. On the other hand, proportionality concerns the scale, reach, length, and intensity of the defensive response.

Norwegian LOAC Manual

The Norwegian LOAC Manual refers that the prohibition against the use of force and against intervention are two principles whose fundamental purpose is to maintain international peace and security. Furthermore, it mentions three exceptions to the prohibition of the use of force against other States: firstly, the UN mandate, chapter VII. The Security Council must decide that a situation exists which threatens international peace and security in such a way that the use of armed force is necessary.

Another exception present in the Manual is States' right to self-defence. "An armed attack on a State gives that State the right to act in self-defence in accordance with international law"¹²², namely under article 51 of the Charter¹²³.

¹¹⁹ "(...) tiene que traspasar los límites propios de un Estado, es decir, ha de poseer un carácter transfronterizo". Derecho internacional humanitario (DIH) en las FAS, p. 113, para. 0443.

¹²⁰ The Manual refers to the Nicaragua Case, quoting the ICJ when referring that armed attacks are the "most grave" forms of use of force.

¹²¹ This LOAC Manual allows preemptive self-defence in those cases in which the threat of use of force is instantaneous and overwhelming and there is no time to deliberate, or the threat is imminent.

¹²² Chapter 51 of the Charter of the U.N.

¹²³ This article provides an independent basis for the use of force; nevertheless, this use of force is conditional upon immediate reporting to the Security Council, being valid only until the Security Council implements measures to ensure international peace and security.

In Norway, it is “up to the government to evaluate and determine whether Norway is subject to an armed attack such that [it] may act in self-defence in accordance with international law”.¹²⁴

These provisions are general but also apply to the cyber context, given the fact that the Manual clearly states that “[c]yberattacks are subject to the same restrictions and regulations as other types of attacks”.¹²⁵

French LOAC Manual

The French Manual states that certain cyber operations, based on their scale and effects, can constitute a violation of the prohibition of the use of force within Article 2(4) of the Charter of the UN. The Manual then clarifies that, in the digital space, the threshold for the use of force does not depend on the digital means used, but rather on the effects of the cyber operation.

When the effects of a cyber-attack are similar to those resulting from the use of a conventional kinetic weapon, that cyber incident may constitute a violation of the prohibition of the use of force. Therefore, it is important to stress that cyber operations that do not produce physical effects can also be qualified as uses of force, especially considering the origin of the operation, the nature of the instigator, the intended effects, and the nature of the target¹²⁶.

An armed aggression is a use of force of significant gravity, regardless of the means used. Therefore, it is not excluded that a cyber incident may constitute an armed attack within the meaning of article 51 of the UN Charter when its scale and effects reach a certain gravity and are comparable to those of physical force.

The French LOAC Manual concludes that to be considered an armed attack, a cyber operation must also have been perpetrated, directly or indirectly, by a State. Apart from acts committed by individuals belonging to State organs or exercising public authority, a State is responsible for acts committed by non-State actors only if the latter have acted on the instructions of the first or under its control.

France’s LOAC Manual refers to countermeasures as a way of responding to State-sponsored cyber-attacks. This may pose a problem, given that attribution is a complex issue in cyberspace. However, the Manual provides that States can take retaliatory

¹²⁴ Manual of the Law of Armed Conflict, 2013, p. 9, para. 1.10.

¹²⁵ Manual of the Law of Armed Conflict, 2013, p. 209, para. 9.53.

¹²⁶ E.g., penetrating military systems to compromise French defence capabilities could be considered a use of force, even if those actions have not yet been followed by their effects.

measures, which may include, i.e., making public protests, suspending agreements, and activating diplomatic initiatives¹²⁷.

These countermeasures¹²⁸ must be carried out in compliance with certain obligations of international law, such as the prohibition of resorting to threat or use of force and obligations concerning the protection of fundamental human rights.

According to this Manual, an armed aggression gives the victim State the right to exercise individual or collective self-defence. This is the only lawful unilateral resorting to armed force. Self-defence in response to an armed aggression conducted in cyberspace can be implemented through means in both the physical and the digital realm, always in respect for the principles of necessity and proportionality.

In exceptional circumstances, it is possible to resort to pre-emptive self-defence in response to a cyber-attack “not yet initiated but about to be, in an imminent and certain manner, provided that the potential impact of this aggression is sufficiently serious”.^{129 130}

The possibility of a response demands the cyber operation to be characterized as reaching a certain threshold of severity, to be determined on a case-by-case analysis.

France has established its doctrine to identify cyber operations that may amount to an armed attack under article 51 of the Charter; it is a scale of severity that has six levels¹³¹. Notwithstanding having those levels, the last one is the only that may enshrine an armed attack under article 51. It is probably impossible to characterise all the other five levels as an armed attack¹³².

Danish LOAC Manual

The Danish LOAC Manual also refers to article 51 of the Charter. However, it considers that the right to self-defence is not an inherent right under the Charter, but it “is recognised in customary international law”.¹³³ On the other hand, this Manual states that the attack being perpetrated by a non-State actor has no effect in the right to self-defence of the aggressed State.

¹²⁷ “Le droit international est applicable aux cyberopérations”, chapter 4, pp. 303-304. *Manuel de droit des opérations militaires* (2022).

¹²⁸ Article 49 of the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts and jurisprudence recognize the right to use countermeasures solely to the aggrieved State.

¹²⁹ “ (...) non encore déclenchée, mais sur le point de l’être, de façon imminente et certaine, pourvu que l’impact potentiel de cette agression soit suffisamment grave”. SGDSN, 2018, p. 84.

¹³⁰ Just like in the physical realm, preventive self-defence is not recognized by international law and cannot be implemented in cyberspace.

¹³¹ The first level being Level 0, with an insignificant impact (“impact négligeable”); Level 1A, with low impact (“impact faible”); Level 1B, with significant and circumscribed impact (“impact significatif et circonscrit”); Level 2, with strong and circumscribed impact (“impact fort circonscrit”); Level 3, with strong and extended impact (“impact fort et étendu”); Level 4, with major impact (“impact majeur”); and lastly, Level 5, with extreme impact (“impact extrême”).

¹³² See the chart present in page 306 of the French LOAC Manual.

¹³³ Military Manual on International Law relevant to Danish armed forces in international operations (2016), p. 36.

Denmark's Manual also mentions two requisites of the act of self-defence. First, that act must be necessary to "prevent or suspend the attack or new attacks that are assessed to follow"¹³⁴. Moreover, it also needs to be proportional, meaning that a proportionality test needs to be performed "between the act of attack and the act of self-defence"¹³⁵.

Regarding cyber operations, the manual is also very clear: although cyber-attacks¹³⁶ may have consequences that can be equated with more conventional armed attacks, "the initiator of the attack must be identifiable as a prerequisite for a legitimate act of self-defence".¹³⁷

¹³⁴ Military Manual on International Law relevant to Danish armed forces in international operations (2016), p. 36.

¹³⁵ Military Manual on International Law relevant to Danish armed forces in international operations (2016), p. 37.

¹³⁶ Referred as CNA – computer network attacks.

¹³⁷ Military Manual on International Law relevant to Danish armed forces in international operations (2016), p. 37.

Other States' positions

The Czech Republic made its official opinion public in 2024, stating that “depending on the facts and circumstances, cyber operations (...) may also constitute an ‘armed attack’, under Article 51 of the UN Charter”.¹³⁸ The State’s position affirms that despite the UN Charter not giving a definition for the term “armed attack”, nor listing the criteria for determining what conditions are needed to consider an act as an armed attack, the position to be followed is the one provided by the ICJ: the relevant factors are the scale and effects of the particular act.

On the other hand, “[t]he Czech Republic reiterates the provisions of the UN Charter and customary international law that if an armed attack occurs, the affected State may exercise its inherent right to individual or collective self-defence under Article 51 of the UN Charter”.¹³⁹

The Republic of Estonia also agrees with this view and accepts the criteria of scale and effects when assessing whether an operation amounts to an armed attack. If the effects of a cyber incident are similar or equivalent to a kinetic attack, then it could constitute an armed attack, which triggers the right to self-defence present in the Charter, with all its limits, such as proportionality and necessity. At the same time, Estonia refers that the attacked State is not “necessarily limited to taking measures by cyber means”¹⁴⁰; all means are available for the State to defend itself, as long as in a proportionate way and in accordance with the provisions of IL.

China’s position is narrower. With only six chapters, it does not refer to armed attacks, nor to the right to self-defence of States. The same happens with the National position of the Russian Federation, with zero references to armed attacks and to the right to self-defence.

On the contrary, Iran believes that the right to self-defence should be reserved “if the gravity of the cyber operation against the vital infrastructure of the state is reached in the threshold of the conventional armed attack”.¹⁴¹

The Common position of the African Union is much more detailed. It mentions two exceptions to the prohibition of the use of force, one of them being the right to self-defence when an armed attack occurs: “In particular, a cyber operation, depending on its scale and effect, would amount to use of force if it is expected to cause physical damage, injury, or death, that is comparable to the use of force by an act covered by the prohibition”.¹⁴² The

¹³⁸ See the Czech Republic Position Paper on the application of international law in cyberspace (2024).

¹³⁹ See the Czech Republic Position Paper on the application of international law in cyberspace (2024).

¹⁴⁰ See the National position of Estonia (2021).

¹⁴¹ See the National position of Iran (2020).

¹⁴² See the Common Position of the African Union (2024), para 39.

criteria to understand whether we are facing a use of armed force are the scale and effects of the operation.

The African Union distinguishes between the gravest forms of the use of force, which constitute an armed attack allowing the States to respond under the right to self-defence, and the less grave forms of the use of force. This needs to be asserted on a case-by-case analysis and considering different criteria, such as “the duration of the attack, the nature of the targets attacked, the locations of the targets attacked, and the types of weapons used”¹⁴³. Furthermore, the Common opinion also refers that the right to self-defence can only be triggered when an armed attack is attributable to a State.

On the other side, Canada’s governmental website “considers that the inherent right of self-defence if an armed attack occurs against a State also applies in cyberspace”.¹⁴⁴ Canada will respond to cyber activities that reach the threshold of an armed attack in a manner that is consistent with International Law and, specifically, the U.N. Charter. Therefore, that response may or may not include cyber activities.

Another country that does not have a LOAC Manual but has something to say in this regard is Sweden. In its Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace¹⁴⁵, Sweden recognises a right to self-defence when an armed attack occurs. In addition, it is not a requisite that the attack uses kinetic means; in the same way, it is not a requirement for the response to that attack to use kinetic means.

Therefore, a cyber-attack may rise to the level of an armed attack when its scale and effects are comparable to a kinetic armed attack. In those cases, the exercise of self-defence must be immediately communicated to the Security Council of the U.N. Moreover, the exercise of self-defence needs to be articulated with the fundamental principles of necessity and proportionality.

¹⁴³ See the Common Position of the African Union (2024), para. 41.

¹⁴⁴ “International Law applicable in cyberspace” (2022).

¹⁴⁵ Available here: <https://www.government.se/contentassets/3c2cb6febd0e4ab0bd542f653283b140/swedens-position-paper-on-the-application-of-international-law-in-cyberspace.pdf>.

Why don't States apply article 51 to cyber incidents?

As already seen, the *opinio juris* is that article 51 of the UN Charter does apply to the cyber domain. Therefore, theoretically, there may already have been cases of cyber-attacks rising to the level of armed attacks, thus triggering States' right to self-defence.

Indeed, the Center for Strategic & International Studies has launched a list of cyber incidents, dating from early 2006 up until January of 2024, which entails over 90 pages of incidents.

According to the Council on Foreign Relations¹⁴⁶, China has sponsored over 240 cyber operations, followed by Russia with 195 sponsored cyber operations, and Iran with 94 sponsored operations. These are the top three countries regarding the founding of cyber operations¹⁴⁷.

Let us look at Stuxnet, for instance. Stuxnet is considered by some as the first cyberweapon ever¹⁴⁸, and described, among other things, as the first malicious software (malware) designed specifically to attack a particular type of industrial control system¹⁴⁹. Stuxnet is a computer virus that caused the destruction of over 1,000 centrifuges in Natanz, Iran, and is attributed to the U.S. and Israel's joint operation 'Olympic Games'. The authors of the worm could spy and control the industrial systems, leading to the fast spinning of the centrifuges, which tore themselves apart unbeknownst to the human operators at the plant. Stuxnet had quite an impact in Iran's Nuclear Programme, causing million-dollar damages for the country.

The whole world saw the Olympic Games Operation accomplish, at least in part, its goals, delaying the development of a new nuclear world power. The question that remains is: why did no one talk about an armed attack? Did this cyber operation not reach the threshold of an armed attack?

Looking at the State's position, it is clear that the scale and effects of the incident were severe enough to fall, at least, within the scope of article 2(4) and, possibly, also within in the scope of article 51, thus triggering Iran's right to self-defence. But the truth is that no one, not even the Iranian State, referred to an armed attack.

Another important example is the Estonian case. As previously mentioned, Estonia suffered a major cyber-attack from Russia in 2007. The operation had political motivations and was perpetrated by Russia¹⁵⁰. Estonia was hit by these major DDoS cyber-

¹⁴⁶ An independent and nonpartisan organization, think tank and publisher whose goal is to be a resource to its members, governments, journalists civic and religious leaders, etc., to help them understand the foreign policy choices facing the United States and other countries.

¹⁴⁷ Between 2005 and 2023.

¹⁴⁸ "Cyberwarfare and Cyberterrorism: In brief" (2015), p. 1.

¹⁴⁹ "Operation "Olympic Games". Cyber-sabotage as a tool of American intelligence aimed at counteracting the development of Iran's nuclear programme" (2020), p. 66.

¹⁵⁰ The malicious traffic clearly contained Russian language background. On the other hand, instructions to attack Estonia were spread in Russian websites and forums. Although Russia always denied being the

attacks, which lasted weeks. From media outlets to government bodies, many services were taken down in this unprecedented attack. Day-to-day life was severely affected, since cash machines and online banks were out of action, as well as small businesses. Government employees could not work, nor use their emails. Newspapers and broadcasters could not deliver the news. Moreover, it exposed Estonia's vulnerabilities, illustrating the potential of cyber-attacks to cause long-lasting effects.

More recently, during the conflict between Russia and Ukraine, the international community has acknowledged that Russia has been attacking Ukraine by cyber means repeatedly. But, again, no one has dared to refer an armed attack.

The fact that hundreds of cyber incidents have been happening in the last decade and no references exist regarding a possible armed attack makes us think that, in the cyber domain, article 51 of the Charter is devoid of useful meaning.

As seen the Tallinn Manual 2.0 is very clear when assuming 'scale and effects' as the paramount criteria when assessing whether a cyber-attack amounts to an armed attack. And if up until the beginning of 2024 this position was accepted and recognized by NATO and a few more Western countries, the truth is that with the Common position of the African Union, this stand acquired a whole new universal dimension.

We are now in the position of saying that this is the positioning of the international community. Nevertheless, it remains unsettled why the States don't follow their own opinions and LOAC Manuals and why they keep on repeatedly accepting cyber-attacks with major impact in the lives of their citizens. The UN Charter opens a door for self-defence and States are not using it to protect their national interests.

Some may say that States are not using article 51 of the Charter given the problem of attribution, considered by many as "one of the most intractable problems"¹⁵¹ of the fifth domain.

But it is clear that attribution is an inevitable portion of the cyber domain. Being incredibly scattered, this field of operations is in constant development, changing day by day. The fact that it is impossible to find the real perpetrator in most cases is inherent to this domain.

Decentralized as it is, with the possibility of one person leading a cyber operation in one part of the world that is going to affect States on the opposite side, attribution is the cyber domain's birth right and should not be an excuse for States not to apply article 51 and not to protect their national superior interests.

perpetrator of the attacks, a well-known Russian hacker, SpoRaw, believes that the attacks could not have been executed without the consent of the Russian authorities.

¹⁵¹ Rid & Buchanan, 2015.

Conclusion

This work's objective was to understand and compare States' positions regarding the problem of application of articles 2(4) and 51 of the UN Charter to cyber operations. The conclusion is that these articles do apply to the cyber domain, with all their consequences and restrictions.

Nevertheless, it is also possible to conclude that the national positions of States are not reflecting their practices in the real world. Today, more than ever, humanity is facing dark days, with many points of tension around the world; crises are arising all over the continent, and this new domain plays an important role in today's warfare.

Despite the increasing relevance of ICTs, States continue not to resort to their right to self-defence in the light of article 51 of the Charter. Either because they are too afraid of the consequences or because they have full knowledge of them, States are refraining from calling any cyber operations 'armed attacks', regardless of their scale and effects, which in some circumstances are severe enough to, in theory, fall within the scope of the mentioned article.

References

- 2007 cyber attacks on Estonia. (2013). Retrieved from NATO Strategic Communications Centre of Excellence: https://stratcomcoe.org/cuploads/pfiles/cyber_attacks_estonia.pdf.
- 71 UNGA: Cuba at the final session of Group of Governmental Experts on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security. (2017, June). Retrieved from Representaciones Diplomáticas de Cuba en el Exterior: <http://misiones.cubaminrex.cu/en/un/statements/71-unga-cuba-final-session-group-governmental-experts-developments-field-information>.
- ALVAREZ, J. (2015, February 03). Stuxnet: The world's first cyber weapon. Retrieved from Stanford University: Center for International Security and Cooperation. <https://cisac.fsi.stanford.edu/news/stuxnet>.
- ARMEES, M. d. (2022). *Manuel de droit des opérations militaires*. (C. Faure, Ed.) Retrieved from Ministère des Armées: https://www.defense.gouv.fr/sites/default/files/sga/Manuel%20de%20droit%20des%20opérations%20militaires_édition%202022.pdf.
- ASSEMBLY, G. (2014, January). Resolution adopted by the General Assembly on 27 December 2013 [on the report of the First Committee (A/68/406)] . Retrieved from United Nations: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n13/454/03/pdf/n1345403.pdf?token=XK458rNomMpZ9voYw9&fe=true>.
- ASSEMBLY, G. (2015, December). Resolution adopted by the General Assembly on 23 December 2015 [on the report of the First Committee (A/70/455)] . Retrieved from United Nations: <https://s3.amazonaws.com/unoda-web/wp-content/uploads/2016/01/A-RES-70-237-Information-Security.pdf>.
- ASSEMBLY, G. (2021, December). Resolution adopted by the General Assembly on 6 December 2021 [on the report of the First Committee (A/76/439, para. 7)]. Retrieved from United Nations: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/377/48/pdf/n2137748.pdf?token=5CnM9k23DNmVSnJ8To&fe=true>.
- Birth of telephone. (1899, July 09). Omaha Daily Bee. Retrieved from Library of Congress: <https://guides.loc.gov/chronicling-america-telephone-invention>.
- BUCHAN, R., & TSAGOURIAS, N. (2024, February 20). The African Union's Statement on the Application of International Law to Cyberspace: An Assessment of the Principles of Territorial Sovereignty, Non-Intervention, and Non-Use of Force. Retrieved from EJIL: Talk!: <https://www.ejiltalk.org/the-african-unions-statement-on-the-application-of-international-law-to-cyberspace-an-assessment-of-the-principles-of-territorial-sovereignty-non-intervention-and-non-use-of-force/>.
- BUCHANAN, T. R. (2015). Attributing cyber attacks. Retrieved from Journal of Strategic Studies: https://cs.brown.edu/courses/cs180/sources/Attributing_Cyber_Attacks.pdf.
- CANADA, G. o. (2022, April). International law applicable in cyberspace. Retrieved from Government of Canada: <https://www.international.gc.ca/world->

- monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberespace_droit.aspx?lang=eng#a2
- CloudFlare. (2024). What is a DDoS attack? Retrieved from CloudFlare: <https://www.cloudflare.com/learning/ddos/what-is-a-ddos-attack/>.
- CloudFlare. (2024). What is a denial-of-service attack? Retrieved from CloudFlare: <https://www.cloudflare.com/learning/ddos/glossary/denial-of-service/>.
- COLLEGE, N. D. (2013). *Manual of the law of armed conflict* (first ed.). (T. C. Defence, Ed.)
- COMMISSION, E. (2020, December). The EU's cybersecurity strategy for the digital decade. Retrieved from European Comission: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjK_9agtsmEAXWe_rslHaoSB9IQFnoECB4QAQ&url=https%3A%2F%2Fdigital-strategy.ec.europa.eu%2Fen%2Flibrary%2Feus-cybersecurity-strategy-digital-decade-o&usg=AOvVaw1dPdWYwON1.
- COMMISSION, I. L. (2001). Responsibility of States for internationally wrongful acts. Retrieved from United Nations: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf.
- COUNCIL, N. R. (2009). *Technology, policy, law, and ethics regarding U.S. acquisition and use of cyberattack capabilities*. Washington D.C.: National Academy Press.
- CROSS, I. C. (1949). The Geneva Conventions of 12 August 1949. Retrieved from International Committee of the Red Cross: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>.
- CROSS, I. C. (2024). Distinction. Retrieved from ICR.ORG: https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/distinction.
- Código Penal Português* (1982). (9.^a ed.). Almedina.
- Cybersecurity history: Hacking & data breaches. (2024). Retrieved from Monroe College: <https://www.monroecollege.edu/news/cybersecurity-history-hacking-data-breaches>.
- Cyberspace operations (CO). (2024). Retrieved from Computer Security Resource Center: https://csrc.nist.gov/glossary/term/cyberspace_operations.
- DEFENCE, D. M. (2020). *Military manual on international law relevant to Danish armed forces in international operations*. Retrieved from Danish Ministry of Defence: <https://www.forsvaret.dk/globalassets/fko---forsvaret/dokumenter/publikationer/-military-manual-updated-2020-2.pdf>.
- DEFENCE, M. o. (2012). *The defence cyber strategy*. Retrieved from Ministry of Defence: https://www.itu.int/en/ITU-D/Cybersecurity/Documents/National_Strategies_Repository/Netherlands_2012_NDL-Cyber_StrategyEng.pdf.
- DEFENCE, M. o. (2015). *Department of Defense law of war manual*. United States of America.
- DEFENCE, M. o. (2022). *Cyber primer* (third ed.).
- DEFENCE, M. o. (2022). *Derecho internacional humanitario (DIH) en las FAS*.
- DEFENCE, O. o. (2023, july). *Department of Defense law of war manual*. Retrieved from U.S. Department of Defense:

- <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwil2PTUip6EAXUPgPoHHQmrAMUQFnoECBoQAQ&url=https%3A%2F%2Fmedia.defense.gov%2F2023%2FJul%2F31%2F2003271432%2F-1%2F-1%2Fo%2FDOD-LAW-OF-WAR-MANUAL-JUNE-2015-UPDATED-JULY%2>.
- EU Statement – United Nations 1st Committee: Thematic discussion on other disarmament measures and international security. (2018, october). Retrieved from European Union – External Action: https://www.eeas.europa.eu/node/52894_en.
- FAURE, C. (Ed.). (2022). *Manuel de droit des opérations militaires*.
- FOLTZ, A. C. (2012). Stuxnet, Schmitt analysis, and the cyber “use-of-force” debate. *Joint Force Quarterly (JFQ)*.
- FORCE, N. Z. (2019). *Manual of armed forces law*. Retrieved from New Zealand Defence Force: https://usnwc.libguides.com/ld.php?content_id=47364407.
- G20. (2015, november). G20 Leaders’ Communiqué Antalya Summit. Retrieved from Atalaya Summit: <https://www.gpfi.org/sites/gpfi/files/documents/G20-Antalya-Leaders-Summit-Communiqu---.pdf>.
- GGE. (2013, June). *2013 UN GGE Report of the group of governmental experts on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security (A/68/98)*. Retrieved from United Nations: https://dig.watch/wp-content/uploads/A_68_98_E.pdf.
- GGE. (2015, July). *2015 UN GGE – Report of the group of governmental experts on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security (A/70/174)*. Retrieved from United Nations: <https://undocs.org/A/70/174>.
- GGE. (2021, July). *Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security – 2015*. Retrieved from United Nations: <https://dig.watch/wp-content/uploads/2022/08/UN-GGE-Report-2021.pdf>.
- GORDON, E. (n.d.). *Article 2(4) in historical context*. Retrieved from Core.uk: <https://core.ac.uk/download/pdf/72839491.pdf>.
- GRAY, C. (2018). *International law and the use of force*. Oxford: Oxford University Press.
- HELAL, M. (2024, February 2). Common African Position on the application of international law to the use of information and communication technologies in cyberspace, and all associated communiqués adopted by the Peace and Security Council of the African Union. Retrieved from EJIL: Talk!: <https://www.ejiltalk.org/the-common-african-position-on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-reflections-on-a-collaborative-lawmaking-process/>.
- JACKSON, P., & GERKEN, T. (2024, January 30). Elon Musk says Neuralink implanted wireless brain chip. Retrieved from BBC News: <https://www.bbc.com/news/technology-68137046>.
- JENSEN, E. T. (2017). The Tallinn Manual 2.0: Highlights and insights. Retrieved from Georgetown Journal of International Law: https://www.onlinelibrary.iihl.org/wp-content/uploads/2021/07/The-Tallinn-Manual-2.0-article_compressed.pdf.

- JUSTICE, I. C. (1996, July 8). Reports of judgments, advisory opinions and orders legality of the threat or use of nuclear weapons. Retrieved from International Court of Justice: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.
- KAMIŃSKI, M. A. (2020). Operation “Olympic Games”. Cyber-sabotage as a tool of American intelligence aimed at counteracting the development of Iran’s nuclear programme. Retrieved from securityanddefence: https://securityanddefence.pl/pdf-121974-52879?filename=Operation%20_Olympic.pdf.
- KURU, H. (2017, February). Prohibition of use of force and cyber operations as “force”. *Journal of Learning and Teaching in Digital Age*, pp. 46-53.
- KUSHNER, D. (2013, February 26). The real story of Stuxnet. Retrieved from IEEE Spectrum: <https://spectrum.ieee.org/the-real-story-of-stuxnet>.
- Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar*. (2015). Retrieved from Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11070>.
- MCAFEE. (2021, July 30). O que é um vírus trojan e como remover. Retrieved from McAfee: <https://www.mcafee.com/blogs/pt-pt/internet-security/compreender-os-virus-troianos-e-como-se-livrar-deles/>.
- MCGUINNESS, D. (2017, April 27). How a cyber attack transformed *Estonia*. Retrieved from BBC News: <https://www.bbc.com/news/39655415>.
- MINISTROS, C. d. (2022, November 2). Resolução do Conselho de Ministros n.º 106/2022. Retrieved from Diário da República: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwio47-14e6EAxW8RaQEHDZAJkQFnoECA8QAQ&url=https%3A%2F%2Fdiariodarepublica.pt%2Fdr%2Fdetalhe%2Fresolucao-conselho-ministros%2F106-2022-202899924&usg=AOvVaw1OebKoH4ja3Mo>.
- NATIONS, U. (1977, June 8). Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), of 8 June 1977. Retrieved from United Nations: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.34_AP-I-EN.pdf, last visited on the 27th of March 2024.
- OAS. (2020). *AG/RES. 2959 (L-O/20)*. Retrieved from Organisation of American States (OAS): http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/AG-RES_2959_EN.
- OBAMA, B. (2011, May). International strategy for cyberspace: Prosperity, security, and openness in a networked world. Retrieved from White House: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf.
- O'CONNELL, M. E. (2013). The prohibition of the use of force. Retrieved from Notre Dame Law School: https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&=&context=book_chap

ters&=&sei-

redir=1&referer=https%253A%252F%252Fscholar.google.pt%252Fscholar%253Fhl%253Dpt-

PT%2526as_sdt%253Do%25252C5%2526q%253Dexceptions%252Bto%252Bthe%252Bprohibition%2.

OTTIS, R. (2018). Analysis of the 2007 cyber attacks against Estonia from the information warfare perspective. Retrieved from Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence: https://www.ccdcoe.org/uploads/2018/10/Ottis2008_AnalysisOf2007FromTheInformationWarfarePerspective.pdf.

OTTIS, R. (2024). Rain Ottis. Retrieved from LinkedIn: <https://ee.linkedin.com/in/rainottis>.

OTTIS, R. (n.d.). Analysis of the 2007 cyber attacks against Estonia from the information warfare perspective. Retrieved from CCDCOE.ORG: https://www.ccdcoe.org/uploads/2018/10/Ottis2008_AnalysisOf2007FromTheInformationWarfarePerspective.pdf.

RØLSÅSEN. (2016). When do cyber operations amount to use of force and armed attack, and what response will they justify? Retrieved from University of Oslo: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwixiI3l7M2EAXWw7rsIHWHRCSOQFnoECBkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.duo.uio.no%2Fbitstream%2Fhandle%2F10852%2F50840%2F723.pdf%3Fsequence%3D1&usg=AOvVaw1-qCHjXlkEEHU-ALKThWG&o>.

RONZITTI, N. (2002). The current status of the principle prohibiting the use of force and legal justifications of the use of force. Retrieved from Istituto Affari Internazionali: <https://www.iai.it/sites/default/files/iai0215.pdf>.

ROOSEVELT, F. D., & CHURCHILL, W. S. (1941, August). The Atlantic Charter. Retrieved from Yale Law School: <https://avalon.law.yale.edu/wwii/atlantic.asp>.

SARI, A. (2023, March 24). International law and cyber operations: Current trends and developments. Retrieved from Council of Europe: <https://rm.coe.int/64th-cahdi-pr-aurel-sari-presentation/1680aaaf48>.

SCHMITT, M. N. (2010). Cyber operations in international law: the use of force, collective security, self-defense, and armed conflicts. Retrieved from Proceedings of a Workshop on Deterring CyberAttacks: https://sites.nationalacademies.org/cs/groups/cstbsite/documents/webpage/cstb_059439.pdf.

SCHMITT, M. N. (Ed.). (2017). *Tallinn Manual 2.0* (second ed.). Tallinn: Cambridge University Press.

STAUFFACHER, D. D. (2019, May). UN GGE and UN OEWG: How to live with two concurrent UN cybersecurity processes. Retrieved from ICT4Peace.org: <https://ict4peace.org/wp-content/uploads/2019/11/ICT4Peace-2019-OEWG-UN-GGE-How-to-live-with-two-UN-processes.pdf>.

SWEDEN, G. O. (2022, July). Position paper on the application of international law in cyberspace. Retrieved from Government Offices of Sweden:

<https://www.government.se/contentassets/3c2cb6febd0e4ab0bd542f653283b140/swedens-position-paper-on-the-application-of-international-law-in-cyberspace.pdf>.

The UN in general. (n.d.). Retrieved from United Nations:
<https://unis.unvienna.org/unis/en/topics/the-un-in-general.html>.

THEOHARY, C. A., & ROLLINS, J. W. (2015, March). Cyberwarfare and cyberterrorism: In brief.
Retrieved from Congressional Research Service:
<https://sgp.fas.org/crs/natsec/R43955.pdf>.

Warsaw Summit Communiqué. (2016, July 01). Retrieved from North Atlantic Treaty Organization: https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133169.htm.

A medida tutelar educativa de internamento
Reflexão crítica à tripartição dos regimes de execução

Carla Alexandra da Mota Soares Rocha

Sob a orientação da Professora
Doutora Sandra Flávia Correia Batista Tavares

*Aos meus pais,
Paula e José.*

“Educai as crianças para que não seja necessário punir os adultos”.

Pitágoras

“A verdadeira esperança é uma qualidade, uma determinação heroica da alma. E a mais elevada forma de esperança é o desespero superado”.

Georges Bernanos

Agradecimentos

Aos meus pais, por acreditarem em mim, mesmo quando me desacreditei.

À minha irmã, pelas palavras certas no momento certo.

Ao Hugo, pelo apoio incondicional.

À Eva e à Filipa, os meus pilares na vida.

À Margarida e ao Miguel.

À Doutora Professora Sandra Flávia Correia Batista Tavares, pela disponibilidade total e pelos conhecimentos partilhados.

À Doutora Professora Maria da Conceição Ferreira da Cunha, quem fez despertar o meu interesse pela área dos menores.

À Doutora Bruna Lopes da Silva, pela compreensão e amizade.

No fundo, a todos aqueles que vibram comigo nas minhas conquistas como se deles se tratassem. Aos que amo.

Resumo

A reforma do Direito de Menores em Portugal, representada pela Lei Tutelar Educativa, visa uma abordagem educativa e de acompanhamento, mas que enfrenta atualmente inúmeros desafios práticos.

Em concreto, a presente Dissertação tem como ponto de partida o tema da delinquência juvenil e a forma como, face à primeira problemática, intervém o Estado Português através da aplicação das Medidas Tutelares Educativas, em especial, o Internamento, considerada, pela sua natureza, uma medida de *ultima ratio*, mas que, apesar do propósito educativo da Lei Tutelar Educativa, corre o risco, na sua execução, de apresentar traços punitivos ou pouco personalizados para suprir, eficazmente, as necessidades reveladas por cada jovem.

É neste sentido que nos propomos a refletir acerca de uma eventual reconfiguração da referida medida, dando especial enfoque aos regimes de execução aberto e fechado, tendo sempre por ímpeto a ideia-base de que um jovem infrator não é uma “causa-perdida”, estando ainda em tempo, pela fase de crescimento em que se encontra, de ser educado para o direito.

Palavras-chave: menor; jovem; delinquência; medidas tutelares educativas; internamento; regime aberto; regime fechado; educar para o direito; individualização.

Abstract

The reform of the Portuguese Juvenile Law, currently represented by Law No. 166/99 of 14 September 1999, the *Educational Guardianship Law* (“Lei Tutelar Educativa”), faces numerous practical challenges.

Thus, the present Dissertation has as its starting point the subject of juvenile delinquency and the way in which the Portuguese State intervenes through the application of educational measures – in particular, deprivation of liberty. Considered a measure of last resort, given its nature, its punitive and poorly personalized traits fail to meet individual needs effectively.

In this regard, we propose to reflect upon a possible reconfiguration of said measure, focusing particularly on open and semi-open detention, always in line with the primary idea that young offenders are not a “lost cause” and can be successfully (re)integrated into society.

Keywords: juvenile delinquency; young offenders; educational measures; deprivation of liberty; detention; open and semi-open detention; social (re)integration of minors and young offenders.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
art./arts	Artigo/artigos
CAFCE	Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos
CAIDJCV	Comissão de análise integrada da delinquência juvenil e da criminalidade violenta
CC	Código Civil
CE/CEs	Centro Educativo/Centros Educativos
<i>cit.</i>	Citação
Coord.	Coordenador
CPCJ	Comissão de Proteção de Crianças e Jovens
CRSEPM	Comissão para a reforma do sistema de execução de penas e medidas
DGRSP	Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais
DL	Decreto-Lei
<i>etc.</i>	<i>Et caetera/</i> e o resto
Ibidem	No mesmo lugar
LPCJP	Lei de proteção de crianças e jovens em perigo
LTE	Lei Tutelar Educativa
MJ	Ministério da Justiça
MP	Ministério Público
MTE/MTEs	Medida Tutelar Educativa/Medidas Tutelares Educativas
n.º	Número
<i>ob. cit.</i>	Obra citada
OTM	Organização Tutelar dos Menores
p./pp.	Página/páginas
par.	Parágrafo
PEP	Projeto Educativo Pessoal
Reg.	Regulamento
Res.	Resolução
RGDCE	Regulamento Geral e Disciplinar dos Centros Educativos
s.d.	Sem data
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TSRS	Técnicos Superiores de Reinserção Social

Índice

Introdução	9
I. A Delinquência Juvenil	11
II. Resposta do Direito Português	13
1. Os modelos de intervenção estadual	13
2. A intervenção tutelar educativa	15
2.1. Pressupostos e Finalidades	16
2.1.1. Breve comparação com as finalidades do Direito Penal	18
2.2. Princípios orientadores	19
2.3. As Medidas Tutelares Educativas – não institucionais	20
III. A Medida Institucional: O Internamento em Centro Educativo	23
1. Quando e quem pode aplicar	23
2. Conteúdo	24
3. Execução	29
IV. Reflexão crítica dos regimes de execução – visão doutrinal	32
1. Apreciação Pessoal	37
Conclusão	44
Bibliografia	47
Apêndice 1 – Requerimento dirigido ao Diretor-Geral da DGRSP	54
Apêndice 2 – Guião da entrevista direccionada aos jovens internados	55
Apêndice 3 – Guião da entrevista direccionada à direção do CE	56
Apêndice 4 – Guião da entrevista direccionada aos TSRS	57

Introdução

A delinquência juvenil é um fenómeno que gera preocupação crescente, espelhando várias e gravíssimas deficiências na educação e acompanhamento das crianças e jovens, sendo, por isso, uma área de intervenção merecedora de atenção permanente, de que Portugal não se exclui.

Assim sendo, atualmente, se um jovem/menor¹ entra em rutura com o mínimo ético e social em que assenta a vida em sociedade, ofendendo bens jurídicos tutelados pelo direito penal, o Estado Português deve intervir com o objetivo de fazer tal jovem compreender quais os valores essenciais da comunidade – a que qualquer cidadão deve obediência – fazendo-o através da aplicação de MTEs, medidas estas, que podem ir de uma mera admoestação a um Internamento em CE.

A presente Dissertação, visa, precisamente, abordar o Internamento, a única medida institucional prevista, à data de hoje, pelo legislador e, de todas as elencadas no art. 4.º da LTE, a mais lesiva dos direitos dos jovens.

Neste sentido, propomo-nos repensar a problemática do tratamento jurídico dos menores infratores, analisando a LTE e o seu modelo de intervenção, mas, sobretudo, refletindo criticamente acerca da atual tripartição dos regimes de execução da medida de Internamento, que pode variar entre aberto, semiaberto e fechado, partindo da análise individual de cada um, identificando as suas maleitas e virtualidades, sempre que oportuno, apoiados na doutrina e no conhecimento que temos da prática.

Como tal, e tendo por finalidade cumprir os objetivos reflexivos a que nos propomos, o nosso plano inicial passava por entrar em contacto direto com um CE, visitando-o, de forma a obter testemunhos de utentes e funcionários.

Para concretizar tal pretensão, tivemos, na nossa preparação, o cuidado de seguir os procedimentos necessários, nomeadamente, procedemos ao preenchimento do formulário disponibilizado pela DGRSP², bem como à entrega de toda a documentação exigida que incluía, desde logo, a disponibilização prévia de guiões caso pretendêssemos entrevistar algum jovem ou profissional ligado ao CE. Sendo o caso, em prol da temática que pretendemos discutir, questionámos, exemplificativamente:

- “Dos três regimes de execução existentes, qual é o que reconhece mais utilidade e porquê? Dispensaria algum dos restantes? Se sim – Qual e porquê?”;

- “Qual a sua opinião sobre os designados CEs de regime misto ou polivalentes? Porventura entende que podem causar algum tipo de constrangimento nas relações entre os jovens? E a existir constrangimentos, de que forma podem condicionar a vida dos

¹ Conceitos utilizados por nós, ao longo da Dissertação, de forma indistinta; no entanto, é intuito nosso fazer referência somente a indivíduos com menos de 16 anos de idade.

² Disponível em <https://dgrsp.justica.gov.pt/Contactos/Contacte-a-DGRSP>.

jovens dentro do CE? Tal poderá comprometer o sucesso da intervenção tutelar educativa?”;

- “Acharia viável a existência de um regime de execução único? Se sim – De que forma deveria funcionar esse regime, com mais liberdade ou com menos?”.

No fundo, através destas entrevistas, pretendíamos tentar obter *insights* valiosos sobre a eficácia da medida de Internamento, identificar os desafios enfrentados na execução dessa medida e entender as políticas e práticas adotadas pelos CEs, nomeadamente, no que diz respeito à reintegração social dos jovens.

Todavia, para frustração das nossas expectativas, não nos foi possibilitada a aludida visita (por falta de resposta da Instituição). Ainda assim, juntamos, em apêndice, o requerimento dirigido ao Diretor-Geral da DGRSP, bem como os guiões das entrevistas³ – a que já fizemos referência – para consulta da totalidade das perguntas que pretendíamos ver respondidas e, conseqüentemente, do trabalho que nos propusemos fazer.

Como tal, decidimos, face ao exposto, continuar a nossa investigação recorrendo a relatórios e entrevistas obtidas por outros Autores, das mais antigas às mais recentes, a fim de perceber a realidade atual dos CEs, mas também se, ao longo do tempo, existiu, ou não, uma evolução e, existindo, se esta foi positiva ou negativa.

Desta feita, o corpo da presente Dissertação será dividido em 4 partes.

No Capítulo I, para necessária compreensão da matéria em análise, será feita uma referência ao fenómeno da delinquência juvenil e aqui, sem ignorarmos que se trata de um fenómeno heterogéneo, identificaremos aqueles que – tanto por juristas como psicólogos/psiquiatras – são entendidos como fatores de risco.

Segue-se o Capítulo II, que incidirá sobre a evolução do olhar do Estado no que diz respeito aos jovens e ao conseqüente impacto no seu tratamento legal, até chegarmos ao atual sistema tutelar educativo. Aí chegados, caracterizaremos o regime jurídico da LTE, percebendo em que pontos se distancia e aproxima do direito penal, terminando com as principais críticas apontadas doutrinariamente a algumas das MTE não institucionais.

O Capítulo III, por sua vez, cingir-se-á a uma abordagem exclusiva da medida que aqui nos traz, tendo nós a preocupação de analisar “quando” e “quem” pode aplicar o Internamento, fazendo um escrutínio do conteúdo e modo de execução desta medida; sendo uma preocupação, desde logo, demonstrar o nosso ponto de vista sempre que oportuno.

³ Importa realçar que a redação dos respetivos guiões foi influenciada, não só, mas também, por vários trabalhos em que os respetivos autores tiveram a possibilidade de visitar CEs, tendo sido utilizada, por nós, uma linguagem mais informal no guião da entrevista direcionada ao menor/jovem, por motivos que se prendiam, essencialmente, com a tentativa de criação de uma maior proximidade com o mesmo.

Por fim, no Capítulo IV, iniciar-se-á com uma visão doutrinal relativa à medida de Internamento e aos seus três regimes de execução, finalizando com uma apreciação pessoal, seguida de algumas propostas. Uma primeira sugestão relacionada com a alteração à lei, no sentido da eliminação do regime aberto; e algumas outras, já mais relacionadas com a aplicação do regime fechado – o seu funcionamento e grau de abertura ao exterior. A nossa posição, no fundo, guiar-se-á pelo desejo de salvaguardar aquilo que de forma humilde entendemos ser mais benéfico para o jovem, cumprindo-se, assim, estritamente, com a finalidade a que se propõe o sistema tutelar educativo: a educação do jovem para o direito.

Isto porque, em suma, como bem entende António Nóvoa: “O nosso caminho não é o da institucionalização da violência, mas sim o da construção do diálogo, da relação, da palavra. E nada mais ajuda à lucidez do que um conhecimento informado, uma compreensão crítica das realidades passadas e futuras”⁴.

⁴ Nóvoa, 2010, p. 111.

I. A Delinquência Juvenil

O problema da criminalidade praticada por jovens não é novo, todavia, a atenção por parte da comunidade é relativamente recente, o que, nas palavras de Norberto Martins, decorre “(...) da evolução das mentalidades, da percepção de que cuidando delas [das crianças] moldamos o futuro”⁵.

Acontece que, ainda que seja, cada vez mais, uma temática merecedora de atenção, não gera necessariamente consenso a nível doutrinal.

Desde logo, no que diz respeito à definição de “Delinquência Juvenil”, tratando-se de um termo utilizado pela maioria para se referir às transgressões à lei realizadas por adolescentes, há outros Autores, como é o caso de Moura Ferreira, que, apesar de adotarem entendimento semelhante, expandem-no.

Assim, para o Autor,

“Num sentido amplo, a delinquência juvenil refere todo o tipo de infração criminal que ocorre durante a infância e a adolescência. Num sentido mais restrito, a delinquência envolve o conjunto de respostas e de intervenções institucionais e legais em relação a menores que cometem infrações criminais **ou que se encontram em situações ou exibem comportamentos potencialmente delinquentes**”⁶⁻⁷.

Note-se que, para o presente efeito, utilizaremos o termo para nos referirmos à prática por um jovem, com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de um facto qualificado pela lei como crime, o que coincide com o domínio de intervenção da LTE, de que falaremos em tempo oportuno.

Posto isto, como sabemos, a adolescência é uma fase de transformações físicas e psicológicas, caracterizada, vulgarmente, como um período de experiências, incompreensões e das aparências; e, como tal, propícia à adoção de comportamentos delinquentes. Estes, por sua vez, derivam de múltiplos e diferentes fatores de risco e que aqui dividimos, por questões de clareza e praticidade, em: familiares, socioeconómicos e individuais.

No que à família diz respeito, quer seja por impossibilidade de os pais passarem mais tempo com os filhos, por negligência ou, no limite, por não quererem exercer as suas responsabilidades parentais; em qualquer uma destas situações, os jovens são deixados sem qualquer suporte, podendo aqui a delinquência surgir como uma “forma atrativa de socialização”⁸.

⁵ Martins, 2002, p. 176.

⁶ Ferreira, 1997, p. 916.

⁷ Negrito nosso.

⁸ Carvalho, 2016, p. 82.

Por outro lado, também no seio familiar, não podemos deixar de referir aquelas outras situações, distintas, em que a delinquência é promovida pela própria família do menor. Nestes casos, a prática de ilícitos não é um problema novo, mas um problema enraizado na família que se reproduz de geração em geração, levando o jovem a encarar a prática de tais comportamentos como sendo a normalidade.

“Fomos falar com a mãe de (...) e ela explicou tudo. Ela pôs a roupa, pegou a roupa dela, vestiu a roupa da [nome da grande superfície] e então aí ela disse se queríamos fazer igual a ela. Ela disse para se tirar aquela coisa...aquela...o alarme. A mãe dela ensinou, vais e tiras com os dentes assim (...) Nós conseguíamos tirar, uma tirava e nós vestíamos. (...)”⁹, entrevista a uma rapariga de 11 anos, residente no Bairro Rosa.

A par da família, o meio socioeconómico onde o menor vive exerce, também ele, influência no comportamento deste. Vivemos numa era de globalização em que a estratificação dos recursos pelo espaço continua a marcar a organização das sociedades, consequentemente, como alerta Maria João Leote de Carvalho, “a desvantagem social de determinadas zonas influencia indiretamente a delinquência pela exposição de crianças e jovens à influência criminógena da rua”¹⁰.

Na esteira da afirmação anterior, tome-se como exemplo alguns bairros sociais que se conhecem por serem zonas de precária monitorização e supervisão e onde se praticam modos de vida desviantes com que os jovens, por força das circunstâncias, convivem e a que ficam expostos. Note-se, todavia, que com isto não queremos dizer que a delinquência se cinge às zonas mais desfavorecidas, mas também não podemos negar que este fenómeno assume aí uma força que, nos mesmos moldes, não se verifica em mais lado nenhum.

Por fim, a nível individual, podem também ser evidenciados alguns fatores de risco associados ao trajeto delinquente. Daniel Sampaio, a este respeito, afirma que “adolescentes inseguros e deprimidos com baixa auto-estima e auto-confiança são mais vulneráveis a pressões por parte de grupo de pares, cedendo com maior facilidade, contudo não se trata de um fator causa-efeito”¹¹.

Em suma, é importante realçar que os fatores aqui mencionados como sendo de “risco” não são taxativos; ou seja, de uma maneira geral, podemos qualificar como fatores de risco todas as circunstâncias que rodeiam e marcam a vida de um jovem. Deste modo, a escola e os amigos assumem também, por motivos distintos, extrema relevância. A título de exemplo, os amigos, ou melhor dizendo, a necessidade de o jovem se integrar e permanecer num grupo, tem influência em muitos aspetos do seu quotidiano, incluindo,

⁹ Carvalho, 2010, p. 394.

¹⁰ Carvalho, 2016, pp. 73 e 74.

¹¹ Sampaio, 2009, pp. 41-54 e 80-82.

não raras as vezes, a adoção de comportamentos perigosos que podem conduzir a um caminho sem volta (nomeadamente, hábitos de consumo, furtos, *etc.*).

Identificado o problema e analisadas algumas das possíveis causas, coloca-se a seguinte questão: Fará sentido fazer um juízo de censura jurídico-penal a um jovem, semelhante ao que se faz a um adulto?¹²

Parece-nos que não, mas a resposta do Direito Português face a esta problemática é o que iremos abordar de seguida.

¹² Cunha, 2021 in Jornal Público.

II. Resposta do Direito Português

1. Os modelos de intervenção estadual

Começemos por recuar no tempo.

Como afirma Anabela Miranda Rodrigues, “Portugal orgulha-se, a justo título, de estar entre os primeiros, ou mesmo de ter sido o primeiro, a ter adotado, desde 1911, um conjunto de regras de direito especiais para menores”¹³.

De facto, foi em 1911, com a publicação da primeira Lei de Proteção à Infância, que a criança passou a ser reconhecida como sujeito de direitos tutelares, porém, com a aprovação da OTM, em 1962 (aliás, sobretudo com a respetiva reforma, em 1978), introduziu-se no país “um sistema de proteção em termos maximalistas”¹⁴.

Por outras palavras, o referido sistema traduzia-se numa desresponsabilização do menor que cometia um ilícito criminal, uma vez que, aos olhos do Direito, este era encarado como uma vítima, uma pessoa carecida de proteção, o que, por si só, legitimava a intervenção do Estado que agia, exclusivamente, em nome do interesse do menor.

Apesar de conhecidas vantagens, nomeadamente, a menor estigmatização do jovem delinquente ou a impossibilidade de se aplicarem penas ou medidas de coação (características do processo penal), esta visão comportava, igualmente, desvantagens e até mesmo riscos. Melhor dizendo, em nome do “bem” dos menores, o Estado acabou por adotar um processo informal e alheio aos seus direitos fundamentais¹⁵. A par disto, Maria da Conceição Ferreira da Cunha expõe os “(...) riscos que derivam do convívio, numa mesma instituição, de meninos maltratados, que nunca foram maltratantes, com jovens agentes de crimes, porventura violentos”¹⁶. Face ao exposto, parece-nos claro que um modelo que tinha a intenção de proteger acabou por, na prática, desproteger.

Isto posto, de uma forma generalizada, podemos afirmar que, no seio internacional, o abandono do modelo protecionista ficou a dever-se à multiplicação de instrumentos que tinham por objeto a justiça juvenil, fomentando, desde os anos 80 do século XX, uma mudança gradual¹⁷. Contudo, nem todos enveredaram por este caminho.

Em sentido contrário, existiram países que se aproximaram dos designados modelos de justiça em que o jovem que pratica um tipo legal de crime deve ser sempre

¹³ Rodrigues, 1997, p. 359.

¹⁴ Rodrigues & Fonseca, 2003, p. 5.

¹⁵ Ao menor não lhe era concedido o direito a ser assistido por um advogado ou ainda outros direitos como o de Audição, o de requerer diligências de prova, etc.

¹⁶ Cunha, 2016, p. 441.

¹⁷ A este respeito, não podemos deixar de sublinhar a importância da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1991, uma vez que estabelece uma definição de criança (art. 1.º), fixa como princípio orientador o “superior interesse da criança” (art. 3.º) e prevê, ainda, um conjunto de obrigações e garantias processuais a serem cumpridas pelos Estados-parte (art. 40.º).

responsabilizado¹⁸. Assim sendo, ao abrigo deste último modelo, as medidas caracterizam-se por serem mais punitivas do que educativas, visando, primordialmente, a criação de segurança na comunidade, ainda que se reconheça ao jovem (infrator) os seus direitos e garantias¹⁹.

Chegados aqui, resta-nos questionar: qual foi o modelo adotado por Portugal?

Nenhum, ou melhor, em parte, os dois.

Portugal adota uma “terceira via”²⁰ que combina o carácter educativo – presente no modelo de proteção – com a responsabilização do jovem e o reconhecimento dos seus direitos e garantias – características do modelo de justiça²¹. Em suma, potencia-se as virtualidades dos respetivos modelos de intervenção estadual – até então analisados – reunindo-as num único sistema. Esta “terceira via”, por sua vez, está bem explícita tanto na LPCJP (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro), como na LTE (Lei n.º 166/99, de 14 de setembro), no entanto, é sobre esta última que pretendemos discorrer.

2. A intervenção tutelar educativa

A LTE entrou em vigor em janeiro de 2001 (no âmbito da reforma do sistema de execução de penas e medidas, iniciada, por sua vez, em 1996²²), tendo sido alvo de uma só alteração, concretizada em 2015.

Nas palavras de António Carlos Duarte Fonseca, esta é uma lei que prevê, para os jovens, o “(...) modelo dos “três dês”, despenalização/desjudicialização, desinstitucionalização e direito a um processo justo (*due process*)”²³. Como tal, é tido em conta, por um lado, o facto de o jovem ser ainda um ser em formação, mas sem ignorar, por outro lado, que os factos que ele praticou se encontram definidos na lei penal como crime, sendo, assim, necessário responsabilizá-lo, mas – pela fase de desenvolvimento e aprendizagem em que se encontra – educando-o.

Note-se que foi precisamente com a entrada em vigor da LTE que se começou a distinguir as intervenções em função de estarmos face a um jovem delinquente, carecido

¹⁸ A título de curiosidade, exemplo de um país com um modelo próximo ao de justiça é a Inglaterra. Basta recordar a morte de James Bulger, em 1993, num ato praticado por dois rapazes, ambos de 10 anos, cuja “sentença contemplou uma medida de detenção até à maioridade, os 18 anos, altura em que foram libertados sob nova identidade e ficaram sujeitos a uma sentença de liberdade condicionada para o resto da vida que implica o cumprimento de vários termos, a maioria dos quais permanece em segredo de justiça” – Carvalho, 2017, p. 15.

¹⁹ Cunha, 2016, p. 447.

²⁰ Moura, 2002, p. 111.

²¹ Ideia presente in Moura, 2002, p. 111.

²² Despacho n.º 20/MJ/96 de 30-01-1996.

²³ Fonseca, 2005, p. 371.

de ser educado, ou um jovem em risco, carecido de ser protegido, restringindo-se o âmbito de aplicação da LTE ao primeiro grupo de casos²⁴.

Em síntese, seguindo os ideais normativos consagrados no art. 40.º, n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança e em outros textos internacionais ratificados²⁵, a LTE integrou uma intervenção que se baseia, essencialmente, em dois elementos: “(...) por um lado, a assunção da responsabilidade do menor (...) e, por outro, a vertente educativa (...)”²⁶. Intervenção esta que, por sua vez, é feita valer através da aplicação – ao jovem infrator – de MTEs.

Todavia, só se pode intervir verificados determinados pressupostos.

2.1. Pressupostos e Finalidades

A intervenção tutelar educativa só tem lugar quando em causa esteja um jovem, com idade compreendida entre os doze e os dezasseis anos, que tenha praticado um facto qualificado pela lei penal como crime (art. 1.º, LTE) e, a par disto, como o próprio nome indicia, se verifique a necessidade de educar esse jovem para o direito (arts. 2.º, n.º 1 e 7.º, LTE).

Melhor dizendo,

“intervém o Estado perante comportamentos disruptivos por parte de jovens que, tendo já alguma maturidade intelectual e emocional, não atingiram ainda a idade a partir da qual respondem criminalmente, face ao disposto no artigo 19.º do Código Penal²⁷, carecendo, porém, de serem advertidos do desvalor de tais comportamentos e de serem educados para a necessidade de se absterem de os empreenderem e repetirem (...)”²⁸.

Importa salientar que os pressupostos aludidos são cumulativos, ou seja, até pode dar-se como provada a prática de um ilícito criminal por um jovem com, por exemplo, quinze anos, mas não existindo no momento da prática do facto, ou não subsistindo no

²⁴ Ainda assim, a LTE e a LPCJP não deixam de ter pontos de contacto importantes, a este respeito importa consultar o art. 43.º da LTE, que permite a articulação entre o sistema tutelar educativo e o sistema de proteção social.

²⁵ Como são exemplo as Regras de Beijing e as Regras de Havana.

²⁶ Rodrigues, 2003, pp. 19 e 20.

²⁷ Note-se que a fixação do limite etário da imputabilidade penal foi, e é, uma questão muito controversa que gera posições dissonantes na doutrina. Não sendo o foco da presente Dissertação, gostaríamos de referir, contudo, que tendemos a aderir às posições que apelam à equiparação do limite da maioridade penal com o da maioridade civil (neste sentido, Maria da Conceição Ferreira da Cunha; Eliana Gersão; António Carlos Duarte Fonseca; Anabela Miranda Rodrigues, entre outros), desde logo, porque a sua fixação nos dezasseis anos levanta alguns problemas. Não podemos ignorar o facto de o atual regime penal especial para os jovens delinquentes, aplicável a jovens com idades entre os dezasseis e os vinte e um anos, estar desatualizado, o que potencia, na prática, a sujeição de menores de dezoito anos (que cometeram um crime depois dos seus dezasseis) a penas de prisão, daí resultando consequências nefastas e irreparáveis para uma personalidade que ainda está em formação. Acrescendo, ainda, o facto de, em consequência disto, se verificar uma mistura destes jovens com adultos nos mesmos estabelecimentos prisionais, agravando-se o cenário, uma vez que, como já tivemos oportunidade de aludir, o jovem é mais facilmente influenciado/manipulado, procurando, não raras vezes, nos adultos mais próximos, as figuras parentais que, por diversas razões, nunca tiveram.

²⁸ Ac. do TRL, de 24 de maio de 2017, processo 969/21.1T8VFX-B.L1-3.

momento da decisão (relativamente à aplicação de uma MTE) a necessidade de educar esse jovem para o direito, fica vedada a possibilidade de intervir²⁹. Neste sentido, como é referido no comentário à LTE, “em definitivo, a defesa da sociedade não é critério orientador da escolha da medida tutelar”³⁰, ao qual acrescentamos que não é sequer critério suficiente para se poder aplicar uma MTE.

Aliás, o raciocínio a fazer deve ser o inverso. Como conclui Anabela Miranda Rodrigues, “(...) as expectativas comunitárias deverão considerar-se satisfeitas nos exatos termos em que a aplicação de uma medida seja exigida pelo interesse do menor numa intervenção que o eduque para o direito”³¹. Pelo que “(...) a intervenção educativa não deve ter lugar se a prática do facto exprimir ainda uma atitude de congruência (...) ou se se insere nos processos normais de desenvolvimento da personalidade”³².

Seguindo esta linha de pensamento, o art. 2.º da LTE determina que as MTEs “(...) visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade”. Ou seja, uma vez determinada a existência dessa necessidade como pressuposto da aplicabilidade da LTE, essa passa a ser a sua finalidade.

Mas o que é isto, afinal, de educar o jovem para o direito?

Anabela Miranda Rodrigues começa por esclarecer o que entende por educar:

“Educar é algo mais que ensinar. Ensinar, em sentido estrito, é comunicar a alguém conhecimentos, teóricos ou práticos, de uma ciência ou de uma arte, dando lições e explicações. Educar é, para além disso, formar, isto é, desenvolver harmonicamente a personalidade, as faculdades físicas, psíquicas, morais e intelectuais”³³.

João Figueiredo acresce que educar para o direito é um “(...) **processo que leve o jovem a aderir aos valores básicos da vida em sociedade, refletidos nos valores jurídico-penais, de forma a que com eles conforme a sua conduta e não cometa crimes**”³⁴.

Quanto a nós, em consonância com o entendimento do Autor, entendemos que educar para o direito se traduz num processo abrangente, que visa desenvolver uma compreensão profunda dos princípios legais, éticos e sociais que o jovem feriu com a prática do crime; **além de**, ao abrigo da aplicação de algumas das MTEs previstas na lei, cultivar habilidades práticas e valores que são fundamentais para a vida em sociedade (e que irão facilitar a sua inserção), sem nunca ignorar a individualidade do jovem.

Deste modo, corroboramos com Anabela Miranda Rodrigues quando conclui que

²⁹ A este propósito ver o Ac. do STJ n.º 3/2009, de 17 de fevereiro, ponto VI, par. 5.

³⁰ Rodrigues & Fonseca, 2003, “Comentário da Lei Tutelar Educativa” cit. por Guerra, 2016, slide 12.

³¹ Rodrigues, 1997, p. 382.

³² Rodrigues & Fonseca, 2003, p. 21.

³³ Rodrigues, 1997, p. 355.

³⁴ Figueiredo, 2002, p. 197.

“(...) o educador, mais do que comunicar conhecimentos “neutros”, deve procurar descobrir as capacidades atuais dos menores e as capacidades potenciais, que podem estar latentes ou encobertas; deve procurar conseguir que o menor se autovalorize e aprenda a reconhecer os valores dos outros. Isto não será possível sem o diálogo, sem escutar e contrariar, sem a análise do menor e do seu ambiente”³⁵.

Por tudo o que foi dito, podemos concluir que a necessidade de educar para o direito, sendo, simultaneamente, pressuposto e finalidade é o que move o espírito da LTE, distanciando-se, designadamente, do sistema de justiça penal.

2.1.1. Breve comparação com as finalidades do Direito Penal

Quando comparadas as atuações operadas pelo sistema de justiça penal e pelo sistema tutelar educativo, são claras as diferenças que os separam, desde logo, e para o que aqui releva, as finalidades.

No que diz respeito aos fins das penas, o art. 40.º do CP diz-nos que “(...) a aplicação das penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”, o que, respetivamente, corresponde aos propósitos de prevenção geral e especial.

Do artigo mencionado, e tendo em consideração o exposto relativamente à finalidade que subjaz a intervenção tutelar educativa, não restam dúvidas de que a preocupação primordial do direito penal é a proteção das expectativas de segurança da sociedade, surgindo, em segundo plano, o interesse do agente e estando este, inclusive, ao serviço de uma finalidade maior que é a defesa da sociedade.

O mesmo não se verifica na LTE, onde o que releva é o interesse do jovem; aliás, “é do interesse e no interesse do jovem que se ‘educa para o direito’”³⁶.

Mais se acrescenta, como refere José Adriano Souto de Moura, que ainda que

“(...) ressocialização e ‘educação para o Direito’ [sejam] conceitos próximos (...) não se identificam; sendo a ‘educação para o Direito’ um conceito mais amplo e pressupondo, ‘em regra, um estágio inicial de formação da personalidade...’, contribuindo “para o desenvolvimento harmonioso de tal personalidade” (...)”³⁷.

Assim sendo, importa reter, quer para ter em consideração, *a posteriori*, aquando da reflexão crítica relativa à tripartição dos regimes de execução da MTE que aqui nos traz, mas também para facilitar, desde já, a compreensão das especificidades da

³⁵ Rodrigues, 1997, p. 356.

³⁶ Cunha, 2016, p. 453.

³⁷ Moura, 2002, pp. 113 e 114 *cit.* por Cunha, 2016, p. 453.

intervenção tutelar educativa, **que o tempo de um jovem não é igual ao tempo de um adulto**³⁸. O jovem, ao contrário de um adulto, apresenta, pela fase de vida prematura em que se encontra, imaturidade e, muitas vezes, inocência (em relação às consequências que podem derivar de uma ação), que são transitórias – daí a necessidade de agir de forma célere – e que devem ser tidas em consideração na hora do Direito atuar, não podendo, ou melhor, não devendo (no nosso entender), sancionar, de igual forma, duas pessoas com capacidades distintas.

2.2. Princípios orientadores

Apesar da previsão de especificidades no tratamento legal previsto para o jovem que pratica um tipo legal de crime (com as quais, como já referimos, concordamos), tendo em consideração que a intervenção tutelar educativa comporta igualmente restrições a direitos (como são exemplo o direito à liberdade e o direito à autodeterminação pessoal), também esta é balizada por princípios cuja função é, precisamente, a de acautelar os direitos³⁹ e garantias fundamentais destes jovens (que, recorde-se, no passado⁴⁰, foram ignorados e acabaram por conduzir a consequências nefastas); porém, também estes são distintos.

O primeiro de todos a ser assinalado, e que parece um tanto óbvio, uma vez que o destinatário da LTE é o Jovem (e é em torno deste que tudo foi pensado), é o princípio do seu superior interesse. Como já foi referido, a intervenção tutelar educativa tem em vista a educação do jovem para o direito e a sua inserção na vida em comunidade (art. 2.º, n.º 1, LTE). Deste modo, todo o processo, seja no âmbito da atuação do MP, seja nos atos processuais ou até mesmo na escolha da MTE a ser aplicada, deve ser pautado pelo interesse deste. O jovem deve estar sempre em primeiro plano.

A par deste princípio temos outros, designadamente, os da necessidade, atualidade e proporcionalidade, previstos no art. 7.º, n.º 1 da LTE. De acordo com tais princípios, só pode haver lugar à aplicação de uma MTE quando se conclua, em concreto, pela necessidade de corrigir a personalidade do jovem no plano do dever ser jurídico (princípio da necessidade), e só deve ocorrer quando essa necessidade subsistir no momento da aplicação da medida (princípio da atualidade)⁴¹. Devendo, por fim, a MTE

³⁸ Frase cuja autoria rigorosa se desconhece, mas era habitualmente utilizada por Maria da Conceição Ferreira da Cunha numa das unidades curriculares que leciona na presente Instituição, concretamente, Direito Penal dos Menores.

³⁹ Elencados, nomeadamente, no art. 45.º, n.º 2, LTE.

⁴⁰ Reportamo-nos ao tempo em que vigorava o modelo “protecionista”.

⁴¹ No direito penal, pelo contrário, não constitui pressuposto imprescindível da aplicação da pena que a necessidade de ressocialização do agente, prevista no artigo 40.º do CP, subsista no momento da sua aplicação, porquanto o pressuposto da aplicação da pena é apenas a prática do ilícito criminal e a culpa do agente – neste sentido, Cunha, 2016, p. 453.

escolhida – e a sua duração – ser proporcional quer à necessidade de educação do menor para o direito, quer à gravidade do facto praticado por este.

Em harmonia, acrescenta-se os princípios da adequação e da suficiência, que se traduzem na obrigação do tribunal verificar sempre qual, ou quais, as MTEs cuja aplicação se apresenta como mais adequada e, ainda, suficiente para a realização dos fins da LTE. Por outras palavras, fazendo-se a ponte entre os princípios, podemos afirmar que “a medida deve ser adequada à necessidade de correção [da] personalidade”⁴² do jovem para o Direito.

Por fim, respeitados os princípios enunciados, recai ainda sobre o tribunal escolher a(s) medida(s) que “represente menor intervenção na autonomia de decisão e condução de vida do menor [princípio da intervenção mínima] e que seja suscetível de obter a sua maior adesão e a adesão dos seus pais, representantes legais ou pessoa que tenha a sua guarda de facto [princípio do consenso]”⁴³, sem prejuízo de a medida a aplicar (entendida, pelo tribunal, como sendo necessária, mais adequada, suficiente, suscetível de obter a adesão do jovem e dos seus representantes legais, e que implica, para a sua vida, a menor intervenção possível), ter de se cingir às MTEs elencadas na LTE, por força do princípio da legalidade⁴⁴.

2.3. As Medidas Tutelares Educativas – não institucionais

Previstas no n.º 1 do art. 4.º da LTE, as MTEs estão descritas por ordem crescente de gravidade em termos de restrição dos direitos fundamentais do jovem⁴⁵.

Assim sendo, temos: admoestação (arts. 9.º e 140.º); privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores (art. 10.º); reparação do ofendido (arts. 11.º e 141.º, n.º 1); realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade (arts. 12.º e 141.º, n.º 2); imposição de regras de conduta (art. 13.º); imposição de obrigações (art. 14.º); frequência de programas formativos (art. 15.º); acompanhamento educativo (arts. 16.º e 142.º) e, por último, o Internamento em CE (de que falaremos, com detalhe, no capítulo seguinte).

Note-se que, face ao tema que aqui nos traz, não cumpre explicar em que consiste cada uma destas MTEs não institucionais – para o efeito, encontram-se as respetivas definições e regras de execução nos arts. supramencionados (e demais) previstos na LTE. Como tal, a abordagem que se segue visa, sobretudo, refletir criticamente sobre questões concretas que se levantam em algumas destas medidas.

⁴² Relatório final da CRSEPM, p. 437.

⁴³ Art. 6.º, n.º 1, LTE.

⁴⁴ Além destes princípios, existem outros, como, por exemplo, o princípio da autonomia relativamente ao direito penal, visível, desde logo, no art. 128.º da LTE.

⁴⁵ Art. 133.º, n.º 4, LTE.

Admoestação

Começemos pela Admoestação. Esta é uma medida que suscita algumas dúvidas no que diz respeito à sua utilidade⁴⁶, duvidando-se, em concreto, da sua potencialidade para incutir no jovem o respeito pelos valores fundamentais da comunidade, uma vez que em causa está uma “simples” advertência solene.

A este respeito, como questiona Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “(...) se o caso é pouco grave, tendo em conta o princípio da mínima intervenção (...), por que não se resolveu em fase de inquérito, no âmbito da suspensão provisória do processo (...)?”⁴⁷. Ainda assim, como conclui também a Autora, não podemos deixar de ver alguma utilidade nesta medida, quer para os casos em que o menor já fora sujeito a uma MTE anterior⁴⁸, quer para aqueles outros em que há uma mudança comportamental por parte do menor no decorrer do processo tutelar educativo.

Posto isto, não somos defensores da exclusão desta medida tutelar, mas a verdade é que concordamos com a sua pouca proficuidade.

Privação do direito de conduzir

Segue-se a medida de privação do direito de conduzir ciclomotores. Como refere o art. 19.º, n.º 2 da LTE, esta é uma MTE que, por um mesmo facto, “pode cumular-se com outra medida”, conferindo-lhe, excecionalmente, a qualidade de medida acessória. Mas, note-se, pode, tal não é obrigatório. Assim sendo, as principais questões que aqui se levantam são enquanto medida autónoma.

Júlio Silva, por exemplo, critica a sua previsão autónoma, entendendo que a cassação ou a proibição de concessão da licença de conduzir poderia, desde logo, ser aplicada no âmbito das MTEs previstas no art. 13.º ou no art. 14.º da LTE (imposição de regras de conduta e imposição de obrigações, respetivamente)⁴⁹. Já Martins Ribeiro vai mais longe ao defender a sua exclusão, por entender que esta é uma medida que tem um “caráter meramente punitivo, não educativo”⁵⁰.

A nós, parece-nos que faz todo o sentido a previsão desta medida tutelar, tendo em consideração que os destinatários da LTE são os jovens. Salvo outra opinião, o que mais se anseia na adolescência é a liberdade, liberdade esta que aumenta através da aquisição de um veículo que permite que o jovem se desloque para onde quer, quando quer. Claro que uma liberdade não vigiada pode, nesta fase de imaturidade e impulsividade, fazer com que um jovem (atualmente, com 14 anos) se sirva do veículo para a prática de crimes,

⁴⁶ Neste sentido, por exemplo, Fonseca, 2007, pp. 376 e 377.

⁴⁷ Cunha, 2022, pp. 54 e 55, par. 11.

⁴⁸ *A contrario*, art. 84.º, n.º 1, al. b), LTE.

⁴⁹ Silva, 2013, p. 64.

⁵⁰ Ribeiro, 2007, pp. 414 e 415.

daí que, tendo sempre em atenção o caso (*in casu*, as necessidades) em concreto, possa ser suficiente a aplicação autónoma desta medida.

Imposição de regras de conduta vs. Imposição de obrigações

No que diz respeito às MTEs previstas nos arts. 13.º e 14.º da LTE, talvez a principal problemática que se levanta seja a distinção destas medidas.

Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte Fonseca referem, quanto à medida de imposição de regras de conduta, que “a redação definitiva do corpo do n.º 2 do art. (13.º) não é feliz, estando prejudicada no rigor e clareza, na medida em que transformam a injunção de regras de conduta em imposição de obrigações”⁵¹.

Partindo da afirmação anterior, façamos a distinção.

Como alude Eliana Gersão, o n.º 2 do art. 13.º da LTE prevê um elenco (exemplificativo) de “normas de conduta que visam sobretudo a chamada ‘prevenção situacional’, ou seja, que pretendem evitar que o jovem se coloque naquelas situações concretas que o levaram já a praticar uma infração”⁵². Até aqui, não temos nada a acrescentar.

Todavia, a autora vai mais longe, referindo que, apesar dos exemplos descritos conterem proibições, “também podem equacionar-se regras que não sejam de conteúdo proibitivo, mas impositivo”⁵³. Aqui, tendemos a discordar; isto porque, ao admitirmos tal pensamento, estaremos a esbater a linha que, efetivamente, distingue esta medida (imposição de regras de conduta) da medida seguinte: a imposição de obrigações⁵⁴.

Nas palavras de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, na imposição de obrigações:

“trata-se, tal como na medida de imposição de regras de conduta, da criação de condições propícias à prevenção do comportamento criminal. Porém, se, ali, estava essencialmente em causa o evitamento de situações propícias ao cometimento de crimes (...), aqui, a preocupação é a de impor obrigações que (...) potenciem comportamentos/atitude conformes aos valores essenciais da comunidade”⁵⁵.

Em síntese, achamos oportuna uma revisão à letra da lei tendo em vista clarificar o âmbito de aplicação destas normas, no sentido de a medida de imposição de regras de conduta passar a cingir-se a ações/comportamentos que o jovem deixa de poder adotar

⁵¹ Rodrigues & Fonseca, 2003, p. 88.

⁵² Gersão, 2008, p. 420.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Neste sentido, Cunha, 2022, p. 78.

⁵⁵ Cunha, 2022, pp. 77 e 78.

(exclusivamente, pela negativa), e da medida de imposição de obrigações a ações/comportamentos que o jovem passa a ter de adotar (pela positiva).

Acompanhamento educativo

Gostaríamos de terminar esta reflexão crítica com um breve apontamento positivo relativamente à previsão da medida de acompanhamento educativo, isto porque é, de todas, a MTE mais flexível, permitindo suprir várias e, sobretudo, diferentes necessidades (que, não raras as vezes, coexistem), através da aplicação conjunta de diferentes MTEs⁵⁶. Como tal, subscrevemos inteiramente a opinião de Júlio Silva quando diz que “esta medida tutelar educativa é (...) a que melhor espelha os objetivos propostos pela LTE”⁵⁷.

Findo este breve introito, chegamos à medida que aqui nos trouxe, a única medida institucional prevista na LTE, o Internamento, e é sobre esta que nos iremos focar.

⁵⁶ Art. 19.º, n.º 1, LTE.

⁵⁷ Silva, 2013, p. 84.

III. A Medida Institucional: O Internamento em Centro Educativo

1. Quando e quem pode aplicar

Assumindo a última posição do elenco taxativo do n.º 1 do art. 4.º da LTE, o Internamento é a MTE mais gravosa, entenda-se, aquela que mais limitações comporta para a “autonomia de decisão e de condução de vida do menor” (art. 133.º, n.º 4, LTE), o que facilmente se compreende, pois, como o próprio nome indicia, priva-se o jovem da sua liberdade.

Por sua vez, sendo a mais limitativa dos direitos do jovem, é uma “medida de *ultima ratio*”⁵⁸, ou seja, apenas se pode aplicar a casos em que estejam reunidos determinados pressupostos e, cumulativamente, se demonstre que nenhuma das outras MTEs não institucionais seria adequada e suficiente para assegurar as necessidades de educação exigidas no caso concreto⁵⁹. Em síntese, “só nos casos mais graves se admite o Internamento”⁶⁰.

Por tudo isto, justifica-se que seja a única MTE cuja aplicação requer um tribunal misto. Neste sentido, o art. 30.º, n.º 2 da LTE refere que: “na audiência em que esteja em causa a aplicação de medida de Internamento, o tribunal é constituído pelo juiz do processo, que preside, e por dois juízes sociais”⁶¹.

Note-se, relativamente à presença dos juízes sociais, que o que se pretende é “trazer a opinião pública até aos tribunais e levar os tribunais até à opinião pública: já actuando contra a rotina dos juízes e sensibilizando-os em relação aos valores sociais dominantes”⁶². De facto, partindo deste princípio, não podemos deixar de reconhecer o mérito desta previsão. Porém, não é uma figura isenta de críticas. Como refletem Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Ana Nogueira e Joana Telles de Lemos, seria importante que os juízes sociais passassem a ser sujeitos a formação, “nomeadamente quanto à panóplia de medidas tutelares e quanto ao princípio da mínima restrição de direitos”⁶³, pois só assim se conseguirá obter uma interpretação – e consequente aplicação – da LTE conforme os ideais e os princípios que a regem, obviando algumas “decisões [meramente] populistas”⁶⁴.

⁵⁸ Neste sentido, nomeadamente, Andrade, 2022, p. 94; Rodrigues, 1997, p. 384, etc.

⁵⁹ Em conformidade com diversos instrumentos internacionais, nomeadamente, as Regras de Beijing. Veja-se a regra 19.1: “A colocação de um jovem numa instituição será sempre uma medida de último recurso e terá a duração mais breve possível”.

⁶⁰ Rodrigues, 1997, p. 384.

⁶¹ A respeito da deliberação, acrescenta-se o disposto no art. 119.º da LTE.

⁶² Regime de Recrutamento e Funções dos Juízes Sociais, aprovado pelo DL n.º 156/78, de 30 de junho, preâmbulo, ponto 3.

⁶³ Cunha, Nogueira & Lemos, s.d., slide 12.

⁶⁴ *Ibidem*.

Esclarecidas as questões de “quando” e “quem” pode aplicar a medida em análise, importa saber no que é que realmente consiste.

2. Conteúdo

De acordo com o n.º 1 do art. 17.º da LTE,

“(...) a medida de Internamento visa proporcionar ao menor, por via do afastamento temporário do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável”.

Considerando o teor do articulado, facilmente se conclui que as finalidades do Internamento educativo não se alteram por comparação às restantes MTEs⁶⁵. Porém, uma leitura mais rigorosa leva-nos a questionar, na senda de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, se “não será contraditório (...) querer preparar o jovem para a sua inserção digna e responsável na comunidade (...) através do seu afastamento dessa mesma comunidade”⁶⁶. É exatamente deste paradoxo que surgem muitas das questões, e algumas críticas, relativas a esta medida. Em concreto, no que diz respeito à sua eficácia.

Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte Fonseca, por exemplo, mencionam que “a educação do menor para o direito, para o respeito pelos valores eminentemente sociais, com vista a uma condução de vida de modo social e juridicamente responsável (...) parece antinómica relativamente a um meio que tem de excluir para (re)integrar”⁶⁷.

Nesta esteira, Ana Manso e Ana Almeida afirmam que se torna difícil “prepará-lo devidamente para a diversidade de desafios com os quais, inevitavelmente, se confrontará na comunidade”⁶⁸.

Maria Pinheiro, por sua vez, alerta que “impedir os sujeitos de realizarem certos actos (isolando-os, reprimindo-os ou penalizando-os) não implica eliminar factores de risco e muito menos pôr fim às suas consequências”⁶⁹. Em harmonia, Amélia Andrade acresce:

“(...) o Internamento privando o jovem de liberdade e autonomia de decisão, constitui uma rutura no seu processo de socialização (...) podendo provocar consequências prejudiciais para o seu desenvolvimento

⁶⁵ No que diz respeito às finalidades das MTEs, remetemos para o ponto 3.2.1 da presente Dissertação.

⁶⁶ Cunha, 2016, p. 464.

⁶⁷ Rodrigues & Fonseca, 2003, p. 295.

⁶⁸ Manso & Almeida, 2010, p. 35.

⁶⁹ Pinheiro, 1998, p. 97 *cit.* por Delgado, 2006, p. 198.

biopsicossocial, desencadear efeitos estigmatizantes, acentuando o isolamento social e a consolidação da “carreira criminosa” (...)”⁷⁰.

A este propósito, apesar de reconhecermos, num primeiro momento, que possa não fazer qualquer sentido, no fundo, “preparar o jovem para a vida em liberdade, privando-o dessa mesma liberdade”⁷¹, ou seja, este tempo institucional, desde que bem preenchido, com recurso a programas e técnicas adequadas, poderá tornar-se benéfico para estes jovens, “permitindo-lhes alcançar uma perspectiva crítica sobre a sua vida e sobre a sociedade”⁷².

Aliás, como afirma António Carlos Duarte Fonseca, a singularidade do Internamento “reside (...) nos meios a utilizar para atingir a socialização (...) do jovem, (...) são precisamente os programas e métodos pedagógicos aplicados num contexto de restrição ou de privação de liberdade, consoante as necessidades educativas do caso concreto”⁷³.

Não obstante, ainda a respeito da utilidade desta medida, e com base na afirmação anterior, quando o Autor menciona: “consoante as necessidades educativas do caso concreto”⁷⁴, é importante clarificar que, salvo melhor opinião, a eficácia que reconhecemos ao Internamento fica estritamente dependente da individualização no momento da sua execução, melhor dizendo, na **individualização do tratamento destes adolescentes**.

Por outras palavras, como começámos por aludir, os comportamentos delinquentes podem derivar de diferentes, e até de múltiplas, causas/fatores (de risco), daí que, primeiramente, seja basilar identificar o que é que naquele caso falhou, para, depois, conseguir, com sucesso, delinear o tratamento mais adequado para aquele jovem (tendo já presente quais são as suas concretas necessidades). Só procedendo desta maneira é que vamos conseguir, verdadeiramente, educar o jovem para o direito, caso contrário, a medida de Internamento acabará, exclusivamente, por sancionar, não sendo esta a finalidade das MTEs.

Em consonância com este entendimento, António Carlos Duarte Fonseca aduz:

“(...) sem essa intervenção específica (...), é apenas o facto ilícito praticado pelo adolescente (...) que fica a constituir o único pressuposto da intervenção tutelar, frustrando a decisão judicial da aplicação da medida de Internamento, uma vez que fica, na prática, desconsiderada a necessidade de educação para os valores, concretamente documentada na prática desse facto

⁷⁰ Andrade, 2022, p. 103.

⁷¹ Medeiros *cit.* por Cunha, 2016, p. 464.

⁷² Malafaia & Santos, 2011, p. 85.

⁷³ Fonseca, 2014, p. 80.

⁷⁴ *Ibidem*.

e subsistentes no momento dessa decisão, tornando a medida muito mais retributiva do que educativa (...)"⁷⁵.

Isto posto, como bem alerta Amélia Andrade, “Importa, pois, assegurar que a intervenção desenvolvida não se traduza numa ‘artificialidade educativa’ nem transforme a educação para o direito numa mera interiorização de normas regulamentares de funcionamento interno”⁷⁶.

A par da doutrina, a própria LTE e até diplomas legais avulsos relacionados com a presente matéria, reconheceram sempre a importância da individualização na intervenção educativa, basta olhar com atenção para alguns dos seus normativos.

Começamos, por exemplo, pelo art. 164.º da LTE, onde se prevê, para cada menor em execução de medida tutelar de Internamento, a elaboração de um PEP⁷⁷, “tendo em conta o regime e duração da medida, bem como as suas particulares motivações, necessidades educativas e de reinserção social”⁷⁸. O PEP é, assim, expressão da individualização da execução da medida, uma vez que exige “a implementação e o desenvolvimento de métodos pedagógicos e de programas educativos bem elaborados e concretizados, adequados às **necessidades específicas de cada ‘educando’** (...) que permitam garantir a qualidade da intervenção em instituição”⁷⁹⁻⁸⁰. Métodos e programas esses que vão, por sua vez, dos mais genéricos – como é exemplo o “Treino de Competências da Vida Diária”⁸¹ – aos mais específicos – onde destacamos, nomeadamente, a intervenção psicoeducacional para jovens que apresentem comportamentos agressivos e o próprio acompanhamento psicológico, que é, também ele, individualizado⁸²⁻⁸³.

Outro art. exemplificativo é o 206.º, n.º 3 da LTE. Aqui, o legislador foi ainda mais longe ao consagrar a possibilidade de os próprios CEs serem classificados “em função dos projetos de intervenção educativa que desenvolvem para grupos específicos de menores, de acordo com as suas particulares necessidades educativas”. Note-se que este articulado diz respeito, sobretudo, à especialização dos CEs; no entanto, existindo esta especialização⁸⁴, consequentemente, teríamos um tratamento dos jovens mais individualizado.

⁷⁵ Fonseca, 2014, p. 94.

⁷⁶ Andrade, 2022, p. 97.

⁷⁷ Note-se que a elaboração do PEP também tem lugar quando se aplica a medida de acompanhamento educativo, nos termos do art. 142.º, n.º 2, LTE.

⁷⁸ Art. 164.º, n.º 1, LTE.

⁷⁹ Andrade, 2022, pp. 96 e 97.

⁸⁰ Negrito nosso.

⁸¹ Que consiste numa atividade, obrigatória, dirigida à aprendizagem de competências básicas domésticas.

⁸² Informação disponível no *site* da DGRSP, “Medida de internamento em Centro Educativo”, atualizada a 11/12/2023.

⁸³ A respeito dos programas disponíveis em CE consultar, para um conhecimento mais detalhado, os arts. 25.º a 32.º do RGDCE.

⁸⁴ Que veremos que inexistente.

Já fora da LTE, o art. 11.º do RGDCE, ao prever lotações máximas muito reduzidas para cada unidade residencial, ainda que tacitamente, parece-nos também privilegiar o tratamento individualizado. O mesmo podemos extrair do disposto no n.º 4 do art. 133.º do mesmo diploma: “cada educando dispõe de um técnico responsável pelo seu acompanhamento (...)”.

Porém, antes de concluir, não podemos deixar de trazer à colação que, apesar de os diplomas legais caminharem no sentido da individualização da execução da medida e especialização dos CEs, a prática tem sido muito infeliz.

A falta de recursos, quer humanos, quer económicos, para executar as medidas é notória, e não é de hoje.

Em 2016, no âmbito da realização de uma tese de mestrado, Andreia Hervet dava-nos conta de um testemunho, pertencente a uma Juíza de Direito com quatorze anos de experiência (à época), que revelava o seguinte:

“A Lei neste momento tem todas as condições para resultar numa aplicação plena, eficaz e útil ... houvesse os meios necessários para executar as medidas. Os problemas que temos têm sido como executar as medidas, e que técnicos têm disponíveis para executar as medidas? (...) Podemos ter a melhor Lei do mundo, não atingimos sucesso porque as leis não mudam as pessoas (...)”⁸⁵.

Infelizmente, desde então, o cenário não se alterou; no final de 2022, Maria do Rosário referia⁸⁶: “existem Centros Educativos que necessitam de obras e outras melhorias nas instalações, mas (...) o **‘problema mais grave’** reside na falta de técnicos profissionais para acompanhar os jovens”⁸⁷. Em consonância, a CAFCE, no último relatório disponibilizado, datado de 2023, revela:

“(...) verificámos a falta de TSRS em alguns CE, circunstância que implica, para além da inevitável sobrecarga de trabalho para os técnicos, a impossibilidade de disporem do tempo necessário para o desempenho da sua função, nomeadamente no que significa o acompanhamento e tutoria dos jovens”⁸⁸.

Em suma, do exposto, podemos concluir que a individualização no tratamento destes jovens está visivelmente comprometida.

Por outro lado, acresce que, a par da individualização, “(...) encontra-se por cumprir (...) a especialização por Centro Educativo (...) resposta imprescindível para a

⁸⁵ Hervet, 2016, p. 119.

⁸⁶ A propósito do relatório de 2022 produzido pela CAFCE.

⁸⁷ Observador, 2022.

⁸⁸ CAFCE, 2023, p. 32.

eficácia do sistema”⁸⁹. De facto, decorridos vinte e três anos de vigência da LTE, nunca foi criado qualquer CE especial para grupos específicos de adolescentes e jovens com idênticas necessidades de educação, em função do tipo de valores que careciam de interiorizar⁹⁰. De modo que a classificação dos CEs irá orientar-se em função do respetivo regime de execução da medida de Internamento (art. 206.º, n.ºs 1 e 2).

3. Execução

A medida institucional executa-se sempre nos CEs (art. 17.º, n.º 2, LTE), ou seja, independentemente do concreto regime de execução decretado pelo tribunal, que pode variar entre o aberto, o semiaberto e o fechado (art. 4.º, n.º 3, LTE).

No entanto, para aplicação dos regimes semiaberto e fechado, e uma vez que está em causa a MTE mais gravosa devido à privação da liberdade, a lei exige o preenchimento de pressupostos específicos/objetivos – relacionados, em síntese, com a gravidade do facto praticado – cumulativos com os pressupostos de que depende a aplicação de qualquer outra MTE não institucional (já aludidos).

Deste modo, no que diz respeito ao regime semiaberto, este pode ser aplicado quando o menor cometa um crime contra as pessoas que possua uma pena máxima – abstratamente aplicável – de prisão superior a três anos, ou quando este tiver praticado dois ou mais crimes que tenham uma pena máxima – também ela abstratamente aplicável – superior a três anos, como decorre do n.º 3 do art. 17.º, LTE.

Já a aplicação do regime fechado, conforme consta do n.º 4 do art. anterior, fica dependente de ter o menor cometido um crime a que corresponda pena máxima – abstratamente aplicável – de prisão superior a cinco anos ou ter cometido dois ou mais crimes contra as pessoas a que corresponda pena máxima – abstratamente aplicável – de prisão superior a três anos, acrescendo, em exclusivo para este regime, que o menor terá de ter uma idade igual ou superior a 14 anos à data da aplicação da medida.

Ora, atentos à letra da lei e aos pressupostos exigidos, importa fazer um breve reparo. A título de exemplo, pense-se num caso em que o jovem tenha praticado um furto qualificado (um crime). Ao abrigo do art. 204.º, n.º 2 do CP, este é um crime punido com uma pena de prisão de 2 a 8 anos; como tal, nas condições atualmente previstas, nunca poderia ser aplicado o regime semiaberto, uma vez que em causa não está um crime

⁸⁹ Carvalho, 2016, p. 325.

⁹⁰ Nem, por outro lado, para grupos especialmente carecidos de intervenção terapêutica, nomeadamente do foro médico-psiquiátrico. A respeito destes casos, excecionados os jovens inimputáveis ao abrigo do art. 49.º da LTE, a doutrina divide-se quanto à necessidade (ou não) de separação destes jovens, “enquanto uns defendem esta separação, outros receiam que, desse modo, estes jovens sejam ainda mais marginalizados” - Cunha, 2016, p. 474. Sobre o tema, aproveito para realçar a importância de o legislador pensar seriamente sobre esta questão e tomar uma posição, na medida em que os últimos dados disponibilizados pela CAFCE (que se reportam a 15 de abril de 2023), demonstram que dos 136 jovens internados pelos seis CEs existentes em Portugal, 52 foram diagnosticados com problemas mentais – CAFCE, 2023, p. 29, quadro 7.

contra as pessoas. Todavia, caberia a aplicação do regime fechado, situação que não deveria acontecer, nem pode, à luz do que vem consagrado na lei, nomeadamente, no art. 12.º, n.º 1, RGDC e no art. 133.º, n.º 4, LTE.

Como veremos, dos três regimes, o fechado é, sem margem para dúvidas, o que interfere de forma mais significativa na vida do jovem; deste modo, entendemos que a letra da lei deveria ser alterada, mas, até lá, parece-nos que, através de uma interpretação teleológica da letra da lei, o jovem infrator que preenche os pressupostos de aplicação do regime fechado pode também ser sujeito ao regime semiaberto, pois se lhe pode ser aplicado o regime mais restritivo previsto na lei tutelar, só faz sentido que também lhe possa ser aplicado um outro menos restritivo.

Ainda a respeito dos pressupostos, uma das propostas finais de alteração à LTE⁹¹ previa a sua eliminação em nome da necessidade de educação do jovem para os valores sociais básicos, o que, segundo António Carlos Duarte Fonseca, “teria tornado possível que, abrindo mão do princípio da proporcionalidade, se recorresse livremente à privação de liberdade, sem outro critério legal orientador do juízo sobre as necessidades do infrator em matéria de educação para o direito”⁹², sendo, a seu ver, uma proposta criticável.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha, em consonância com António Carlos Duarte Fonseca, acrescenta,

“se a prática do facto ilícito criminal é pressuposto imprescindível da aplicação de uma medida tutelar, o seu grau de gravidade não deverá também ser considerado para efeitos de escolha da medida? Especialmente no sentido de um facto ilícito pouco grave impedir a aplicabilidade da medida tutelar mais severa? Penso que sim, sob pena de nos aproximarmos demasiado de um sistema de ‘proteção’”⁹³.

Quanto a nós, tendemos a considerar que se trata de um “não-problema”, pois acreditamos que a gravidade do facto anda, na maioria das vezes, de mãos dadas com a necessidade de educação para o direito, ou seja, quanto mais grave o facto criminoso praticado pelo jovem, maiores serão as necessidades de educação para o direito reveladas por este, sem prejuízo de, porventura, existirem casos excepcionais.

Por exclusão de partes, resta-nos o regime aberto, aplicável, por sua vez, a qualquer facto qualificado pela lei como crime, independentemente da sua moldura legal e da idade do jovem⁹⁴.

⁹¹ Apresentada por um grupo de trabalho criado pelo Secretário de Estado Adjunto e da Justiça, do XVII Governo constitucional (Despacho n.º 11878/2009, de 18 de maio).

⁹² Fonseca, 2014, pp. 81 e 82.

⁹³ Cunha, 2016, p. 459.

⁹⁴ Acresce aos requisitos/pressupostos apresentados, a elaboração, obrigatória, de um “relatório social com avaliação psicológico quando for de aplicar medida de internamento em regime aberto ou semiaberto”, nos

Note-se que esta previsão de diferentes pressupostos (e até a sua inexistência), ainda que não seja uma questão pacífica, prende-se com o respetivo regime de funcionamento do Internamento e grau de abertura ao exterior⁹⁵, que são distintos, em termos comparativos.

Ao abrigo do regime aberto, os jovens residem e são educados no estabelecimento, mas frequentam no exterior, preferencialmente, as atividades escolares, educativas ou de formação, laborais, desportivas e de tempos livres previstas no seu PEP (art. 13.º, RGDC e art. 167.º, LTE). Assim sendo, “o jovem não deixa de estar em contacto com a sociedade”⁹⁶, como complementa a Autora, “o afastamento será mais da família”⁹⁷, mas, note-se que, mesmo relativamente à família, os menores podem ser autorizados a sair sem acompanhamento e com eles passar férias ou fins-de-semana (n.º 2, art. 167.º, LTE)⁹⁸.

Para terminar, em termos de vigilância e de grau de abertura ao exterior, no regime aberto, a primeira deve ser executada de forma “discreta de modo a não condicionar o contacto com o exterior”⁹⁹, já no que diz respeito à abertura (dos CEs) ao exterior, esta “não é apenas de dentro para fora, mas também pode e deve fazer-se de fora para dentro, permitindo (...) que as estruturas do centro se mantenham abertas à comunidade local e que seja favorecida a participação desta em atividades realizadas (...) [no] centro”¹⁰⁰.

No regime semiaberto, por sua vez, os menores residem, são educados e frequentam atividades educativas e de tempos livres no CE, mas podem ser autorizados a frequentar no exterior atividades escolares, laborais ou desportivas, na medida do que se revele necessário para a execução inicial ou faseada do PEP (art. 14.º, RGDC e art. 168.º, LTE). Neste regime, por sua vez, as medidas de vigilância e proteção são perceptíveis, reflexo disso, exemplificativamente, é o facto das “portas do estabelecimento se encontra[rem] fechadas”¹⁰¹.

Por fim, de modo muito diferente, executa-se a medida de Internamento em regime fechado, onde todas as atividades decorrem no interior do CE, estando as saídas, sempre sob acompanhamento, limitadas ao cumprimento de obrigações judiciais, à satisfação de necessidades de saúde ou a outros motivos igualmente ponderosos e excecionais, como,

termos do art. 71.º, n.º 5, LTE. Contrariamente, no regime fechado, como consta do art. 69.º, LTE, “a autoridade judiciária ordena aos serviços de reinserção social a realização de perícia sobre a personalidade”.

⁹⁵ Como já mencionado, à luz do n.º 2 do art. 206.º, LTE.

⁹⁶ Cunha, 2016, p. 466.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 467.

⁹⁸ Para além disso, os centros dispõem de metodologias dirigidas ao trabalho com as famílias tendo como objetivo associá-las à execução da medida, em consonância com o disposto no art. 22.º da LTE; contudo, como também previsto no art., esta associação ocorre “sempre que for possível e adequado aos fins educativos visados”.

⁹⁹ Delgado, 2006, p. 199.

¹⁰⁰ Rodrigues & Fonseca, 2003, p. 315.

¹⁰¹ Delgado, 2006, p. 200.

por exemplo, a morte de um familiar querido pelo jovem (art. 15.º, RGDCE e art. 169.º, LTE).

Neste sentido, os CEs onde vigora o regime fechado estão dotados de “barreiras físicas e meios de vigilância (...) [para evitar] as fugas dos jovens”¹⁰², o que demonstra, de forma evidente, que o grau de abertura ao exterior é, de facto, bastante reduzido, levando Autores como, por exemplo, António Carlos Duarte Fonseca a referir que “a amplitude e intensidade das restrições à liberdade dos adolescentes ou jovens internados em regime fechado são equivalentes às comportadas pela prisão”¹⁰³.

Em suma, releva mencionar que, independentemente do regime em vigor ou da duração da medida¹⁰⁴, a intervenção em CE, de forma generalizada, deve basear-se num “sistema progressivo de faseamento”¹⁰⁵, composto, no seu total, por quatro fases – Integração; Aquisição (de competências); Consolidação; e, por último, Autonomia¹⁰⁶ – distinguindo-se os objetivos almejados em cada uma e o respetivo sistema de reforços positivos e negativos (como consta, aliás, do art. 162.º, LTE, respeitante ao Projeto de Intervenção Educativo¹⁰⁷).

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Fonseca, 2014, p. 77.

¹⁰⁴ No que diz respeito à duração da medida de internamento consultar o art. 18.º da LTE.

¹⁰⁵ Andrade, 2022, p. 100.

¹⁰⁶ Designação das fases disponível no *site* da DGRSP, “Medida de internamento em Centro Educativo”.

¹⁰⁷ Se dúvidas existissem a respeito da programação faseada e progressiva, em 2015, com a revisão da LTE, deixaram de existir, na medida em que o respetivo artigo foi objeto de alterações deixando de constar a expressão: “sempre que possível”, mantendo-se, somente, o imperativo “deve”.

IV. Reflexão crítica dos regimes de execução – visão doutrinal

Conhecidas as finalidades da intervenção tutelar educativa, os desafios que enfrentam os CEs e os três regimes de execução do Internamento como previstos na letra da lei, torna-se pertinente questionar a necessidade sobre os regimes, de forma individualizada. Não obstante, antes de partilharmos o nosso entendimento a este respeito, comecemos por trazer à colação uma visão doutrinária.

Como tal, iniciando pelo regime aberto, arriscamo-nos, desde já, a dizer que é sobre o regime aberto que recaem posições doutrinárias mais diversas. De modo que, e como concretizámos infra, há quem defenda a sua aplicação como regime regra; quem restrinja a sua utilidade à fase final da execução da medida; quem, ainda, apoie a sua manutenção, com autonomia, mas para casos excepcionais; e, em contrapartida, quem enfatize as suas desvantagens, propondo, inclusive, a sua eliminação.

Perfilhando o entendimento da sua aplicação como regime regra, a CAFCE, no relatório elaborado em 2012¹⁰⁸ (ciente do aludido paradoxo inerente à medida institucional¹⁰⁹), considera que o “confinamento e educação para o direito excluem-se mutuamente (...)”¹¹⁰, fazendo o seguinte paralelismo:

“(...) o seu “fechamento” [do CE], decorrente da natureza de **instituição total** definida por Goffman como “um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, leva uma vida fechada e formalmente administrada” (...), constitui um sério entrave à educação para o direito (...), uma vez que cria um novo mundo, com regras próprias e particulares relações interpessoais que se não compaginam com o real, demasiado real do mundo exterior, de onde os jovens vieram e para lá voltarão”¹¹¹.

Concluindo, “só através da permeabilização dos C.E.s à sociedade se poderá cumprir o desígnio da educação para o direito”¹¹². Isto posto, não podemos negar que o regime aberto, tendo em consideração o seu funcionamento, é aquele que mais permite o contacto do jovem com exterior, justificando-se a posição defendida.

Beatriz Márquez adota posição semelhante. Em concreto, a Autora começa por fazer referência aos efeitos negativos do Internamento em geral: “conviene (...) llamar la atención sobre su severidad y admitir que lleva aparejad un riesgo elevado de provocar

¹⁰⁸ Relatório de 2012, CAFCE, p. 9.

¹⁰⁹ Ver pp. 30 e ss. da presente Dissertação.

¹¹⁰ Relatório de 2012, CAFCE, p. 9.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 8.

¹¹² *Ibidem*, p. 9.

consequências perjudiciais em el proceso evolutivo del menor, a quien se separa de su entorno, privándole de libertad”¹¹³, terminando a referir as vantagens do regime aberto pela sua abertura à comunidade:

“Por último, (...) juega (...) a favor de la aplicación de las figuras abiertas como regla general, la constatación de una tasa de reincidencia menor tras la ejecución del internamiento orientada al exterior – a través del desarrollo regular de actividades esenciales para continuar el desarrollo personal y formativo en la propia comunidad –, que la obtenida tras cumplir esta medida exclusivamente en el interior del centro”¹¹⁴.

Contrariamente, Amélia Andrade afirma que “alguns [Autores] preconizam a (...) *eliminação* [do regime aberto] (inicialmente de escassa aplicação e “acusado” de ser utilizado apenas como instrumento de *proteção* (...))”¹¹⁵. Para além disso, dá-nos conta que “o *Relatório da CRSEPM* (...) não previa o Internamento em regime aberto, mantendo apenas os outros dois regimes – v., RODRIGUES, Anabela Miranda// FONSECA, António Carlos Duarte, *ob. cit.*, pp. 435 e 492)”¹¹⁶.

Por fim, temos as designadas “Propostas intermédias [que] defendem a sua manutenção para casos excecionais, quando o afastamento da família se mostrar benéfico, não sendo necessário o afastamento de colegas e amigos ou, ainda, a sua utilização como última fase de Internamento”¹¹⁷.

De acordo com tais propostas, exemplificativamente, Maria da Conceição Ferreira da Cunha constata: “Inclino-me para as propostas intermédias. Não me parece que seja um regime que se deva aplicar com frequência, pelo facto de haver pouco tempo para acompanhar/educar o jovem”¹¹⁸. A par da Autora, Paulo Guerra, partindo do mesmo ponto de vista, questiona: “não deverá o regime aberto ser pensado, cada vez mais, como uma fase final e natural da execução de uma medida de Internamento, (...) mais do que uma modalidade de Internamento a aplicar ‘*ab initio*’?”¹¹⁹.

Sintetizando, podemos referir que a principal reserva apontada pelas designadas “propostas intermédias” se traduz na falta de acompanhamento do jovem, uma vez que o tempo **de qualidade** que este, efetivamente, acaba por passar no interior do CE é muito reduzido, podendo comprometer o sucesso da medida institucional. Por sua vez, a liberdade concebida neste regime seria já útil numa fase final de cumprimento da

¹¹³ Márquez, 2007, p. 46.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 48.

¹¹⁵ Andrade, 2022, p. 99.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Cunha, 2016, p. 467.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Guerra, 2010, p. 105.

medida, tendo em vista preparar o jovem, gradualmente, para o que se avizinha, no fundo, a liberdade sem qualquer tipo de restrições. Mas aqui voltaremos.

Segue-se a análise da necessidade do regime fechado, regime este também bastante controverso. Amélia Andrade, por exemplo, questiona se “Não estaremos, aqui, perante uma verdadeira sanção (para alguns, uma ‘pena juvenil’ ou mesmo ‘prisão’) com uma grande dimensão criminógena e estigmatizadora?”¹²⁰.

A este respeito, a CAFCE, no seu relatório de 2012, fez a distinção entre o confinamento em meio prisional e o confinamento educativo (visto que, em ambos os casos, se verifica uma limitação semelhante da liberdade), e concluiu o seguinte: “nas prisões o poder punitivo do Estado, massifica-se; nos centros educativos o dever educativo individualiza-se”¹²¹; todavia, não podemos afirmar que este seja um entendimento consensual.

Por outras palavras, há quem considere¹²² que a privação de liberdade inerente à aplicação de certas medidas é indissociável da natureza sancionatória que a medida revestirá, ainda que mitigada. Isto mesmo que a lei não consagre, expressamente, tal natureza e apesar de a vertente educacional ter, em todos os casos, de predominar, como acontece no Internamento. Por conseguinte, tendo as medidas de privação da liberdade natureza sancionatória, tratar-se-ia de medidas uniformizadas, independentemente do facto qualificado como crime praticado pelo agente infrator.

Em suma, é partindo desta última tese que se confunde a MTE de Internamento aplicada aos jovens e a pena de prisão aplicada aos adultos. Daí que autores como, exemplificativamente, Roziméri Rigon considerem que, sendo a medida de Internamento “uma espécie de sanção penal, não há que negar que a sua natureza é retributiva, e também não se pode negar que por detrás dela se esconde um carácter punitivo (...) havendo sempre a ameaça de um castigo”¹²³. Concluindo, como faz Manuel Mulas, que “nos encontramos ante una medida de contenido idéntico al de la pena de prisión prevista en el Derecho penal de adultos”¹²⁴.

Outra das críticas apontadas à MTE de Internamento em geral, mas com especial relevo quando ao menor tenha sido aplicado o regime fechado, era a possibilidade de este passar abruptamente de um Internamento (com uma liberdade reduzida e sempre controlada), para, cumprida a medida, a vida em total liberdade (sem qualquer tipo de vigilância). Porém, este veio a ser um problema atenuado com as alterações à LTE.

¹²⁰ Andrade, 2022, p. 100.

¹²¹ CAFCE, 2012, pp. 17 e 18.

¹²² Exemplificativamente, Rigon, 2012, pp. 173 e ss. e Susano, 2010, pp. 126 e ss.

¹²³ Rigon, 2012, pp. 173 e ss.

¹²⁴ Sanz Mulas, 2003, p. 421.

Sucintamente, a Lei 4/2015, de 15 de janeiro veio criar o “período de supervisão intensiva” (art. 158.º-A) e o “acompanhamento pós-Internamento” (art. 158.º-B). No primeiro, a fase final da medida é cumprida em “meio natural de vida” ou em “casas de autonomia” e é supervisionada pelos serviços de reinserção social. Trata-se de uma medida que visa “assegurar uma real integração do jovem com apelo às competências sociais e pessoais adquiridas e/ou desenvolvidas durante o Internamento”¹²⁵, podendo, durante este período, sujeitar-se o jovem ao cumprimento de obrigações e/ou impor-lhe regras de conduta. Já no “acompanhamento pós-Internamento”, a sua aplicação é secundária relativamente à primeira figura, prevendo-se aqui uma articulação com a CPCJ territorialmente competente e a eventual criação de unidades residenciais de transição destinadas a jovens saídos de CEs.

A respeito destas medidas, sem lhe negarmos o mérito, há, contudo, questões que se colocam.

Primeiramente, como aduz Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “por que não se previu a obrigatoriedade do período de supervisão intensiva, pelo menos no caso de o jovem estar internado em regime fechado (...)”¹²⁶, isto porque, ao abrigo, exclusivamente, do acompanhamento pós-Internamento, deixa de ser possível sujeitar o jovem ao cumprimento de obrigações e/ou impor-lhe regras de conduta em vista a assegurar que a vida em liberdade, após um período de reclusão, não o desvie dos ensinamentos que aprendeu no CE. Para além disso, não esqueçamos que “a violação, (...), das obrigações e regras de conduta impostas no âmbito da supervisão intensiva importam o **‘reInternamento’** do jovem, para cumprimento do tempo de medida que lhe faltar cumprir”¹²⁷, o que, por si só, produz um efeito dissuasor. Como tal, salvo melhor opinião, reconhecemos toda a utilidade à aplicação, obrigatória, desta medida.

Consequentemente, coloca-se outra questão: “[qual] a razão para estas “medidas” surgirem em alternativa, pois são pensáveis situações em que a sua conjugação poderia fazer sentido”¹²⁸. De facto, fazendo a destrinça, o acompanhamento pós-Internamento visa, essencialmente, acautelar que, com a saída do jovem do CE, este vai para um ambiente seguro, ou seja, o foco de aplicação desta medida prende-se com a proteção do menor. Assim, em nada se confunde com o teor da “supervisão intensiva”, que é, a nosso ver, a única medida que prepara realmente a saída do jovem do CE, uma vez que o seu período de duração se compreende ainda dentro do tempo de duração da medida de Internamento, daí que a aplicação de uma não deveria ser impeditiva da outra.

¹²⁵ Guerra, 2016, slide 46.

¹²⁶ Cunha, 2016, p. 482.

¹²⁷ Guerra, 2016, slide 49.

¹²⁸ Cunha, 2016, p. 482.

Relativamente às medidas sob análise, Maria da Conceição Ferreira da Cunha deixa ainda uma crítica oportuna: “Deseja-se (...) que estas mudanças passem da letra da lei para a realidade, sendo urgente a boa formação de técnicos que acompanhem a inserção dos jovens e a criação das ‘casas de autonomia’ e das ‘unidades residenciais de transição’”¹²⁹. Efetivamente, nove anos após a previsão destas medidas, atualmente, em Portugal, de acordo com o relatório da CAFCE de 2022, existem apenas duas casas de autonomia, uma localizada nos Açores e outra em Lisboa¹³⁰, frustrando-se (ainda que em parte) os benefícios desta inovação legal.

Por fim, a par das objeções anteriores que fundamentam a doutrina defensora da desnecessidade do regime fechado, há autores que questionam a sua validade, mas pela difícil articulação com as finalidades da LTE, ou seja, se no regime aberto o problema se centra na falta de tempo (dentro do CE) para educar o jovem, aqui, o problema é o oposto, a clausura. A este respeito, António Carlos Duarte Fonseca defende que “A própria validade do Internamento fechado (...) é posta em causa na medida em que potencia a construção de uma identidade negativa, impedindo que os menores internados realizem em tempo devido experiências de vida indispensáveis para o seu futuro”¹³¹.

Deixámos para último a abordagem do regime semiaberto porque, como bem menciona Amélia Andrade, “sendo o regime mais flexível [é] o menos contestado”¹³², se bem que “pode ainda assim questionar-se a correta definição dos seus pressupostos específicos e a sua interpretação e aplicação”¹³³, não obstante, esse reparo já por nós foi feito¹³⁴.

1. Apreciação Pessoal

Antes de darmos por concluída a presente Dissertação, importa tecer algumas considerações pessoais sobre o tema.

Primeiro, tendo como foco o regime aberto, apesar de compreendermos o pensamento da doutrina que reconhece utilidade à aplicação deste regime naqueles casos em que a vida familiar do menor é desestruturada e, por essa mesma razão, seja benéfico o seu afastamento (permitindo a rutura de um ciclo vicioso), parece-nos, contudo, mais sensato que, nestas circunstâncias, o menor deva ser, essencialmente, protegido, intervindo entidades como, por exemplo, a CPCJ, sob pena de o estarmos a responsabilizar por razões que lhe são alheias. Afinal, ninguém escolhe a família onde nasce.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ CAFCE, 2022, p. 68.

¹³¹ Fonseca, 2005, p. 355.

¹³² Andrade, 2022, p. 100.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Ver, a respeito, pp. 35 e 36 da presente Dissertação.

De facto, qualquer uma das situações é infeliz e, certamente, um marco na vida destas crianças, mas, em termos comparativos, o peso/a carga futura social de um Internamento no CE, salvo outra opinião, parece-nos ser muito maior do que o da entrada numa instituição, até pelas razões diversas que fazem com que os jovens cheguem a um ou a outro lado.

Claro que, tanto nos casos a que agora nos reportámos, como em quaisquer outros, já tivemos oportunidade de aludir que para se cogitar a aplicação de qualquer MTE, o jovem terá sempre de demonstrar necessidades de educação para o direito. Questionamo-nos, porém, se, mesmo existindo essas necessidades relativamente aos primeiros casos (casos em que não há uma base familiar “saúdável”), seriam estas suficientes para se ponderar a aplicação do Internamento em CE; isto, claro, tendo o tribunal conhecimento prévio de toda a vida do menor, ou seja, tendo conhecimento, muitas das vezes, de que o menor não conheceu outra realidade que não a da prática de ilícitos rotineira e normalizada, em que a própria família incita ou manipula o menor para esses caminhos (nomeadamente, para a obtenção de rendimentos de forma a conseguirem sustentar vícios), ou ainda, mais subtilmente, conhecimento de que os pais sempre se desoneraram das suas responsabilidades parentais, exemplificativamente, do dever de vigilância, deixando o adolescente ao “Deus-dará”.

Respondendo à questão *supra* colocada, a nossa resposta há de ser negativa, fundamentando-se na ideia, já muito postulada, de que a medida de Internamento em CE deve ser entendida e, conseqüentemente, aplicada como uma medida de *ultima ratio*.

Importa clarificar que não pretendemos negar a possibilidade de o jovem carecer, simultaneamente, de ser protegido e educado para o direito – esta é uma ideia que, aliás, decorre da própria LTE, basta ver o disposto no art. 43.º, fazendo-se aqui a respetiva ponte entre educação e proteção – o que será um ponto assente e concordante com a nossa posição.

Já não assim relativamente ao fundamento de que a aplicação do Internamento em regime aberto terá como benefício primacial o afastamento do menor de um ambiente desestruturado, em detrimento, a título de exemplo, de um acompanhamento educativo conjuntamente com uma medida protetiva que o afaste desse ambiente. Para além de não ser uma fundamentação suficiente, entendemos também não ser legal, indo contra as já mencionadas Regras de Beijing – 17.1 c) e 19.1 – e de Havana – art. 2.º, às demais recomendações europeias para uma justiça amiga das crianças¹³⁵, mas também contra o princípio da intervenção mínima, princípio orientador da LTE.

¹³⁵ Nomeadamente, a Recomendação 1698, adotada pela Assembleia Parlamentar em 2005 sobre os direitos das crianças institucionalizadas, recomendando aos Estados-Membros o desenvolvimento de alternativas à institucionalização ou ainda, a Recomendação adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 2008, sobre as Regras Europeias para jovens ofensores sujeitos a sanções ou medidas, onde se dão

Questão diferente que, nestes casos, se poderia ainda colocar é se deveriam os titulares das responsabilidades parentais ser responsabilizados criminalmente pela prática de crimes por parte dos jovens a seu cargo, já que em Portugal não se prevê especificamente tal responsabilização¹³⁶.

De forma sintetizada, conseguimos destrinçar duas posições: por um lado, a favor da responsabilização penal dos pais, os argumentos centram-se, sobretudo, no facto de a mesma potenciar um exercício mais diligente dos seus deveres por parte dos progenitores; por outro lado, contra, entende-se que tal responsabilização ignora os padrões complexos e os problemas que tais famílias invariavelmente enfrentam¹³⁷.

Quanto a nós, como aludimos no início da presente Dissertação, embora a inadequação do comportamento dos pais seja um fator subjacente ao comportamento delinquente, outros fatores moldam o comportamento do jovem, tais como a influência dos pares, as condições precárias de vida, fatores biológicos, sendo estes, a par de outros, igualmente importantes, daí que a pena que seria aplicada aos pais dificilmente surtiria efeito na reabilitação do comportamento do jovem, pelo que somos contra a responsabilização dos titulares das responsabilidades parentais.

Para além disso, como manifesta Sofia Cabrita, tal responsabilização poderia, inclusive, agravar as dificuldades enfrentadas por muitas dessas famílias, além de contribuir para “a estigmatização e desintegração social”¹³⁸, acrescentando que:

“a LPCJP dispõe de mecanismos eficazes para diagnosticar a situação de perigo resultante do contexto familiar em que o jovem se insere, por um lado e, por outro, para encontrar a melhor solução para afastar essa situação de perigo ou para auxiliar os pais no cumprimento dos seus deveres de educação”¹³⁹.

Retomando, para concluir as considerações relativas ao regime aberto, a par dos casos aludidos, e agora numa perspetiva mais generalizada, não lhe reconhecemos grandes proveitos, isto porque, como afirma Anabela Miranda Rodrigues, “Educar é muito complexo”¹⁴⁰. Educar leva tempo, tempo esse que é escasso neste regime, comprometendo o cumprimento das finalidades da LTE. A não ser, partindo da atual tripartição dos regimes de execução, como uma fase, obrigatória, mas sempre final da

orientações quanto à progressividade das medidas, no sentido do abandono progressivo da privação da liberdade.

¹³⁶ Atualmente, apenas é possível responsabilizar civilmente os pais quando os filhos sejam menores de 18 anos, por força da presunção prevista no n.º 1 do art. 491.º do CC, uma vez que decorre dos artigos 1878.º, n.º 1, 1881.º, n.º 1 e 1885.º, n.º 1 do CC um dever de vigilância dos pais para com os filhos menores. Não obstante, trata-se de uma presunção ilidível (art. 491.º, n.º 2, CC), ou seja, se os pais comprovarem que os danos teriam acontecido ainda que o dever de vigilância tivesse sido cumprido, serão eximidos desta culpa, tal como aconteceu, a título de exemplo, no Ac. do STJ de 6 de maio de 2008 (relator Fonseca Ramos).

¹³⁷ Cabrita, 2023, p. 110.

¹³⁸ Cabrita, 2023, p. 125.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 126.

¹⁴⁰ Rodrigues, 1997, p. 357.

execução da medida de Internamento quando executada em regime fechado, mas, assim sendo, deveria ser prevista na lei exatamente nestes termos, ou seja, como uma fase (obrigatória e final), e não como um regime de execução autónomo.

Suspendendo este primeiro ponto, cumpre agora debruçarmo-nos sobre a previsão autónoma do regime fechado, que, apesar do exposto, também nos parece um pouco questionável.

A este respeito, em primeiro lugar, tendemos a considerar, como parte da doutrina, que a amplitude e intensidade que a restrição da liberdade assume neste regime é comparável com a restrição comportada pela aplicação de uma pena de prisão a um adulto e, assim sendo, perverte-se a grande finalidade da intervenção educativa: “educar o jovem para o direito”, desvirtuando todo o sistema tutelar educativo.

Além disso, consideramos que o desenvolvimento integral do menor pode sair prejudicado com uma restrição absoluta da sua liberdade. A este respeito, partilhamos, em absoluto, do entendimento de Eliana Gersão quando conclui que

(...) sendo os menores dotados de uma personalidade ainda em formação, atravessando períodos de desenvolvimento particularmente importantes, no aspeto intelectual, físico e emocional, a privação de liberdade e separação do meio terá um impacto mais grave (...) ¹⁴¹, comparativamente com um adulto.

Aliás, parece-nos que a própria LTE, no art. 159.º, n.º 2, ao dizer que a vida nos CEs deve, tanto quanto possível, ter por referência a vida social comum e minimizar os efeitos negativos que o Internamento possa implicar para o menor e seus familiares, favorecendo os vínculos sociais, o contacto com familiares e amigos e a colaboração e participação das entidades públicas ou particulares no processo educativo e de reinserção social, reconhece que a abertura à comunidade é fundamental na medida de Internamento para o desenvolvimento de um PEP desejável, quer pela mais-valia que representa para o jovem o contacto com a comunidade, quer para garantir o cumprimento do próprio espírito da LTE.

No entanto, e em súmula, não somos capazes de negar, por completo, as virtualidades deste regime de execução. Cremos que, para determinados casos – casos estes, **excecionais** –, em que o jovem infrator não demonstre qualquer tipo de arrependimento pelos atos praticados e/ou adote uma postura desafiadora, podendo ou não ser reincidente (entenda-se, não é esta uma condição *sine qua non*), seja necessário e adequado o cumprimento do Internamento em regime fechado para conseguir travar o jovem e educá-lo para o direito.

¹⁴¹ Gersão, 1990, p.100.

Para além disso, pensar na eliminação, simultânea, do regime aberto e do regime fechado levantaria também problemas.

Cumpre-nos, neste sentido, dizer que, na eventualidade de existir um só regime, ou seja, o regime semiaberto, e ainda que o tratamento dos jovens fosse o mais individualizado possível às suas concretas necessidades, estaríamos a permitir a convivência de menores com diferentes necessidades de educação para o direito – e uns com maiores que outros – o que pode não ser benéfico. Aliás, em boa verdade, já sabemos que não o é. Ainda que noutros moldes, o problema da convivência entre jovens com distintas necessidades é já muito discutido, em virtude da existência dos designados CEs de regime misto ou polivalentes.

De facto, o art. 207.º da LTE admite que possam coexistir, no mesmo CE, unidades residenciais diferenciadas segundo os regimes de execução das medidas, projetos de intervenção educativa e tipos de Internamento, o que, desde já, a nosso ver, é bastante criticável porque traz consigo problemas assinaláveis. Desde logo, e considerando a tripartição de regimes atual, os problemas relacionados com as estruturas e instalações. Melhor dizendo, como mencionam Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte Fonseca, “Para o centro funcionar de modo a assegurar a execução de medidas de Internamento em regime fechado carece de ser planificado, logo em termos arquitetónicos, (...) termos que são excessivos e desnecessários para qualquer dos outros regimes”¹⁴².

Somado a isto, a prática demonstra ainda que a coesão espacial de diferentes regimes de funcionamento e grau de abertura ao exterior “tem-se mostrado frequentemente potenciadora de conflitos, dificultando a manutenção da ordem e disciplina internas”¹⁴³.

Já admitindo a previsão hipotética de um regime único – precisamente dada a sua exclusividade – os problemas anteriores, em concreto, não se colocariam, o que, porém, não invalida o surgimento de outros. Por outras palavras, tendemos a considerar que intensificar-se-ia exponencialmente a tentação

(...) de se acabar por tornar comuns à pluralidade dos casos de menores internados num mesmo centro educativo algumas ou mesmo muitas das atividades aí desenvolvidas, perseguindo objetivos economistas em matéria de recursos ou cedendo, meramente, à maior facilidade do menor esforço criativo e construtivo (...)”¹⁴⁴, como, aliás, já acontece nos atuais regimes de execução mistos.

¹⁴² Rodrigues & Fonseca, 2003, p. 101.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 101.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 100.

Como tal, pensar num regime único de funcionamento da MTE de Internamento seria afastarmo-nos, ainda mais, da individualização da intervenção, algo que já demos conta ser, no nosso entender, essencial (e até imprescindível) para o sucesso da aplicação desta medida.

Em bom rigor, na prática, diríamos que o ideal seria a criação de CEs classificados e organizados não em função de um regime de execução, mas, **exclusivamente**, em projetos de intervenção educativa desenvolvidos para grupos específicos de menores, de acordo com as suas necessidades (como o legislador prevê no art. 206.º, n.º 3, LTE). No entanto, também reconhecemos que não podemos fugir da nossa realidade, e a realidade mostra-nos que os recursos – tanto económicos como humanos – são escassos, o que tornaria inviável esta tese, na medida em que implicaria uma reestruturação do sistema e, consigo, uma despesa pública assinalável.

Dito isto, de forma sintetizada, apresentamos a seguinte sugestão:

- a) Por um lado, que se proceda à eliminação do regime de execução aberto (enquanto regime autónomo), por força das maleitas apontadas;
- b) E, por outro lado, haja a aplicação, excecional, do regime fechado, sendo que, neste caso, das duas uma:
 - aa) ou se passa a prever a obrigatoriedade de a última fase da medida de Internamento ser executada em regime semiaberto ou aberto (vigorando este último, somente, como uma fase transitória);
 - bb) ou, por outro lado, se passa a prever a obrigatoriedade do período de supervisão intensiva (art. 158.º A, LTE),

pois só optando por uma destas alternativas conseguimos, de facto, evitar que o jovem transite abruptamente do CE para a vida em liberdade. Ainda assim, a ter de escolher, inclinar-nos-íamos para a primeira sugestão, uma vez que, independentemente da escolha, em concreto, pelo regime semiaberto ou aberto, o acompanhamento do jovem seria sempre mais próximo do que aquele que ocorre durante o período de supervisão intensiva. Neste sentido, e como bem realça Maria João Leote de Carvalho,

“é de questionar o entendimento que o legislador faz sobre a supervisão intensiva quando, no tempo do jovem, o ‘intensivo’ pressupõe um acompanhamento próximo, em permanência, que não é compatível com a realização de relatórios de avaliação de periodicidade apenas trimestral (...)”¹⁴⁵.

A par disso, entendemos também que a aplicação do regime semiaberto deve ser a regra, pois a sua abordagem é particularmente adequada na implementação do projeto de intervenção educativa (art. 162.º, LTE), uma vez que “as saídas para o exterior vão

¹⁴⁵ Carvalho, 2017, p. 327.

aumentando e o acompanhamento diminuindo, em regularidade e duração, consoante as fases de realização e a consecução dos objetivos propostos, podendo também diminuir ou aumentar, respetivamente, no caso de regressão”¹⁴⁶. Não obstante, já é essa a realidade.

Melhor dizendo, de acordo com a estatística mensal dos CEs fornecida pela DGRSP a 29 de fevereiro do ano corrente, o número de jovens internados em CE foi de 136. Deste total, 77 jovens, a que correspondeu uma percentagem de 56,62%, encontravam-se em regime semiaberto. Seguindo-se o regime fechado (com 33 jovens internados) e, por último, o regime aberto (com 26)¹⁴⁷. Mais, recuando no tempo, em vista a demonstrar que a realidade trazida não é a exceção, mas a regra, no final de 2018, em dezembro, o regime semiaberto era também predominante com uma representatividade de 62,34%. Por outras palavras, dos 153 jovens, na altura, efetivamente presentes em CE, 96 deles encontrava-se a cumprir a medida tutelar em regime semiaberto¹⁴⁸.

Em jeito de conclusão, é oportuno finalizar com um breve apontamento acerca do tratamento concedido aos menores, com o intuito de alertar para a importância de a LPCJP atuar eficazmente, sobretudo numa fase precoce ao âmbito de aplicação da LTE. E isto porque considerámos, desde logo, que os jovens que a partir dos doze anos caem nas malhas da intervenção tutelar educativa são, na sua grande maioria, o reflexo da ausência ou da ineficácia das medidas de promoção e proteção totalmente desadequadas às suas necessidades numa fase prévia. Produzindo-se, metaforicamente, o conhecido efeito bola de neve – cujo processo se inicia com uma pequena ação (exemplificativamente, agressividade verbal face aos mais próximos), vai aumentando, tornando-se potencialmente perigoso (reportando-nos ao último exemplo, escalando para agressões físicas).

Ainda assim, aplicando-se a LTE, como conclui o último relatório disponibilizado pela CAFCE, “a intervenção só terá sucesso se incidir com e nos contextos de vida da criança, **partindo de uma visão holística e destinada a uma abordagem sistémica** (...)”¹⁴⁹. Reforça-se, portanto, o interesse numa boa articulação intersectorial¹⁵⁰, que, de facto, também a nós nos parece imprescindível, uma vez que só

¹⁴⁶ Rodrigues & Fonseca, 2003, p. 317.

¹⁴⁷ DGRSP, 2024, p. 4.

¹⁴⁸ DGRSP, 2018, p. 4.

¹⁴⁹ CAFCE, 2023, p. 46.

¹⁵⁰ Cumpre referir que, em 2023, através do Despacho n.º 10864/2023, de 25 de outubro, foi criado um grupo de trabalho para revisão da legislação em matéria tutelar educativa, cujo intuito passa por: promover a conceção e a aplicação generalizada de um modelo uniforme de avaliação do perigo; promover o aperfeiçoamento do sistema de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo; e ainda, ponderar a evolução dos contextos sociofamiliares, a par do perfil dos menores e jovens abrangidos pelas leis atualmente em vigor. Refira-se, a título de nota, que até à data de conclusão da redação da Dissertação, ainda não foi apresentado nenhum relatório final, sob a forma de proposta de lei, para a concretização da revisão.

assim conseguiremos alcançar uma intervenção com mais qualidade e, consequentemente, eficácia.

Conclusão

Tendo sido destacada a MTE de Internamento para tema da presente Dissertação, apercebemo-nos, durante o nosso estudo, que são inúmeras as questões que se levantam e as dúvidas que podem suscitar. Foi neste sentido que nos propusemos (tendo sempre a preocupação de fazer a devida contextualização) refletir sobre algumas destas questões, dando ênfase às eventuais problemáticas geradas pelas atuais características dos diferentes modelos de execução, matéria que nos chamou especial atenção.

A reforma do Direito Penal dos Menores, globalmente considerada, incutiu um novo rumo, em termos normativos e práticos, no âmbito do sistema de justiça juvenil, não tendo sido Portugal exceção. Assim sendo, perante as críticas apontadas ao modelo de proteção – previsto, até então, na OTM – e à ratificação, progressiva, de diplomas internacionais sobre a matéria, iniciou-se também uma reforma no nosso sistema de justiça de menores.

Deste movimento reformador resultou, por sua vez, a criação da LTE, cujo regime se caracteriza por um modelo alternativo aos modelos de proteção e de justiça (puros), assentando no caráter educativo e na inserção do jovem, de forma digna e responsável, na vida em comunidade, sem nunca ignorar, ao longo de todo o processo de aplicação e execução das MTEs, os interesses e garantias dos menores, outrora desconsiderados.

Na tentativa de dar conteúdo ao conceito vago “Educar para o Direito”, apercebemo-nos de que, não sendo a delinquência juvenil um fenómeno homogêneo, mas sim plural, a intervenção não pode ser única nem conter uma só resposta, pois o superior interesse do jovem nunca se traduz num só interesse: pertence a uma Família, a uma Escola, a uma Comunidade. Neste sentido, fomos reforçando a importância da individualização no tratamento destes jovens e, simultaneamente, na especialização dos CEs.

Entendemos assim que benéfico seria intervir através de determinados programas dirigidos a jovens que cometeram o mesmo tipo de ilícito, atendendo às suas necessidades específicas, em conformidade com o que já está previsto na lei, para desta forma ser possível operar a tão desejada mudança no jovem.

Aliás, indo mais longe, constatámos que, sem um tratamento individualizado, o único pressuposto da intervenção tutelar passa a ser o facto ilícito praticado pelo jovem, desconsiderando-se a necessidade de “educação para o direito”, pedra de toque da intervenção tutelar educativa – que, inclusive, a distancia do direito penal – sendo, em simultâneo, pressuposto e sua finalidade.

Todavia, conhecendo a nossa realidade, nomeadamente, através dos relatórios redigidos, ano após ano, pela CAFCE, temos de nos circunscrever às nossas capacidades, sob pena de a teoria não sair do papel e de a prática fracassar. Desta feita, na

impossibilidade de se criarem CEs classificados, exclusivamente, em projetos de intervenção educativa desenvolvidos para grupos específicos de menores, propusemos, cingindo-nos à atual tripartição dos regimes de execução, repensar a pertinência de cada um deles.

Foi, e é, neste sentido que, após uma primeira fase em que nos dedicámos a consultar as diferentes posições doutrinas sobre os três regimes de execução (aberto, semiaberto e fechado), acabamos a propor o seguinte:

- a eliminação do regime aberto enquanto regime autónomo de execução da medida de Internamento, porquanto, em síntese, considerámos que a sua aplicação é negativa do ponto de vista do PEP do jovem;

- e, relativamente ao regime fechado, entendemos ser importante, numa fase final, a previsão obrigatória do cumprimento do Internamento em regime aberto, facultando ao menor, de forma gradual, um maior contacto com a sua vida fora do CE; ou, noutra senda, a previsão obrigatória do período de supervisão intensiva. Quanto a esta última, trata-se de uma medida recente – introduzida em 2015 –, mas cuja aplicação fica na discricionariedade dos juízes, não se retirando daí benefícios, uma vez que não se acautela que o jovem não possa efetivamente passar abruptamente de um regime sem liberdade, como se caracteriza o regime de fechado, para a vida em total liberdade, sem a possibilidade de lhe ser exigido o cumprimento de uma obrigação ou de lhe ser imposta uma determinada regra de conduta.

Antes de finalizar, sem prejuízo das considerações tecidas e das propostas invocadas, reforçamos a pertinência do trabalho por nós realizado e relegado para apêndice, que, sem culpa nossa, não foi possível concretizar, reconhecendo a importância de saber a opinião de quem, de facto, tem contacto direto com os CEs. Ainda assim, quem sabe, futuramente, possa ser reaproveitado para investigações na área, justificando-se a sua disponibilização.

Concluindo, acreditamos veementemente que estes jovens não são uma “causa perdida” e que, pela fase precoce da vida em que se encontram, e criadas as condições necessárias para investir na educação, é ainda possível alterar comportamentos, reiterando, contudo, que deve ser um esforço comum. Citando Paulo Guerra: “Dosear e gerir esta latente vontade de quebrar regras é a hercúlea tarefa de todos aqueles que encontram estes mesmos jovens no seu caminho, nos lares, nas escolas, nas esquadras policiais, nos centros educativos, nos tribunais”¹⁵¹.

¹⁵¹ Guerra, 2010, p. 107.

Bibliografia

- ANDRADE, A.S. (2022). Anotação ao artigo 17.º – Internamento. In DIAS, C., SANTOS, M. & CARMO, R. (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 92-109. Coimbra: Editora Almedina.
- AZEVEDO, T.N.C. (2013). *Institucionalização e Lei Tutelar Educativa: As representações de jovens, profissionais e direção de um Centro Educativo*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado designado Estudos da Criança: Intervenção Psicossocial com Crianças, Jovens e Famílias na Universidade do Minho.
- CABRITA, S. (2023). Cortar o mal pela raiz? – A responsabilidade criminal dos titulares das responsabilidades parentais pela prática de crimes por parte de crianças e jovens a seu cargo | The criminal liability of parental responsibilities holders for the crimes committed by children and young adults in their charge. *Católica Law Review*, vol. VII, n.º 3.
- CARVALHO, M.J.L. (2010). *Do outro lado da cidade. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em sociologia na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa.
- CARVALHO, M.J.L. (2016). Delinquência juvenil: Conhecer os jovens e os territórios para situar as intervenções. *Revista do Ministério Público*, n.º 148, out-dez.
- CARVALHO, M.J.L. (2017). Traços da evolução da justiça juvenil em Portugal: Do “menor” à “justiça amiga das crianças”. *Configurações: Revista de Ciências Sociais, “Justiça, Direito(s) e Instituições”*, n.º 20, pp. 13-28.
- COÍAS, J. (coord.), BASTOS, M.A., PRAL, C. & PRATAS, M. (2018). Estudo da reincidência e ajustamento social dos jovens ofensores alvo de medidas de acompanhamento educativo e de medidas de internamento – Follow-up 2017. *Revista da DGRSP, “Sombras e Luzes”*, n.º 1, pp. 81 a 111.
- CRSEPM, Relatório Final da CRSEPM – Direito dos menores. In RODRIGUES, A.M. & FONSECA, A.C.D (2003). *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, pp. 419 a 528. Coimbra Editora.
- CRUZ MÁRQUEZ, B. (2007). *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*. Madrid: Editorial Dykinson.
- CUNHA, M.C.F. (2016). Repostas à delinquência juvenil – Do internamento para a liberdade: Primeiros passos para inserção social dos jovens. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 26.
- CUNHA, M.C.F. (2022). Anotação ao artigo 10.º – Privação do direito de conduzir. In DIAS, C., SANTOS, M. & CARMO, R. (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 55-59. Coimbra: Editora Almedina.
- CUNHA, M.C.F. (2022). Anotação ao artigo 13.º – Imposição de regras de conduta. In DIAS, C., SANTOS, M. & CARMO, R., (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 72-76. Coimbra: Editora Almedina.
- CUNHA, M.C.F. (2022). Anotação ao artigo 14.º – Imposição de obrigações. In DIAS, C., SANTOS, M. & CARMO, R. (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 76-82. Coimbra: Editora Almedina.

- CUNHA, M.C.F. (2022). Anotação ao artigo 15.º – Frequência de programas formativos. In DIAS, C., SANTOS, M. & CARMO, R. (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 82-85. Coimbra: Editora Almedina.
- CUNHA, M.C.F. (2022). Anotação ao artigo 9.º – Admoestação. In DIAS, C., SANTOS, M. & CARMO, R. (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 52-55. Coimbra: Editora Almedina.
- CUNHA, M.C.F., NOGUEIRA, A. & LEMOS, J.T. Juízes sociais – Uma realidade oculta. Apresentação PowerPoint realizada pelas ex alunas Ana Nogueira e Joana Lemos no âmbito da unidade curricular Direito Penal dos Menores, estando a autoria devidamente creditada pela docente Maria da Conceição Ferreira da Cunha que, por sua vez, acrescentou alguns elementos à apresentação. Unidade curricular também por nós frequentada em 2022/2023, 2.º semestre, na Universidade Católica – Faculdade de Direito, Escola do Porto, tendo aí sido cedido o acesso à respetiva apresentação.
- DELGADO, P. (2006). *Os direitos da criança da participação à responsabilidade – o sistema de proteção e educação das crianças e jovens*. Porto: Profedições.
- DIAS, C., SANTOS, M. & CARMO, R. (coord.) (2022). *Lei Tutelar Educativa anotada*. Coimbra: Editora Almedina.
- FERREIRA, P.M. (1997). Delinquência juvenil, família e escola. *Análise Social*, vol. XXXII, n.º 143.
- FIGUEIREDO, J. (2002). *Execução de medidas tutelares educativas*. In OLIVEIRA, G. (coord.). *Direito tutelar de menores – O sistema em mudança*. Coimbra Editora.
- FONSECA, A.C.D. (2005). *O internamento de menores delinquentes. A lei portuguesa e os seus modelos. Um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*. Coimbra Editora.
- FONSECA, A.C.D. (2007). Medidas tutelares educativas não institucionais. In *Direito das Crianças, Atas*. Lisboa.
- FONSECA, A.C.D. (2014). Privação de liberdade na justiça juvenil: contornos de problemas entre meios e fins. *Revista Julgar*, n.º 22, janeiro/abril.
- GERSÃO, E. (1990). Portugal entre as armadilhas da “proteção” e da “justiça” de menores. *Tribunal da Justiça*, junho-setembro, n.º 4-5.
- GERSÃO, E. (1994). Menores agentes de infracções – Interrogações acerca de velhas e novas respostas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, abril/junho.
- GERSÃO, E. (2008). Regras de conduta, obrigações e programas formativos. Notas soltas à volta dos arts. 13.º e 15.º da LTE. In *Direito das crianças e jovens: Atas do Colóquio*, ISPA.
- GONÇALVES, M. (1999). Os modelos de intervenção institucional e não institucional no âmbito dos menores e jovens adultos: enquadramento jurídico internacional. *Revista Infância e Juventude*, n.º 1.
- GUERRA, P. (2010). A Lei Tutelar Educativa – Para onde vais? *Revista Julgar*, n.º 11.
- HARRIS, L.J. (2008). An empirical study of parental responsibility laws: Sending messages, but what kind and to whom? *Utah Law Review*, vol. 2006, n.º 1, pp. 5-34, 2008, cit. por CABRITA, S. (2023). Cortar o mal pela raiz? – A responsabilidade criminal dos titulares

- das responsabilidades parentais pela prática de crimes por parte de crianças e jovens a seu cargo. The criminal liability of parental responsibilities holders for the crimes committed by children and young adults in their charge. *Católica Law Review*, vol. VII, n.º 3.
- HERVET, A.F.M. (2016). *A (nova) Lei Tutelar Educativa: Análise crítica de magistrados*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em política social no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa.
- LANDROVE DÍAZ, G. (2007). *Derecho penal de menores*. Madrid: Editora Tirant lo Blanch. Cit. por SANZ MULAS, M.M.G.V.N. (2003). *Direito de menores – Estudo luso-hispânico sobre menores em perigo e delinquência juvenil*. Lisboa: Âncora Editora.
- MALAFIA, C., SANTOS, S.A. (2011). O método auto-biográfico: uma proposta educativa em tempo de institucionalização. *Revista Ousar Integrar* n.º 10, setembro.
- MANSO, A., & ALMEIDA, A.T. (2010). E depois o que é que querem que eu faça? Educar para o Direito. Pontes de ligação do centro educativo à comunidade. In ARAÚJO, H.C., FERNANDES, J.L. & NEVES, T. *Educação, sociedade e cultura*, n.º 30. Edições Afrontamento.
- MARTINS, J.N. (2002). Medidas tutelares educativas, sua execução e acompanhamento. In *Direito tutelar de menores – O sistema em mudança*. Coimbra Editora.
- MEDEIROS, C.L. (1991). Do desvio à instituição total, subcultura, estigma, trajetos. *Cadernos do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2/89 cit. por CUNHA, M.C.F. (2016). Respostas à delinquência juvenil – Do internamento para a liberdade: Primeiros passos para inserção social dos jovens. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 26.
- MOURA, J.A.S. (2002). A tutela educativa – Fatores de legitimação e objetivos. In *Direito tutelar de menores: O sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora.
- NÓVOA, A.S. (2010). Imagens incómodas. *Ousar integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*, n.º 5, pp. 109-111.
- NUNES, J.K. (2019). *Experiência de jovens com medida de internamento em Centro Educativo e a sua perceção do YLS/CMI*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em psicologia no Instituto Universitário Ciências Psicológicas, Sociais e da Vida.
- PINHEIRO, M.R. (1998). (Re)Pensar o menor adolescente: Contributos para o seu desenvolvimento e (re)educação, pp. 91-104. In VIDAL, J. (coord.). *O direito de menores: reforma ou revolução?* Porto: Edições Cosmos e SMMp, cit. por DELGADO, P. (2006). *Os direitos da criança da participação à responsabilidade – o sistema de proteção e educação das crianças e jovens*, p. 198. Porto: Profedições.
- RIBEIRO, J. M. (2007). Lei Tutelar Educativa: Medidas tutelares educativas não institucionais. In *Direito das Crianças, Atas*. Lisboa.
- RIGON, R.A. (2012). *Delinquência infanto-juvenil – Uma abordagem desenvolvimentista em criminologia*. Juruá Editora.
- RODRIGUES, A.M. & FONSECA, A.C.D. (2003). *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra Editora.
- RODRIGUES, A.M. (1997). Repensar o direito de menores em Portugal – Utopia ou realidade? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 7, n.º 3.

- SAMPAIO, D. (2009). *Porque sim*. Editorial Caminho.
- SANZ MULAS, M.M.G.V.N. (2003). *Direito de menores – Estudo luso-hispânico sobre menores em perigo e delinquência juvenil*. Lisboa: Âncora Editora.
- SILVA, J. B. (2013). *Lei Tutelar Educativa comentada*. Coimbra: Editora Almedina.
- SUSANO, H. (2010). A dinâmica do processo na lei tutelar educativa – contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação. *Revista Julgar*, n.º 11, maio-agosto.
- WHITE, N., AUGOUSTINOS, M. e TAPLIN, J. (2007). Parental responsibility for the illicit acts of their children: Effects of age, type and severity of offence. *Australian Journal of Psychology*, vol. 59, n.º 1, pp. 43-50 cit. por CABRITA, S. (2023). Cortar o mal pela raiz? – A responsabilidade criminal dos titulares das responsabilidades parentais pela prática de crimes por parte de crianças e jovens a seu cargo | The criminal liability of parental responsibilities holders for the crimes committed by children and young adults in their charge. *Católica Law Review*, vol. VII, n.º 3.

Fontes eletrónicas:

- Ac. do STJ (17 fevereiro 2009). Retirado de <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/3-2009-602277>.
- Ac. do STJ (06 maio 2008). Retirado de <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/08a1042-2008-89367875>.
- Ac. do TRL (24 maio 2023). Retirado de <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7cddb218fec194ad802589bf004f7a76?OpenDocument>.
- CAFCE (2012), Relatório Anual da CAFCE. Retirado de <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a554e7662576c7a633246764c7a4d344e7a4d325a6a4d304c57466d4e5455744e44646d5a5330354e4455794c57526a4d6d4d314e444e6a4e6d49795a6935775a47593d&fich=38736f34-af55-47fe-9452-dc2c543c6b2f.pdf&Inline=true>.
- CAFCE (2022), Relatório Anual da CAFCE. Retirado de <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a52573530615752685a47567a525868305a584a7559584d76596a52684e32526b59546b744f444e684e7930304f5467304c5467344f546b745a6a55324f544e6a4e7a637759544e694c6e426b5a673d3d&fich=b4a7dda9-83a7-4984-8899-f5693c770a3b.pdf&Inline=true>.
- CAFCE (2023), Relatório Anual da CAFCE. Retirado de https://gfcj.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_atividade_comissao_acompanhamento_fiscalizacao_dos_centros_educativos_2023.pdf.

- CAIDJCV (2022, junho-outubro), 1.º Relatório Intercalar. Retirado de <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLYoMwEAu4rvOwUAAAA%3d>.
- CAIDJCV (2022/2023, novembro-julho), 2.º Relatório Intercalar. Retirado de <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLYoMwUALbroTAUAAAA%3d>.
- CARVALHO, M.J.L. (2017). Dinâmicas e desafios na aplicação da medida tutelar educativa de Internamento em Centro Educativo em Portugal. Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais – Universidade Nova de Lisboa. Retirado de https://run.unl.pt/bitstream/10362/43163/1/M_J_Leote_Dinamicas.pdf.
- CUNHA, M.C.F. (2021). É tudo uma questão de idade. Retirado de <https://www.publico.pt/2021/03/10/opiniaio/noticia/questao-idade-1953856>.
- DGRSP. *Contacte a DGRSP*. Formulário para se proceder à visita do Centro Educativo. Retirado de <https://dgrsp.justica.gov.pt/Contactos/Contacte-a-DGRSP>.
- DGRSP (2024, fevereiro). Estatística mensal dos centros educativos. Retirado de <https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Estatisticas/Centros%20Educativos/2024/CE-02-2024.pdf?ver=bCtzjtCCMhbXgo6xZnKgWg%3d%3d>.
- DGRSP (2018, dezembro). Estatística mensal dos centros educativos. Retirado de https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Estatisticas/Centros%20Educativos/2018/ce_12-2018.pdf?ver=2019-01-11-170904-460.
- DGRSP (11 dezembro 2023). Medida de internamento em centro educativo. Retirado de <https://dgrsp.justica.gov.pt/Justi%C3%A7a-juvenil/Medidas-institucionais/Medida-de-Internamento-em-Centro-Educativo>.
- GUERRA, P. (2016). *Lei Tutelar Educativa: Breve panorâmica e alterações legislativas* (ebook). Retirado de <https://www.oa.pt/upl/%7Bfbce1b76-3839-4bde-b64b-1fee0d31b3d5%7D.pdf>.
- OBSERVADOR (26 outubro 2022). Falta de técnicos nos Centros Educativos é “problema mais grave. Retirado de <https://observador.pt/2022/10/26/falta-de-tecnicos-nos-centros-educativos-e-problema-mais-grave/>.
- Secretária-geral do Ministério da Justiça (24 março 2021). Nova Casa de Autonomia para acolhimento de menores em Lisboa. Retirado de https://justica.gov.pt/Noticias/Nova-Casa-de-Autonomia-para-acolhimento-de-menores-em-Lisboa?pk_vid=1624c5709fcf2b4017082735751db257.
- Sistema de Segurança Interna (2022). Relatório Anual de Segurança Interna – Gabinete do Secretário-geral. Retirado de <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3D%3DBQAAAB%2BLCAAAAAAABAAzNDazMAQAhxRa3gUAAAA%3D>.

Apêndice 1 – Requerimento dirigido ao Diretor Geral da DGRSP



Exmo. Senhor
Prof. Doutor Rui Abrunhosa Gonçalves
Diretor-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais
Travessa da Cruz do Tovel, nº 1
1150-122 Lisboa

Porto, 28 de novembro de 2023

Assunto: Pedido de Autorização para Investigação Académica em Estabelecimentos Prisionais

Exmo. Senhor Professor Doutor Rui Abrunhosa Gonçalves,

Carla Alexandra da Mota Soares Rocha, aluna do 2º ano do Mestrado em Direito com especialização em Direito Criminal a realizar na Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto, pretende proceder à Dissertação, sob orientação da Professora Doutora Sandra Flávia Correia Batista Tavares, centrado na medida tutelar educativa de internamento, com especial enfoque numa análise crítica à tripartição do regime.

Para o efeito, pretende realizar uma visita ao Centro Educativo de Santo António ou, na impossibilidade deste, ao Centro Educativo de Santa Clara, com o intuito de colher relatos de funcionários e utentes de forma a tentar identificar a utilidade prática dos diferentes regimes.

Venho solicitar a V. Exa a autorização desta investigação na Instituição a que preside.

Com os melhores cumprimentos,

O Diretor da Escola do Porto da Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa

(Prof. Doutor Manuel Fontaine Campos)

Apêndice 2 – Guião da entrevista direcionada aos jovens internados

I. Informações Gerais:

- Nome;
- Idade;
- Tipo legal praticado;
- Regime de execução aplicado;
- Duração da MTE.

II. História de Vida:

- Como é que descreverias a tua infância?
- O que é que te levou a praticar crimes?
- Que idade tinhas à época/na altura?

III. Execução da MTE:

- Recordas-te do teu primeiro dia no CE? Como foi a tua integração? Fala-me um bocadinho desse dia. O que é que sentiste?
- Podes descrever-me um dia da tua vida aqui no CE? Quais as tuas rotinas? Quais são as atividades que tens?
- Podes receber visitas? Como funcionam? Como é que te sentes antes e depois das visitas?
- Como é a tua relação com os teus colegas? E com as pessoas que trabalham cá?
- Sentes alguma mudança desde que cá entraste? Se sim, quais?

IV. Expectativas relativamente ao futuro:

- Em que data está prevista a tua saída do CE?
- Sentes-te preparado para sair?
- Tens algum plano para quando saíres do CE?
- O que é que achas que vai ser mais difícil lá fora?
- O que é que queres fazer no futuro?

V. Conclusão:

- Consideras que a intervenção tutelar educativa pode melhorar? Alteravas alguma coisa? Se sim, o quê?
- Queres acrescentar alguma coisa ao que foi dito ou algum aspeto que consideres importante e não tenha sido abordado?

Apêndice 3 – Guião da entrevista direcionada à direção do CE

I. Caracterização da intervenção:

- Quais são as metodologias educativas e os programas implementados para promover o desenvolvimento integral dos jovens?
- Como é que o CE envolve as famílias na execução da MTE?
- Como é que funciona o processo de avaliação do progresso dos jovens durante o período de internamento?
- Quais são os principais desafios enfrentados pelo CE na intervenção?
- Qual considera ser o regime de execução mais eficaz? Porquê? Dispensaria algum dos restantes regimes? Se sim, qual e porquê?
- Conhecendo a natureza do regime aberto e tendo em consideração que o jovem tem a possibilidade de frequentar atividades curriculares e extracurriculares no exterior do CE, é possível, efetivamente, “educar para o direito”? Se sim, como?
- Qual a sua opinião sobre os designados CEs de regime misto ou polivalentes? Porventura entende que podem causar algum tipo de constrangimento nas relações entre os jovens? E a existir constrangimentos, de que forma podem condicionar a vida dos jovens dentro do CE? Tal poderá comprometer o sucesso da intervenção tutelar educativa?
- Acharia viável a existência de um regime de execução único? Se sim, de que forma deveria, a seu ver, funcionar esse regime – com mais ou menos liberdade do jovem? Se não, porquê?

II. Reinserção do jovem na sociedade:

- O CE faz algum tipo de avaliação que determine se o jovem está preparado para a saída na data do termo da medida, ou é a data que determina a saída do jovem?
- Como se processa a reintegração dos jovens na sociedade? É feito um acompanhamento do caso? Se sim, de que forma?
- Consegue identificar quais são as principais dificuldades com que os jovens se deparam na reinserção?
- Tem conhecimento se existem muitos casos de reincidência?

III. Conclusão:

- Considera que a intervenção tutelar educativa pode melhorar? Se sim, de que forma?
- Gostaria de acrescentar algum aspeto que não tenha sido abordado?

Apêndice 4 – Guião da entrevista direcionada aos TSRS

I. Informações gerais:

- Nome;
- Funções que exerce, em concreto, no CE.

II. Caracterização da intervenção:

- Quais são as principais necessidades apresentadas pelos jovens quando chegam pela primeira vez ao CE?
- O que é tido em conta na estruturação da intervenção?
- Quais são os programas aplicados e principais focos de intervenção?
- Tendo em conta a sua experiência, quais os tipos de atividades realizadas junto dos jovens que surtem mais efeito, em vista à educação do para o direito?
- Qual é a reação dos jovens face à intervenção?
- Quais são as principais dificuldades com que se deparam na intervenção?
- Considera ser importante a participação das famílias na execução da MTE? Se sim, porquê?
- Dos três regimes existentes, qual considera ser o regime de execução mais eficaz? Porquê? Dispensaria algum dos restantes regimes? Se sim, qual e porquê?
- Relativamente aos jovens que podem sair do CE, considera o contacto com o exterior benéfico?
- Consegue precisar quanto tempo, aproximadamente, passa um jovem, que se encontra a cumprir a medida de internamento em regime aberto, no interior do CE?
- Conhecendo a natureza do regime aberto e tendo em consideração que o jovem tem a possibilidade de frequentar atividades curriculares e extracurriculares no exterior do CE, é possível, efetivamente, “educar para o direito”? Se sim, como?
- Qual a sua opinião sobre os designados CEs de regime misto ou polivalentes? Porventura entende que podem causar algum tipo de constrangimento nas relações entre os jovens? E a existir constrangimentos, de que forma podem condicionar a vida dos jovens dentro do CE? Tal poderá comprometer o sucesso da intervenção tutelar educativa?

- Acharia viável a existência de um regime de execução único? Se sim, de que forma deveria, a seu ver, funcionar esse regime – com mais ou menos liberdade do jovem? Se não, porquê?

III. Reinserção do jovem na sociedade

- Como é que se avalia se o Jovem está preparado para a reinserção?
- Como se processa a reinserção?
- Quais as principais dificuldades com que os jovens se deparam na reinserção?

IV. Conclusão:

- Considera que a intervenção tutelar educativa pode melhorar? Se sim, de que forma?
- Gostaria de acrescentar algum aspeto que não tenha sido abordado?

Dos créditos privilegiados:

**A evolução da especial proteção nos créditos laborais e o seu
regime atual no âmbito da insolvência**

Carla Filipa Carvalho Olim Menezes

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Agradecimentos

Nesta etapa tão importante da minha vida académica não podia deixar de expressar, perante todos aqueles cujo contributo foi indispensável para a sua realização, o meu profundo e sincero agradecimento.

À Senhora Professora Maria de Fátima Ribeiro, pela prontidão com que aceitou a orientação da minha dissertação, pela disponibilidade que sempre manifestou ao longo deste trajeto, pela compreensão, pelo seu rigoroso apoio científico, pela sua exigência e atitude crítica, que proporcionaram a esta dissertação uma mais-valia, qualitativa, irrefragável.

À Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, pelos ensinamentos de qualidade transmitidos, fomentando o meu crescimento académico e pessoal. Por todas as amizades e memórias que ali me proporcionaram.

À Universidade da Madeira, por toda a disponibilidade e atenção que sempre nos dedicou e que, no âmbito dos protocolos estabelecidos, permitiram a concretização de um objetivo.

Aos meus amigos — sabem quem são —, pelo apoio e encorajamento que me transmitiram ao longo deste percurso, pela motivação e palavra de conforto nos momentos mais difíceis. E a todos aqueles que, de forma direta ou indireta, me apoiaram e incentivaram em momentos desafiantes e que acreditaram em mim e nas minhas capacidades. E aqui dedico uma palavra especial à Paula, pelo apoio incomensurável, e ao Manuel, amigos que me acompanharam nesta fase académica e com quem tantas memórias partilhei.

À minha família, que tanto adoro, por me terem acompanhado ao longo de todo este percurso, pela paciência, calma, ajuda, motivação e força que me foram transmitindo. São, sem dúvida, os pilares centrais e essenciais da minha vida.

Resumo

O presente estudo almeja, de alguma forma, contribuir para uma análise ao regime dos privilégios creditórios, estudando a evolução da proteção conferida aos créditos dos trabalhadores e o seu regime atual em contexto de insolvência.

Foram estabelecidos dois tipos de privilégios creditórios – que constituem uma preferência no pagamento de determinados créditos atribuída por lei a certos credores –, no art. 333.º do CT. Um geral, para bens móveis cuja solução adotada levanta questões em relação à preferência desse privilégio com outros direitos estabelecidos anteriormente considerando que a melhor solução passaria por aplicar o regime estabelecido no artigo 751.º, ao invés do artigo 749.º do Código Civil.

Estipulou-se, por outro lado, um privilégio imobiliário especial sobre o imóvel onde os trabalhadores prestam a sua atividade. No entanto, a definição precisa desse imóvel tem sido debatida. Duas interpretações principais surgiram: uma mais restritiva e outra mais ampla, tendo o AUJ n.º 8/2016 optado pela interpretação mais ampla, mas com uma exceção para empresas de construção civil insolventes que possuem imóveis construídos para comercialização.

Dado o número significativo de insolvências na construção civil e o facto de que esses imóveis frequentemente constituem o núcleo do património dessas empresas, surge a questão de saber quais as garantias dos trabalhadores em empresas que não possuem bens penhoráveis.

Neste estudo, apresentaremos os argumentos que nos levam a advogar que o sistema de garantias aos créditos laborais, criado pelo ordenamento jurídico português e até comunitário, é pouco eficiente na proteção dos créditos dos trabalhadores. A solução atual, no que concerne à abrangência dos privilégios creditórios laborais, deveria ser alterada para uma tutela mais adequada aos créditos laborais, conforme parece ser a intenção do legislador ao preconizar a solução do art. 333.º do CT, atento o facto de o direito à retribuição ser considerado direito análogo aos direitos, liberdades e garantias.

Palavras-chave: privilégios creditórios; insolvência; trabalhadores; créditos laborais; graduação de créditos; acórdão uniformizador de jurisprudência; Fundo de Garantia Salarial.

Abstract

The present study aims to contribute to the analysis of the credit privileges regime through the study of the evolution of the protection granted to workers' credits and its current regime in the context of insolvency.

Article 333 of the Portuguese Labour Code Two sets two types of credit privileges which constitute a preference in the payment of certain credits attributed by law to certain creditors. A general one for movable assets, which raises questions regarding the preference of this privilege in regard to other previously established rights, considering that the best solution would be to apply the regime established in article 751, instead of article 749 of the Civil Code. On the other hand, a special real estate privilege concerns the property where the workers carry out their activities. The precise definition of property, though, has been the subject of debate. Two main interpretations have emerged: a more restrictive and a broader one, with AUJ no. 8/2016 opting for the broader interpretation, with the exception of insolvent construction companies which own properties built for sale.

Given the significant number of insolvencies in the construction sector and the fact that these properties often constitute the core of these companies' assets, the question arises as to the guarantees available to workers in companies which lack seizable assets.

In this study, we will present the arguments that lead us to advocate that the system of guarantees for labour credits created by the Portuguese and even the Community's legal systems does not go far enough in protecting workers' credits. The current solution should be altered to allow a more appropriate protection for labour credits, as appears to be the intention of legislators when recommending the solution in article 333 of the Labour Code, bearing in mind that the right to retribution is considered a right analogous to rights, freedoms and guarantees.

Keywords: credit privileges; insolvency; workers; labour credits; credit graduation; standardising jurisprudence ruling; Salary Guarantee Fund.

Advertências, modo de citar e outros esclarecimentos

1. Nas notas de rodapé as monografias são citadas nos termos seguintes:
 - a) Referência ao autor com indicação do primeiro nome e último apelido ou dos dois últimos apelidos;
 - b) Título da obra, em itálico, a que se segue a indicação da editora, local de edição, ano e página (s);
 - c) As monografias que apresentem dois autores são citadas pela ordem em que aqueles nomes surgem na obra;
 - d) A partir da segunda citação será referido o autor, nos termos já referenciados, a que se segue o uso da expressão *op. cit.* com a indicação da(s) página(s);
 - e) Nos casos em que o mesmo autor é citado em mais do que uma monografia, a partir da citação da segunda obra far-se-á a indicação do autor, nos termos já mencionados, a que se segue o título abreviado da monografia, bem como o uso da expressão *op. cit.* com a indicação da (s) página (s).
2. Nas monografias com vários volumes, tomos e/ou edições a referência a estes será efetuada entre o título e a editora.
3. Nas notas de rodapé os artigos são citados nos termos seguintes:
 - a) Referência ao autor com indicação do primeiro nome e último apelido ou dos dois últimos apelidos;
 - b) Título do artigo, entre aspas, sendo o nome revista apresentado em itálico, a que se segue o ano da revista, o respetivo número, ano civil e página (s);
 - c) Os artigos que apresentem dois autores são citados pela ordem em que os mesmos surgem na obra;
 - d) Nos casos em que o mesmo autor é citado em mais do que um artigo, a partir da segunda citação far-se-á a indicação do autor, nos termos já mencionados, a que se segue o título abreviado do artigo, bem como o uso da expressão *op.cit* com a indicação da (s) página (s).
4. A bibliografia está organizada por autor e neste por ordem alfabética, apresentando-se as monografias e os artigos do mais antigo para o mais recente.
5. Na citação bibliográfica refere-se o último apelido do autor e prossegue-se com a indicação do nome próprio, bem como com a menção ao título da obra em itálico, com a indicação da editora, do local de edição e do ano. E tratando-se de um artigo, o título é apresentado entre aspas, o nome da revista consta em itálico, seguindo-se a indicação do ano daquela, bem como do número e o ano civil.
6. A jurisprudência citada nas notas de rodapé refere o tribunal e a data, constando na citação final, e para além destes elementos, o número do processo, a indicação do relator e a fonte em que o mesmo se encontra disponível, indicando-se, o

respetivo link. As indicações jurisprudenciais estão também ordenadas das mais antigas para as mais recentes.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art./arts.	Artigo/Artigos
AUJ	Acórdão Uniformizador de Jurisprudência
CC	Código Civil português de 1966
Cfr.	Conforme, conferir
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Coord.	Coordenação
CPC	Código de Processo Civil de 2013
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
CT	Código do Trabalho de 2009
C. Travail	Code du Travail
DL	Decreto-Lei
ed.	Edição
FD	Fundo de Desemprego
FGS	Fundo Garantia Salarial
FOGASA	Fondo Garantía Salarial O.A.
ET	Estatuto de los Trabajadores
L	Lei
LSA	Lei dos Salários em Atraso
n.º/n.ºs	Número/Números
<i>op. cit.</i>	Na obra citada
p./pp.	Página/Páginas
PER	Processo especial de revitalização
proc.	Processo
reimpr.	Reimpressão
RERE	Regime extrajudicial de recuperação de empresas
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Índice

1. Introdução	9
2. Dos privilégios creditórios	10
2.1 Noção e características	10
2.2 Tipos de privilégios creditórios	11
2.3 Natureza jurídica	13
3. A evolução da criação e da graduação dos privilégios creditórios laborais	15
3.1 O Decreto-Lei n.º 38/2003, de 08 de março	17
3.2 A entrada em vigor da Lei n.º 99/2003 de 27 de agosto – Código do Trabalho	17
4. Da (in)constitucionalidade da norma do Código do Trabalho que concede o privilégio imobiliário especial aos trabalhadores	18
5. Dos privilégios creditórios previstos no Código do Trabalho	20
5.1 O privilégio mobiliário geral previsto na al. a) do art. 333.º do Código do Trabalho	20
5.2 O privilégio imobiliário especial previsto na al. b), n.º 1 do art. 333.º do Código do Trabalho	22
5.2.1 Quais os “imóveis do empregador nos quais o trabalhador preste a sua actividade”?	24
6. O caso específico dos imóveis construídos pela empresa de construção civil insolvente e destinados à comercialização	26
7. A oponibilidade dos privilégios imobiliários laborais a terceiros titulares de direitos reais	32
8. As garantias dos trabalhadores face à nova realidade de empresas que não detêm no seu património bens penhoráveis	36
9. Conclusão	39
Bibliografia	41
Jurisprudência	44
Legislação e conclusões europeias consultadas	48

1. Introdução

Às garantias conferidas aos créditos laborais foi atribuído, no art. 333.º do CT, um privilégio mobiliário geral para os bens móveis e um privilégio imobiliário especial no caso dos imóveis. No primeiro caso, a solução consagrada ficou aquém do expectável, uma vez que este privilégio continua a ceder perante direitos constituídos anteriormente, levando-nos a conjecturar se, ao invés da aplicação do regime do art. 749.º do CC, não seria de aplicar o do 751.º do CC. Quanto ao privilégio imobiliário especial, estipulou-se um privilégio sobre o bem imóvel do empregador onde os trabalhadores prestem a sua atividade. Pretendeu-se, desta forma, obter para este privilégio a aplicação do regime previsto no art. 751.º do CC, oponível aos direitos de terceiro que adquiram o prédio ou um direito real sobre ele.

Com efeito, a delimitação do objeto deste privilégio imobiliário especial nunca foi pacífica, debatendo-se na doutrina e na jurisprudência sobre a concretização dos “imóveis do empregador nos quais o trabalhador preste a sua atividade”.

Duas interpretações foram aventadas na resposta a esta questão: uma, de carácter restritiva, conduzia a desigualdades entre os trabalhadores e possíveis violações ao princípio da igualdade; e outra, de carácter mais amplo, que, há quem defenda, poderá comprometer o princípio da tutela da confiança dos demais credores.

O AUJ n.º 8/2016 adotou a interpretação mais ampla para a generalidade das empresas insolventes; contudo, outra solução foi consagrada para o caso específico da empresa de construção civil insolvente que integram no seu património “imóveis construídos destinados à comercialização”. Aqui, o entendimento foi o de que estes imóveis estariam excluídos da garantia do privilégio imobiliário especial prevista na al. b) do n.º 1 do art. 377.º do CT.

Atento o elevado número de insolvências na área da construção civil, bem como o facto de estes bens constituírem, por regra, o núcleo do património nestas empresas, uma outra questão se levantou em face do entendimento preconizado pelo AUJ de aferir quais as garantias dos trabalhadores em empresas que não detêm património.

Propomo-nos analisar se as soluções adotadas, legislativas e jurisprudenciais, que hoje se mantêm em vigência serão as que melhor se adequam à tutela dos créditos laborais e à sua conformidade constitucional através de uma análise das sucessivas alterações legislativas levadas a cabo em matéria dos privilégios creditórios, contrapondo, sempre que possível, com orientações jurisprudenciais e doutrinárias coligidas para tecer uma análise crítica às questões que aqui se abordarão no presente estudo.

2. Dos privilégios creditórios

2.1. Noção e características

O privilégio creditório é o direito concedido a determinados credores, em atenção à natureza dos seus créditos, ao pagamento preferencial em relação a outros credores, em caso de incumprimento do devedor. Trata-se de uma figura de grande relevância no sistema jurídico, pois influencia, diretamente, a proteção dos credores e a forma como as suas obrigações são satisfeitas.

Está previsto no artigo 733.º do CC¹, tendo esta preferência carácter legal e natureza excecional, uma vez que constitui uma derrogação do princípio da igualdade entre os credores, previsto no art. 604.º do mesmo diploma legal.

Esta garantia especial das obrigações apresenta as seguintes características fundamentais: (i) é de origem legal; (ii) é acessória ao crédito que visa garantir; (iii) é indivisível; e (iv) é de natureza oculta.

O modo de constituição do privilégio creditório é estabelecido, exclusivamente, pela lei em função da natureza do crédito que visa garantir e não pode ser criado por negócio jurídico². Isto é, tratando-se de uma preferência para pagamento que resulta da natureza do crédito, os privilégios creditórios não são suscetíveis de serem criados por negócios jurídicos (por vontade das partes), mas tão-somente por lei que lhes confira tal faculdade de preferência no pagamento relativamente a outros créditos.

Compreende-se a razão desta opção, tendo em conta a preferência estabelecida nesse contexto, pois se estivesse ao alcance das partes poderia dar azo ao comprometimento de outras formas de garantia. Tal como refere Lucas Pires³, em matéria de atribuição de privilégios, a lei constitui “condição suficiente (a simples constituição do crédito determina o seu carácter privilegiado) e necessária (uma vez que só a lei lhe confere essa qualidade)”.

Além disso, o privilégio creditório é acessório do crédito que visa garantir, dependendo da natureza do direito de crédito que lhe dá origem e cujo cumprimento pretende assegurar. De tal modo que, salvo algumas exceções⁴, assim que o crédito é extinto, o privilégio também será extinto⁵.

¹ “Privilégio creditório é a faculdade que a lei, em atenção à causa do crédito, concede a certos credores, independentemente do registo, de serem pagos com preferência a outros”.

² Neste sentido, Antunes Varela, 2022, p. 571; Menezes Leitão, 2022, p. 229; Romano Martinez, 2021, p. 891; e Luís Gonçalves, 1991, p. 30; Pires de Lima e Antunes Varela, 2011, p. 754, e Pestana de Vasconcelos, 2023, p. 434.

³ Lucas Pires, 2015, p. 14.

⁴ Renúncia ao privilégio, ou no caso da novação (se as partes assim o acordarem), e, ainda, no caso de sub-rogação ou cessão de créditos, se o privilégio tiver sido concedido tendo em conta as qualidades pessoais do devedor.

⁵ Sobre a transmissibilidade do privilégio creditório *Vide* Romano Martinez, 2021, p. 915, e Alberto González, 2015, p. 560.

Outra particularidade é a indivisibilidade do privilégio creditório, ou seja, assegura o cumprimento integral da prestação a que está ligado, independentemente de recair sobre vários bens – indivisibilidade objetiva⁶ –, e atribuindo, também, a qualidade de credor privilegiado a todos aqueles a quem, por lei, for concedido tal privilégio – indivisibilidade subjetiva.

Por fim, o privilégio creditório tem um carácter oculto, uma vez que produz efeitos independentemente da sua inscrição no registo. Isto significa que não está sujeito a publicidade, o que tem levantado alguma celeuma doutrinal, pois pode conduzir a que os demais credores vejam defraudadas as suas expectativas, principalmente aqueles com garantias reais⁷. Tem sido entendido que, se esta característica facilita a celeridade do tráfico creditício, também provoca graves inconvenientes para terceiros, pelo erro em que pode ser induzido sobre a situação dos bens onerados e a solvabilidade do devedor⁸.

2.2. Tipos de privilégios creditórios

Os privilégios creditórios adquirem a natureza dos bens sobre os quais incidem e, neste âmbito, o ordenamento jurídico português prevê dois tipos de privilégios creditórios: os mobiliários e os imobiliários⁹.

Os primeiros incidem sobre bens móveis, que, por sua vez, podem ser gerais, se abrangem todos os bens que integram o património do devedor, ou especiais, se apenas incidem sobre determinados bens desse património¹⁰. Os privilégios imobiliários, por sua vez, incidem sobre bens imóveis, sendo especiais, adquirindo sempre esta natureza os consagrados no Código Civil (art. 735, n.º 3 do CC).

Distinguir os vários tipos de privilégios é essencial para entender as suas características específicas e como eles se relacionam com outros direitos de terceiros em caso de concurso de créditos.

Os *privilégios gerais*, previstos no art. 749.º do CC, não gozam de eficácia real, sendo preteridos, ainda que constituídos anteriormente, perante garantias reais como a hipoteca ou o penhor. Em concurso com direitos especiais de terceiros, não são oponíveis

⁶ Mesmo que os bens dados em garantia sejam compartilhados entre diferentes titulares, o credor privilegiado terá o direito de obter o pagamento integral do seu crédito sobre qualquer dessas coisas individualmente considerados ou sobre uma fração delas, de acordo com o que for mais conveniente para a satisfação de sua dívida.

⁷ Alguns ordenamentos jurídicos, como o alemão e o suíço, devido ao carácter oculto dos privilégios creditórios, eliminaram-nos, recorrendo, em seu lugar, à hipoteca legal. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, 2011, p. 755, Romano Martínez, 2021, p. 890 e Menezes Leitão, Op. cit., p. 230. Esta solução é sufragada por Alberto González, 2015, p. 541, defendendo a transformação da generalidade dos privilégios creditórios em hipotecas legais.

⁸ Cfr. Lucas Pires, 2015, p. 74 e Antunes Varela, 2022, p. 572.

⁹ O art. 735.º do CC não concretiza a classificação de coisas móveis e imóveis remetendo-nos para a classificação prevista no art. 204.º e 205.º do CC, segundo P. Romano Martínez, 2021, p. 893 e Almeida Costa, Direito das Obrigações, 12.ª Ed. – Reimpr. 2023, Almedina, Coimbra, p. 962.

¹⁰ Cfr. art. 735.º do CC.

a terceiros, sendo graduados posteriormente e, conseqüentemente, pagos depois desses créditos garantidos¹¹.

Isto é assim pelo facto de os privilégios gerais serem conferidos a certos credores, tendo em conta especiais características desse credor ou do próprio crédito, e não por estarem diretamente relacionados com a coisa que garantem, garantindo os bens do devedor, e somente deste, a satisfação integral desse crédito.

O CC¹² elenca vários tipos de privilégios mobiliários gerais, a saber: (i) créditos do Estado e das autarquias locais por impostos indiretos, (ii) créditos por despesas de funeral do devedor, (iii) créditos por despesas com doenças do devedor ou de pessoas a quem este deva prestar alimentos, (iv) créditos por despesas indispensáveis para o sustento do devedor e das pessoas a quem este tenha a obrigação de prestar alimentos, e (v) créditos emergentes do contrato de trabalho, ou da violação ou cessação desse contrato.

Quanto a este último privilégio mobiliário geral, previsto na al. d) do art. 737.º do CC, há, na doutrina¹³, quem venha defendendo a revogação tácita daquele dispositivo legal, que constitui a concretização das garantias especiais dos créditos salariais previstos no art. 59.º, n.º 3 da CRP, hoje contemplado, sem limitação temporal, no art. 333.º do CT.

Em relação aos *privilégios mobiliários especiais*, o art. 750.º do CC estipula que, em caso de confronto com outros direitos de terceiros, deverá prevalecer, salvo convenção em contrário, aquele que se houver constituído mais cedo, obedecendo ao princípio *priori in tempore, potior in iure*.^{14 15}

O CC, nos arts. 738.º a 742.º, estabelece a atribuição de privilégios mobiliários especiais a créditos provenientes de várias origens, como despesas de justiça, imposto sobre sucessões e doações (atual Imposto de Selo), indemnizações e obras intelectuais com base em contrato de edição, entre outros. Esses privilégios especiais afetam bens diretamente relacionados com a origem dos créditos garantidos, incidindo sobre os seguintes aspetos: (i) as coisas que originaram as despesas de justiça, (ii) bens móveis transmitidos, (iii) indemnizações devidas pelo segurador da responsabilidade, e (iv) exemplares da obra em poder do editor.

¹¹A única exceção é o privilégio mobiliário geral da segurança social que assegura os créditos por contribuições, quotizações e respetivos juros de mora, previsto no art. 204.º, n.º 2 do Código Contributivo. Este privilégio vale contra terceiros, prevalecendo contra qualquer penhor ainda que de constituição anterior.

¹² Arts. 736.º e 737.º do CC.

¹³ Pinto Duarte, 2021, p. 959 e Salvador da Costa, 2015, p. 136.

¹⁴ Pinto Duarte, 2021, p. 972, refere a propósito desta norma que, “o conteúdo do preceito contrasta com o do n.º 1 do art. 749.º, dotando os privilégios mobiliários especiais de sequência”.

¹⁵ Concluem Castro Russo e Sousa e Silva 2019, p. 1001, que “Apesar de poder haver hipoteca sobre bens móveis sujeitos a registo, como automóveis, aeronaves ou embarcações, os privilégios que sobre estes incidam não deixam de ser móveis, logo sujeitos ao regime deste artigo e não àquele previsto no artigo 751.º (Salvador da Costa, 2105, p. 131), em linha, de resto, com o disposto no artigo 205.º, n.º 2, deste Código”.

Ao contrário dos privilégios mobiliários gerais, os privilégios mobiliários especiais possuem uma relação direta com a coisa garantida, ou seja, recaem diretamente sobre a coisa e não sobre o devedor, criando um vínculo inatacável entre a coisa e o crédito garantido.

No que diz respeito aos *privilégios imobiliários especiais*, o art. 751.^o do CC estabelece que são “oponíveis a terceiros que adquiram o prédio ou um direito real sobre ele, e preferem à consignação de rendimentos, à hipoteca ou ao direito de retenção, ainda que estas garantias sejam anteriores”, ou seja, prevalecem sobre qualquer direito real de garantia, independentemente do momento da constituição da garantia e do privilégio¹⁶.

Este regime de imediata oponibilidade, independentemente de registo, justifica-se, embora seja amplamente contestado, na medida em que o privilégio acompanha uma coisa certa e determinada que está estreitamente ligada ao crédito que garante. Neste contexto, os arts. 743.^o e 744.^o do CC preveem a atribuição de privilégios imobiliários especiais para os seguintes créditos: (i) despesas de justiça, (ii) créditos do Estado pela SISA (atual Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas), (iii) contribuição predial (atual Imposto Municipal sobre os Imóveis), e (iv) imposto sobre as sucessões e doações (atual Imposto de Selo).

2.3. Natureza jurídica

A questão da natureza jurídica dos privilégios creditórios, especificamente a atribuição de natureza real aos privilégios gerais e especiais, é um tema debatido, ocorrendo, principalmente, devido às diferenças entre os tipos de privilégios e o seu tratamento em caso de concorrência de credores.

Num contexto de concurso de credores, os privilégios creditórios podem criar uma relação de preferência que se assemelha aos direitos reais de garantia tradicionais. Estes últimos possuem características específicas, como a ligação direta com a coisa que garantem (sequela) e prioridade sobre outros direitos em relação a essa coisa (preferência)¹⁷. Estão intrinsecamente ligados a um bem específico e determinado, permitindo que o titular desses direitos siga a coisa onde quer que ela vá e tenha preferência sobre outros direitos em relação a essa coisa.

No entanto, os privilégios creditórios gerais não possuem todas essas características dos direitos reais, como a sequela e a preferência, porque não se referem a um bem específico e não há uma ligação especial entre o bem e o crédito que estão

¹⁶ Quanto à prevalência sobre os direitos reais de gozo, vale o princípio “*priori in tempore potior in iure*”. Se houver, por ex., um usufruto ou uma servidão registada, esses direitos não são afetados pelo privilégio (art. 699.^o *ex vi* art. 753.^o CC). Neste sentido, *Vide* Pires de Lima e Antunes Varela, 2011, p. 771 e Romano Martinez, *op. cit.*, p. 912.

¹⁷ Carvalho Fernandes, 2010, p. 57.

garantindo. Portanto, não podem ser opostos a quaisquer direitos de terceiros com garantia real.

Em contrapartida, os privilégios especiais são oponíveis a terceiros desde o momento de sua constituição, garantindo aos seus titulares prioridade sobre quaisquer outros direitos constituídos posteriormente sobre o mesmo bem. Isto significa que, ao serem estabelecidos, esses privilégios já possuem força para prevalecer sobre eventuais direitos de terceiros que surjam depois, assegurando a satisfação do crédito protegido pelo privilégio em questão.¹⁸

No caso do privilégio mobiliário especial, a preferência depende da data de constituição do privilégio em relação ao direito real, prevalecendo apenas se tiver sido constituído antes dos outros direitos. Já no privilégio imobiliário especial, a preferência é automática e independente da data de constituição, conferindo prioridade sobre quaisquer outros direitos de terceiros, mesmo que tenham sido constituídos anteriormente.

Esta diferença, no regime legal aplicável, torna o privilégio imobiliário especial mais vantajoso em relação à proteção de créditos, pois confere uma posição mais forte e segura aos seus titulares em caso de conflito com outros direitos de terceiros sobre o mesmo bem imóvel.

Pelo que, no que se refere à natureza jurídica dos privilégios creditórios, é amplamente aceite na doutrina a atribuição de natureza real apenas aos privilégios creditórios imobiliários especiais¹⁹, pois só estes incidem sobre coisas certas e determinadas e gozam de sequela²⁰. Negam esse carácter aos demais privilégios creditórios [mobiliários especiais e gerais], atendendo à ausência do direito de sequela, classificando os privilégios gerais como “simples direito de preferência sobre o produto da liquidação dos bens do devedor” (Guilherme Moreira²¹); “garantias especiais sobre universalidades” (Menezes Leitão²²); “meras preferências de pagamento” (Salvador da Costa²³); “meros direitos de prioridade” (Almeida Costa²⁴, 2009, p. 972) ou “meras qualidades que enformam certos créditos” (Menezes Cordeiro²⁵).

Apenas Lucas Pires atribui a característica de natureza real aos privilégios creditórios especiais, independentemente de serem mobiliários ou imobiliários;

¹⁸ Menezes Cordeiro, 1998, p. 652, referiu a propósito dos privilégios creditórios especiais que “o legislador entendeu dever ligar o destino da realização pecuniária de certos bens a débitos originados directamente pela existência desses mesmos bens”.

¹⁹ Como refere Romano Martinez, 2021, p. 891, “é defensável a existência de uma dualidade quanto à natureza jurídica dos privilégios creditórios”.

²⁰ Neste sentido, *Vide* Salvador da Costa, op. cit., p. 131; Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, 2006, p. 211; Menezes Cordeiro, 1998, p. 657 e Menezes Leitão, 2022, p. 231.

²¹ Guilherme Moreira, 1925, p. 377.

²² Menezes Leitão, 2022, p. 294.

²³ In op. cit., p. 129.

²⁴ In op. cit., p. 972.

²⁵ In op. cit., p. 657.

contudo, rejeita a atribuição dessa característica aos privilégios creditórios gerais classificando-os como “uma mera preferência”²⁶.

3. A evolução da criação e da graduação dos privilégios creditórios laborais

No contexto das disposições legais originárias, destacava-se, o artigo 25.º da Lei do Contrato de Trabalho aprovada pelo Decreto-Lei N.º 49408, de 24/11/1969, e a sua remissão para o CC²⁷, que previa apenas um privilégio mobiliário geral para créditos resultantes de contratos de trabalho nos últimos seis meses da vigência do contrato.

Contudo, nos anos 80, devido à crise económica e social que resultou em atrasos generalizados nos pagamentos salariais aos trabalhadores, multiplicando-se os casos de insolvência que deixavam os trabalhadores sem garantia de satisfação de seus créditos, houve necessidade de uma intervenção legislativa. Neste contexto, surgiu a Lei n.º 17/86, de 14 de junho, comumente apelidada de “Lei dos Salários em Atraso”, que vem conferir aos trabalhadores um tratamento mais adequado em situações de salários em atraso.

Além de preservar o privilégio mobiliário geral (apesar da alteração na ordem de preferência), esta Lei introduziu, pela primeira vez, um *privilégio imobiliário geral*^{28 29}, destinado a assegurar os créditos oriundos de contratos individuais de trabalho.

Levantaram-se dúvidas acerca da abrangência desse privilégio, particularmente em relação à compensação por antiguidade estabelecida no art. 6.º. Essas dúvidas só foram resolvidas pela Lei n.º 96/2001, de 20 de agosto³⁰, que passou a incorporar nesse privilégio, quer os créditos relativos a salários, quer os decorrentes da cessação de contrato de trabalho.

O entendimento adotado acerca dos efeitos do privilégio imobiliário geral criado para assegurar os créditos salariais em relação a terceiros titulares de direitos reais não foi uniforme³¹, pois contrariava o disposto no n.º 3 do art. 735.º do CC³², que estipulava que “os privilégios imobiliários são sempre especiais” e, além disso, porque sendo um privilégio geral prevalecia sobre os privilégios especiais³³.

²⁶ In op. cit., p. 61.

²⁷ Cfr. art. 737.º, n.º 1 al. d).

²⁸ Vide art. 12.º, n.º 1, al. b) da LSA.

²⁹ Outros diplomas avulsos também introduziram este novo privilégio, destacando-se: (i) DL 103/90, de 9 de maio; (ii) Códigos do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e Coletivas; (iii) L 100/97, de 13 de setembro; (iv) DL 165/95, de 16 de maio; (v) DL 159/90, de 17 de maio; (vi) L 112/97, de 16 de setembro.

³⁰ Art. 4.º.

³¹ Joana Vasconcelos, 2020, p. 787; Menezes Leitão, 2022, pp. 296 e 297.

³² Na redação do DL 47344/66 de 25/11.

³³ Cfr. Romano Martínez, 2023, p. 621.

Além disso, o legislador não definiu a graduação desse privilégio em relação a outras garantias reais, aventando-se duas posições contrapostas: ou aplicação do regime indicado no art. 749.^o³⁴ ou, inversamente, o regime estipulado no art. 751.^o do CC³⁵.

Até o ano 2000, a interpretação pendia para o regime do art. 751.^o do CC. No entanto, a partir desse ano, as decisões dos tribunais passaram a favorecer o regime do art. 749.^o do CC para esses privilégios imobiliários gerais, alegando que não eram direitos reais de garantia³⁶, “(...) dada a sua generalidade, não são direitos reais de garantia – não incidem sobre coisas corpóreas, certas e determinadas – nem, sequer, verdadeiros direitos subjetivos, mas tão só preferências gerais anómalas”³⁷.

Esta controvérsia fez surgir dois diplomas legais que vieram pôr termo à dúvida sobre o regime aplicável às garantias dos créditos laborais. O primeiro veio estabelecer que a prioridade do privilégio imobiliário sobre a hipoteca apenas se aplica aos casos previstos no CC, ou seja, aos privilégios imobiliários especiais. O segundo converteu o privilégio imobiliário geral anteriormente previsto³⁸ em privilégio imobiliário especial, que passou a incidir *sobre os bens imóveis do empregador nos quais o trabalhador presta a sua atividade*³⁹.

3.1. O Decreto-lei n.º 38/2003, de 08 de março

O DL n.º 38/2003 introduziu alterações substanciais em vários diplomas legais, com particular enfoque no CPC e em algumas disposições do CC sobre privilégios creditórios. A mudança no art. 735.^o do CC esclareceu que apenas os privilégios imobiliários especiais são oponíveis a terceiros com direitos reais.

Esta alteração foi entendida como uma intervenção interpretativa de acordo com o artigo 13.^o do CC⁴⁰, com o objetivo de eliminar a controvérsia sobre o regime legal aplicável aos privilégios imobiliários gerais quando estão em concorrência com outros direitos de terceiros. Agora estão sujeitos ao regime estipulado no art. 749.^o do CC e são graduados depois dos créditos de terceiros munidos das garantias previstas no art. 751.^o do mesmo diploma legal⁴¹.

³⁴ Vide Salvador da Costa, op. cit., p. 164.

³⁵ Soveral Martins, 1986, p. 28.

³⁶ Neste sentido Ac. do STJ de 18/11/99, pp. 491-233 e voto vencido no Ac. do STJ de 27/06/2002.

³⁷ Vide Menezes Cordeiro, 1999, p. 500 e 501; Almeida Costa, op. cit., p. 964 e Luís Gonçalves, op. cit., pp. 40 e 41, no que se refere ao privilégio imobiliário geral. Leal Amado, “A proteção do Salário”, Separata do vol. XXXIX do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995, p. 156; Salvador da Costa, op. cit. p. 129; Lucas Pires, 2015, p. 114, relativamente ao privilégio imobiliário geral reconhecido aos trabalhadores. Na jurisprudência: Ac. do STJ de 25/06/2002, de 27/06/2002, de 06/03/2003, de 27/05/2003, de 12/06/2003 e de 25/09/2007.

³⁸ Art. 12.^o, n.º 1, al. b) da LSA.

³⁹ Art. 377.^o, n.º 1, al. b) do CT.

⁴⁰ Salvador da Costa, op. cit., p. 152 e Romano Martinez, “Código Civil Comentado”, op. cit., p. 913.

⁴¹ Pestana de Vasconcelos, 2023, p. 457.

Fortaleceu a posição adotada pela comunidade jurídica, tendo, desde então, vários arestos jurisprudenciais⁴² vindo a recusar dar preferência aos privilégios imobiliários gerais relativamente aos credores com garantias reais, atenta a limitação da eficácia do regime de oponibilidade imediata, que agora é expressamente reconhecida como aplicável apenas aos privilégios imobiliários especiais⁴³.

3.2. A entrada em vigor da Lei n.º 99/2003 de 27 de agosto – Código do Trabalho

Com a introdução do CT, a questão sobre o regime aplicável às garantias de créditos laborais foi esclarecida. O art. 377.º, n.º 1 do CT estabeleceu que os créditos laborais, incluindo os créditos resultantes da violação ou cessação do contrato de trabalho, gozam de privilégio mobiliário geral, bem como de privilégio imobiliário especial sobre os bens imóveis do empregador nos quais o trabalhador preste a sua atividade.

Este privilégio não tem qualquer limitação na abrangência do número de trabalhadores, nem de período temporal ou, sequer, do valor total a abranger dos créditos laborais, evidenciando a intenção do legislador de abranger todas estas situações sem quaisquer restrições.

No que respeita à graduação, as disposições do CC aplicam-se tanto no processo executivo, como no processo de insolvência, dando primazia ao privilégio sobre os direitos reais de terceiros e, por conseguinte, sobre o credor hipotecário. Constituindo uma derrogação ao princípio “*par conditio creditorum*”, consagrado no art. 604.º CC, por constituir uma garantia especial das obrigações de natureza real que permite aos trabalhadores serem pagos com preferência, por força da lei, em relação aos outros credores.

Assim, o CT 2003 reforçou consideravelmente a proteção aos trabalhadores, ampliando o escopo do privilégio creditório, englobando não apenas os créditos salariais, mas também os provenientes de violação contratual ou do término deste, além de submetê-los ao regime do art. 751.º do CC, garantindo a primazia do privilégio em relação aos direitos reais de gozo e garantia de terceiros, mesmo que sejam anteriores.

4. Da (in)constitucionalidade da norma do Código do Trabalho que concede privilégio imobiliário especial aos trabalhadores

A questão primordial de determinar o critério a ser adotado no conflito entre privilégios imobiliários gerais [atualmente especiais] e outros direitos reais, à luz de dois

⁴² Ac. do TRL, de 25/02/2014 e Ac. do STJ de 01/03/2007.

⁴³ Cfr. n.º 3 do art. 735.º do CC.

princípios constitucionais fundamentais – o direito à remuneração pelo trabalho e o princípio da confiança, certeza e segurança jurídica para qualquer credor garantido⁴⁴ –, foi abordada pelo TC. No seu Ac. n.º 498/2003,⁴⁵ este decidiu que a norma constante da alínea b) do n.º 1 do art. 12.º do DL n.º 17/86 de 14 de julho era conforme à CRP “na interpretação segundo a qual o privilégio imobiliário geral nela conferido aos créditos emergentes de contrato de trabalho prefere à hipoteca”, nos termos do artigo 751.º do CC⁴⁶.

Esta interpretação teve por base, essencialmente, três premissas. Considerou-se que não é extensível aos créditos laborais o argumento da falta de conexão entre os créditos laborais e o bem onerado, uma vez que se trata de privilégios sobre bens imóveis da empresa onde os trabalhadores estão a prestar serviço. Isso atenua a natureza oculta e imprevisível do privilégio para o credor com garantia real registada, não afetando tão gravemente o princípio da confiança, especialmente prosseguido pelo registo predial.

Além disso, releva “os beneficiários do privilégio” não serem, “naturalmente, pessoas coletivas públicas” e de, *inclusive*, não terem “à sua disposição os meios alternativos que, quer a Fazenda Pública, quer a Segurança Social detêm, para cobrar os seus créditos”.

Por último, o decisivo fundamento teve a ver com a natureza do direito que, aqui, há de ser confrontado com o princípio da confiança – o direito à retribuição do trabalho –, que visa “garantir uma existência condigna”⁴⁷, expressamente considerado pelo TC como direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. A prevalência do direito à retribuição, com a consequente limitação da “confiança resultante do registo”, constitui um “meio adequado e necessário à salvaguarda” de tal direito, “eventualmente, o único e derradeiro meio, numa situação de falência da entidade empregadora, de assegurar a efetivação de um direito fundamental dos trabalhadores que visa a respetiva ‘sobrevivência condigna’”.

No entanto, o TC, no Acórdão n.º 284/2007, datado de 8 de maio⁴⁸, chegou a uma conclusão oposta, argumentando que a lei ordinária não tinha a obrigação constitucional de dar prioridade aos créditos laborais sobre os créditos garantidos por hipoteca registada anteriormente. Baseou-se na ideia de que os trabalhadores tinham alternativas para proteger os seus créditos, incluindo um privilégio mobiliário geral sobre outros bens móveis e a possibilidade de recorrer ao FGS. Além disso, existiam outras soluções para a

⁴⁴ Por ex. por hipoteca ou por direito de retenção.

⁴⁵ E ainda no Ac. do TC n.º 672/2004.

⁴⁶ E já antes o TC havia declarado a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, nos Ac. 362/2002 e 363/2002, no sentido de que o privilégio imobiliário geral [conferido no art. 11.º do DL 103/80 de 09 de maio], prefere à hipoteca, nos termos do art. 751.º do CC.

⁴⁷ Art. 59.º, n.º 1, al. a) da CRP.

⁴⁸ Solução idêntica acolhida no Ac. do TC 257/2008 de 30/04.

salvaguarda do crédito salarial dos trabalhadores, a limitação à cessão do crédito salarial⁴⁹, a impenhorabilidade de dois terços do salário do executado⁵⁰ e o regime da prescrição dos créditos laborais, que beneficia os trabalhadores face ao regime geral da prescrição dos créditos.

No final, concluiu-se que não é constitucionalmente proibido que a lei ordinária confira prevalência ao crédito garantido por uma hipoteca anteriormente registada sobre os créditos laborais, constituindo, essencialmente, a argumentação vertida no Ac. n.º 498/2003 aquela que tem sido invocada pelas recentes decisões jurisprudenciais para sustentar a não inconstitucionalidade da prevalência do privilégio imobiliário antigo – geral –, quer o novo – especial –, relativamente a hipotecas anteriormente registadas sobre os imóveis do empregador sobre que incide⁵¹.

5. Dos privilégios creditórios previstos no Código do Trabalho

5.1. O privilégio mobiliário geral previsto na al. a) do art. 333.º do Código do Trabalho

Conforme amplamente reconhecido, o privilégio mobiliário geral, não incidindo sobre coisa certa e determinada, mas sobre o património do devedor, não é um verdadeiro direito real, mas de crédito.

Em situações de insolvência, os trabalhadores que beneficiam do privilégio mobiliário geral veem os seus créditos satisfeitos imediatamente após as despesas judiciais, de acordo com o artigo 746.º do CC, e antes dos créditos previstos no artigo 747.º, n.º 1, alíneas a) a e) do CC, bem como dos créditos mencionados no artigo 737.º do CC, seguindo a ordem aí estabelecida.

No entanto, estes privilégios mobiliários gerais não prevalecem sobre o penhor⁵², a hipoteca, a penhora, o direito de retenção e a consignação de rendimentos, mesmo que

⁴⁹ Cfr. art. 271.º do CT.

⁵⁰ Cfr. arts. 823.º, n.º 1 e 824.º do CPC.

⁵¹ Paula Quintas e Hélder Quintas, 2021, p. 934, defendem que se este acórdão afirma expressamente que a prevalência dos privilégios imobiliários gerais sobre os créditos hipotecários não viola normas ou princípios constitucionais, por maioria de razão o mesmo sucederá com o privilégio imobiliário especial criado pelo Código do Trabalho.

⁵² Na hipótese de concurso entre créditos laborais e créditos garantidos por penhor, a jurisprudência (Ac. do TRC de 04/05/2010, Ac. do TRL de 01/06/2012 e Ac. do TRG de 13/02/2014), estabelece que os créditos laborais cedem perante o penhor, nos termos previstos no n.º 1 do art. 666.º do CC. O mesmo se aplicando aos créditos garantidos por penhor mercantil.

Contrariamente, Lucas Pires, 2008, pp. 75 e 76, argumenta que os créditos laborais têm prioridade sobre os preVidenciais, conforme o art. 10.º, n.º 1 do DL 103/80 de 9 de maio. E se os créditos preVidenciais prevalecem sobre os garantidos por penhor (art. 10.º, n.º 2), então os créditos dos trabalhadores também devem ter prioridade sobre os créditos garantidos por penhor. No entanto, reconhece que essa prioridade pode suscitar questões de constitucionalidade, todavia, observa que o TC no concurso de privilégios imobiliários gerais (créditos laborais) com outras garantias reais (hipotecas), adotou uma posição de mais

estes direitos se tenham constituído posteriormente. Prevalecerão apenas sobre os demais créditos com privilégio mobiliário geral⁵³, bem como sobre os créditos com privilégio mobiliário especial previstos no art. 747.º do CC. O que equivale a que sejam graduados imediatamente a seguir aos créditos por despesas de justiça⁵⁴, cedendo perante direitos reais de gozo que terceiros tenham adquirido e perante direitos reais de garantia constituídos anteriormente pelo devedor⁵⁵.

O CT manteve o privilégio mobiliário geral⁵⁶ no que diz respeito às garantias sobre os bens móveis, consolidando, de forma inequívoca, no que respeita à sua graduação, de acordo com a alínea a) do n.º 2 do art. 333.º, a sua prioridade em relação a outros créditos com privilégios sobre bens móveis. Contudo, a proteção não foi tão abrangente como a do privilégio mobiliário especial, uma vez que este detém uma posição de supremacia absoluta, mesmo em relação a direitos estabelecidos anteriormente, enquanto os privilégios mobiliários gerais continuariam a ceder perante estes créditos⁵⁷.

Esta solução consagrada pelo legislador, embora mais abrangente, ficou aquém do que seria expectável para a proteção dos créditos laborais.

Lucas Pires⁵⁸ questionou a razão que levou o CT a não elevar este privilégio mobiliário – tal como fez com o seu equivalente imobiliário – de geral para especial, argumentando que tal mudança teria conferido uma posição mais favorável aos créditos laborais em relação a outros créditos preferenciais, uma vez que o regime aplicável passaria a ser o estipulado no artigo 751.º do CC, que apenas determina a postergação dos privilégios mobiliários especiais por outros direitos anteriormente estabelecidos.

Acompanhando que o legislador deveria ter previsto para estes privilégios o mesmo regime que previu para os imobiliários especiais, não sufragamos a parte em que refere que os privilégios mobiliários deveriam “considerar abrangidos os instrumentos de trabalho afetos à atividade do trabalhador”⁵⁹. Acreditamos que a norma deveria abarcar os *bens móveis que integrem o património ativo da empresa onde o trabalhador presta o seu trabalho* e não só “os instrumentos de trabalho afetos à atividade do trabalhador”, atenta a restrição que parece impor, pois a empresa devedora poderá dispor de bens móveis⁶⁰ que, não constituindo instrumentos de trabalho afetos à atividade do trabalhador, não poderão ser abarcados no privilégio mobiliário.

favorável aos primeiros, pelo que não é surpreendente que o mesmo venha a ocorrer em matéria de privilégios mobiliários gerais.

⁵³ Art. 737.º do CC.

⁵⁴ Art. 746.º do CC.

⁵⁵ Art. 749.º do CC.

⁵⁶ Art. 377.º, n.º 1, al. a) do CT.

⁵⁷ Por ex., veículo goza de direito de retenção antes da reclamação dos créditos laborais, logo o benefício do privilégio mobiliário geral não prevalece sobre o direito anteriormente constituído.

⁵⁸ In “A amplitude e a (in) constitucionalidade”, op. cit., pp. 87 e 88.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Por ex., veículos automóveis, máquinas ou outros equipamentos móveis.

Por outro lado, também nos parece que esta configuração geraria muita confusão para efeitos de graduação dos créditos, no sentido em que teríamos de identificar em cada um dos bens móveis – que num processo de insolvência poderão ser muitos – qual o trabalhador que goza desse privilégio. Seria apenas o trabalhador que com eles executasse o trabalho?

Conforme constitucionalmente previsto⁶¹, todos os trabalhadores merecem a mesma proteção, para garantir o seu direito fundamental à remuneração e a uma existência digna.

Se todos eles contribuem com o seu trabalho para a prossecução da atividade da empresa, não poderá ser utilizado um critério restritivo para abranger apenas os instrumentos de trabalho afetos à atividade do trabalhador, por gerar desigualdades de tratamento no que respeita à garantia dos créditos.

Não existe nenhuma razão objetiva para que os créditos de dois trabalhadores da mesma empresa tenham um tratamento diferenciado apenas porque um prestou serviço com um determinado instrumento da propriedade da empresa e outro com um instrumento alugado ou emprestado, ou até sem utilizar qualquer instrumento (pense-se nos trabalhadores em teletrabalho que utilizam o seu próprio computador para a prestação do trabalho).

Os créditos do trabalhador que prestou o seu trabalho com um determinado instrumento não têm nenhuma característica distintiva relativamente aos créditos dos trabalhadores da mesma empresa que prestaram o seu trabalho com [ou sem] outro instrumento da propriedade da empresa, alcançando-se, assim, que os instrumentos utilizados por cada trabalhador não deverão ter relevância para a satisfação dos créditos laborais.

Entendemos, deste modo, que a configuração adiantada por Lucas Pires é restritiva, impõe muitas dificuldades na sua aplicabilidade prática e gera desigualdades de tratamento, pelo que, admitindo a atribuição do privilégio mobiliário especial, deveriam todos os trabalhadores concorrer de igual modo relativamente a todos os bens móveis de que a empresa devedora disponha.

Assim, ao conceder carácter especial aos privilégios mobiliários laborais, aplicar-se-ia o regime do art. 751.º do CC, e estes privilégios cederiam apenas perante os créditos por despesas de justiça, prevalecendo sobre todos os demais. Da forma como atualmente está consagrado, aplicando-se o regime do art. 749.º do CC, a tutela dos créditos laborais fica fortemente enfraquecida pela prevalência de eventuais direitos reais de garantia que incidam sobre os mesmos bens da empresa insolvente, comprometendo a satisfação daqueles.

⁶¹ Arts. 13.º e 59.º, n.º 1, al. a) da CRP.

5.2. O privilégio imobiliário especial previsto na al. b), n.º 1 do art. 333.º CT

A alteração ao CC promovida pelo DL n.º 38/2003 trouxe clareza quanto à submissão dos privilégios imobiliários gerais ao regime do art. 749.º CC, resultando na prevalência das garantias reais sobre esses privilégios. Esta graduação não era propriamente favorável aos créditos laborais, porque, em regra, os credores hipotecários são instituições financeiras com créditos substancialmente elevados. Numa situação prática, uma empresa devedora com dificuldades de solvabilidade precluída, preferencialmente, o pagamento a instituições de crédito e a trabalhadores em benefício do pagamento de dívidas ao Fisco ou à Segurança Social, que podem originar cominações penais, contribuindo assim para o aumento das dívidas para com os credores privados, em particular, os financiadores ou trabalhadores⁶².

Para proteger os créditos laborais, o legislador de 2003 estabeleceu um privilégio imobiliário especial “sobre os bens imóveis do empregador nos quais o trabalhador preste a sua actividade”, que prevalece sobre os demais créditos privilegiados (com exceção das despesas de justiça), e sobre outros créditos com garantia real, ainda que tenham sido constituídos anteriormente à declaração de insolvência⁶³.

No entanto, o CT de 2009 trouxe uma mudança na redação desta disposição, alterando o plural para o singular. Enquanto o CT de 2003⁶⁴ abrangia “os bens imóveis nos quais o trabalhador preste a sua actividade”, o CT de 2009⁶⁵ passou a estabelecer que esta garantia abrange “o bem imóvel do empregador no qual o trabalhador preste a sua actividade”.

Lucas Pires⁶⁶ e Joana Costeira⁶⁷ argumentaram que esta alteração seria um provável reconhecimento, pelo legislador, de que apenas estão abrangidos pelo privilégio os concretos bens imóveis do empregador devedor nos quais o trabalhador credor exercesse a sua atividade, com exclusão de quaisquer outros que sejam da propriedade da entidade patronal.

No entanto, uma análise mais detalhada à alteração promovida pelo CT revela que não foi apenas esta disposição que passou do plural para o singular, foi uma característica

⁶² Só assim não seria se as dívidas laborais também fossem cominadas com sanções penais, atenta a sua função social com tutela constitucional, como previsto para os créditos ao Fisco e à Segurança Social, que não gozam de superioridade em relação aos créditos laborais.

⁶³ Lucas Pires, a propósito da solução encontrada pelo legislador refere que “em termos sintéticos, podemos dizer que a menor abrangência do privilégio tem como contraponto uma proteção mais intensa”, in “A amplitude e a (in)constitucionalidade”, op. cit., p. 81.

⁶⁴ Al. b) do n.º 1 do art. 377.º.

⁶⁵ Al. b) do n.º 1 do art. 333.º.

⁶⁶ Vide Lucas Pires, 2011, p. 389.

⁶⁷ Costeira, 2014, p. 177.

comum em várias disposições do Código, pelo que parece que não reflete necessariamente uma restrição, não havendo qualquer intenção do legislador em privar os trabalhadores de quaisquer garantias, nem de realizar nenhuma formulação restritiva.

Isso é evidente quando examinamos a própria norma, que dispõe “bem imóvel do empregador no qual o trabalhador presta a sua atividade”. Só podemos concluir que o privilégio imobiliário especial pode recair sobre qualquer bem imóvel do empregador, apenas dependente, na determinação da quantidade, do que se vier a apurar aquando da apreensão dos bens da empresa no decurso do processo de insolvência.

Se o legislador tivesse pretendido restringir a concessão do privilégio imobiliário aos imóveis onde o empregador tivesse a sua sede ou estabelecimento, excluindo os demais imóveis utilizados pela empresa para o exercício de sua atividade, certamente teria redigido a norma de forma diferente, indicando claramente essa exclusão e especificando que o privilégio se aplicaria apenas aos imóveis onde os serviços da empresa estivessem localizados. No entanto, isso não ocorreu.

Concordamos, nesta matéria, com a interpretação declarativa ao elemento literal da norma efetuada por Pires da Rosa, plasmado no seu voto de vencido no AUJ do STJ n.º 8/2016⁶⁸, defendendo que o CT2009 veio reforçar o privilégio do trabalhador, beneficiando “todos os trabalhadores que estejam a prestar o seu serviço ao empregador e sobre qualquer imóvel deste empregador, não apenas sobre o concreto imóvel (ou imóveis) onde desenvolva a sua atividade”.

Contudo, a interpretação desta norma nunca foi pacífica, suscitando outras celeumas que, até hoje, se discutem na doutrina e na jurisprudência, questões que, a par de todas as outras que aqui já se colocaram, nos propomos, ainda, tratar.

5.2.1. Quais os “imóveis do empregador nos quais o trabalhador preste a sua atividade”?

Uma das primeiras questões que, desde logo, se levantou foi a do alcance do privilégio. Quais os concretos bens imóveis abrangidos pela norma? Todos os imóveis afetos à atividade do empregador ou apenas aqueles imóveis em que o trabalhador tenha exercido efetivamente a sua atividade?

Inicialmente, a jurisprudência adotou uma interpretação restritiva⁶⁹, considerando que o privilégio abrange apenas os imóveis específicos do empregador nos quais o trabalhador exerceu sua atividade, excluindo outros que pudessem ser de propriedade

⁶⁸ Proc. n.º 1444/08, Pinto de Almeida; publicado no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 74.

⁶⁹ Entendimento sufragado, nomeadamente, no Ac. do STJ de 31/01/2007 e de 19/06/2008, Ac. do TRL de 12/10/2006 e ainda Ac. do TRP de 22/10/2013.

do empregador. No entanto, outra posição mais inclusiva⁷⁰ defendia que o privilégio se estende, para cada trabalhador, a todos os imóveis de propriedade do empregador e que sejam igualmente afetos à sua organização empresarial.

Na doutrina houve divergências semelhantes, com algumas interpretações mais restritas e outras mais amplas da norma. Salvador da Costa, que num primeiro momento defendia esta última interpretação⁷¹, reponderou a sua posição, vindo a adotar, atualmente, uma posição mais restrita⁷², interpretando a expressão da lei a partir da sua letra, tendo em conta a natureza e o efeito deste privilégio imobiliário especial, assim como a exigência de uma publicidade mínima para a segurança do comércio jurídico, defendendo que a referida garantia especial só releva em relação ao concreto imóvel onde o trabalhador exerça ou haja exercido a sua atividade profissional.

Lucas Pires⁷³ e Joana Costeira⁷⁴ apoiam essa interpretação restrita, argumentando que o privilégio imobiliário especial abrange apenas, relativamente a cada trabalhador, o produto da venda dos concretos imóveis onde desenvolvem a sua atividade, com exclusão dos demais eventualmente existentes no património da empresa devedora, sob pena de, admitindo a hipótese inversa, estar em causa o próprio carácter especial do privilégio e, por arrastamento, a sua sujeição ao regime particularmente favorável do art. 751.º do CC.⁷⁵

Nesta esteira, acrescentou ainda Joana de Vasconcelos⁷⁶ que uma solução contrária traduziria “um ressurgir, ainda que sob outra veste, do privilégio imobiliário geral que o CT veio abolir. O que, para além de desvirtuar a opção tomada no sentido de conferir uma maior efetividade à tutela dos créditos laborais dos trabalhadores, pese embora a redução do elenco de bens a esta afetos, envolve o regresso, a propósito da nova figura, de toda a incerteza que rodeava a que antecedeu, *maxime* quanto a sua eventual inconstitucionalidade, porventura agravada pela referida prevalência, nos termos do art. 751.º do CódCiv, deste privilégio especial de ‘largo espectro’, fruto do alargamento dos créditos laborais por ele garantidos”.

Júlio Gomes⁷⁷, por seu turno, parece tender para uma posição mais ampla, alertando que a interpretação restritiva “potencia desigualdades de tratamento entre os trabalhadores subordinados do mesmo empregador”, porquanto há trabalhadores, tais como os “trabalhadores temporários e os teletrabalhadores no domicílio, [que] não

⁷⁰ Neste sentido, Vide Ac. do TRC de 16/10/2007 e Ac. do TRG de 10/05/2007 e de 25/12/2006.

⁷¹ In *O Concurso de credores*, 3.ª ed., p. 318.

⁷² In op. cit., 5.ª ed., p. 251.

⁷³ In “Dos privilégios creditórios”, op. cit., p. 246.

⁷⁴ In op. cit., p. 177.

⁷⁵ Parece ser também entendimento de Romano Martinez, ao defender que o privilégio imobiliário especial incide sobre imóvel que terá que corresponder ao local onde o trabalhador presta a sua atividade, in *Código Civil comentado*, op. cit., p. 913.

⁷⁶ Joana de Vasconcelos, 2000, p. 441 e *Código do Trabalho anotado*, op. cit., p. 787.

⁷⁷ Júlio Gomes, 2007, p. 899.

realizam a sua actividade nas instalações do empregador, o que logo à partida parece significar que não gozarão deste privilégio imobiliário especial”. O mesmo sucedendo com aqueles “trabalhadores que prestam a sua actividade numa filial da empresa cujo imóvel é arrendado”, ao invés dos restantes colegas que prestam a sua atividade na sede da empresa, cujo imóvel pertence ao empregador. Perante estas situações, poderia existir um tratamento distinto e que comportaria diferenças significativas para os trabalhadores, pondo em causa a igualdade de tratamento salarial prevista no art. 59.º da CRP.

Maria do Rosário Ramalho⁷⁸ acompanha a interpretação mais lata, alicerçada na teleologia da norma (mais do que fixar um único imóvel, o que se pretende é excluir do privilégio os imóveis de uso pessoal do empregador) e num imperativo de igualdade entre trabalhadores. Interpretação igualmente sufragada por Pestana de Vasconcelos⁷⁹, que acrescenta que a intenção das alterações legislativas “nunca foi a de debilitar a posição dos trabalhadores, mas, pelo contrário, utilizar os instrumentos mais adequados para os tutelar”.

De facto, uma interpretação da lei de acordo com o art. 13.º da CRP, que consagra o princípio da igualdade, exige o alargamento do âmbito subjetivo do privilégio a todos os trabalhadores da empresa insolvente, não sendo compatível um tratamento desigual entre os trabalhadores da mesma empresa com base na sua função ou local de trabalho. Esta parece ser a interpretação mais cordata, aquela que assegura uma proteção especial a esses créditos, dada a sua importância económica e social.

Todos os trabalhadores estão ligados ao mesmo empregador por contratos idênticos e contribuem com o seu trabalho para a atividade global da empresa, independentemente do local onde trabalham. Portanto, todos estão ligados aos bens da empresa pelo trabalho que desenvolvem para prossecução da sua atividade.

O local de trabalho de cada trabalhador não deve ser usado como critério para atribuir garantias aos seus créditos, pois é considerado um elemento accidental na relação laboral, sem influência nos seus direitos, pelo que não há justificação para tratar os trabalhadores de forma desigual em relação à garantia dos seus créditos.

Este vem sendo o entendimento da jurisprudência, especialmente a mais recente, que apoia essa interpretação ampla, tanto nos Tribunais da Relação⁸⁰ como no Supremo Tribunal de Justiça⁸¹, defendendo que os trabalhadores têm direito ao privilégio sobre todos os bens da empresa usados na sua atividade empresarial, e não apenas sobre um

⁷⁸ Ramalho, 2015, p. 399.

⁷⁹ In op. cit., p. 449.

⁸⁰ Vide Ac. do TRP de 22/10/2012, TRC de 23/09/2014, de 24/02/2015 e de 08/07/2015, e do TRG de 15/01/2015 e de 05/11/2015.

⁸¹ Vide, por ex., Ac. do STJ de 30/05/2017.

imóvel específico onde trabalharam. O critério fundamental é que “a atividade laboral dos trabalhadores, qualquer que ela seja e independentemente do lugar específico onde é prestada, se desenvolva de forma conjugada e integrada na unidade empresarial, a ela umbilicalmente ligada”⁸².

6. O caso específico dos imóveis construídos pela empresa de construção civil insolvente e destinados à comercialização

No âmbito do processo de insolvência de empresas de construção civil, e no que se refere à proteção dos créditos laborais, não tem sido unânime a interpretação ampla conferida à al. b) do n.º 1 do art. 333.º do CT. Dúvidas se levantaram sobre a atribuição aos trabalhadores do privilégio imobiliário especial relativamente aos imóveis construídos por aqueles e que são propriedade da empresa insolvente e estão destinados à comercialização.

Numa consolidação de jurisprudência maioritária [atento o número muito expressivo de decisões proferidas nestes últimos anos], e adotando a conceção funcionalística, afirma-se que o privilégio imobiliário especial de que beneficiam os créditos laborais do trabalhador “incide sobre os imóveis que integram de forma estável a organização empresarial da insolvente a que pertencem os trabalhadores, independentemente das funções concretamente exercidas por estes”⁸³ ou “da localização do seu posto de trabalho”⁸⁴, não sendo pois “de exigir especial conexão entre o trabalhador e o imóvel”⁸⁵.

Esta noção ampla do privilégio imobiliário especial dos trabalhadores foi também acolhida pelo Ac. STJ n.º 8/2016; contudo, surpreendentemente, no que respeita à delimitação do objeto da garantia, quando o empregador seja uma empresa de construção civil, foi uniformizada jurisprudência no sentido de que “os imóveis construídos por empresa de construção civil, destinados a comercialização, estão excluídos da garantia do privilégio imobiliário especial previsto no art 377.º, n.º 1, al b), do Código do Trabalho de 2003”⁸⁶.

De acordo com este AUJ, os créditos dos trabalhadores beneficiam de privilégio imobiliário especial relativamente ao imóvel da empresa insolvente em que desempenham a sua atividade, sendo graduados antes dos créditos hipotecários, conforme estipulado pelo art. 751.º do CC. No entanto, o mesmo AUJ já não reconhece

⁸² Vide Ac. do STJ de 13/09/2011.

⁸³ Ac. do TRC de 24/12/2015 e de 16/05/2017.

⁸⁴ Ac. do STJ de 30/05/2017.

⁸⁵ Ac. do TRC de 23/09/2014.

⁸⁶ Aplicável ao atual art. 333.º CT.

esse privilégio aos créditos dos trabalhadores sobre os imóveis hipotecados em que exerçam a sua atividade, mas que tenham sido construídos para venda; nestes casos, os créditos dos trabalhadores graduam-se após os créditos do credor hipotecário.

Na esteira deste AUJ, será importante, no processo de insolvência de uma empresa de construção civil, distinguir entre os imóveis hipotecados construídos com intenção e sem intenção de venda. Mas será que, declarada a insolvência da empresa, fará sentido essa preocupação?

O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação de todos os credores de um devedor através da liquidação (venda) do património do devedor insolvente e a repartição do respetivo produto pelos credores, ou, em alternativa, através da aprovação de um plano de insolvência baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente.

A liquidação – prevista nos arts. 156.º e ss. do CIRE – consiste, essencialmente, na venda de bens e cobrança de créditos que compõem a massa insolvente, com a finalidade de converter o património que integra a massa insolvente numa quantia pecuniária a distribuir pelos credores. Ou seja, é uma espécie de concretização da execução universal, característica basilar do processo de insolvência.

Declarada a insolvência da empresa, em nosso entender, já não faz sentido determinar se os imóveis construídos são para venda, ou não, porquanto todos eles, sem distinção, integram a massa insolvente como património da empresa insolvente. Independentemente de serem construídos para venda ou não, parece-nos que, para efeitos de graduação, os créditos salariais beneficiariam, em qualquer dos casos, de privilégio imobiliário especial, nos termos contemplados no art. 333.º, n.º 1, al. b) do CT.

Na análise desta questão surge, intrinsecamente, o conceito de local de trabalho, tendo o AUJ, em análise, concluído que os imóveis edificados não são locais onde os trabalhadores da construção civil prestem atividade para efeito do art. 333.º do CT, pois destinam-se a comercialização.

Para efeitos de definição do local de trabalho, nos termos da al. b) do n.º 1 do art. 26.º da Convenção Coletiva para a Construção Civil e Indústria⁸⁷, as obras são consideradas o local de trabalho dos trabalhadores das empresas de construção civil.

Isto significa que o conceito de local de trabalho em Direito do Trabalho pode ser flexível e adaptar-se às necessidades das atividades itinerantes ou ambulatórias, como a construção civil⁸⁸.

Pelo que não nos parece assertivo o argumento utilizado no AUJ de que os imóveis já edificados não são considerados locais de trabalho para os trabalhadores da

⁸⁷ Publicado no Boletim do Trabalho e Emprego n.º 37, de 08/10/2021.

⁸⁸ Vide Catarina Carvalho, 2004, p. 45; Leal Amado, 2009, p. 120; Madeira de Brito, 2020, pp. 480 e 483; e Monteiro Fernandes, 2023, pp. 128 e 422.

construção civil uma vez que são destinados à comercialização. O legislador, em momento algum, muito menos para efeitos de definição do local de trabalho, quando se refere aos imóveis da propriedade da empresa onde os trabalhadores prestam sua atividade, faz qualquer distinção entre os que estão permanentemente afetos à empresa e os destinados à venda.

Se são imóveis da empresa em que os trabalhadores prestaram a sua atividade, existe uma ligação funcional, pelo que, em caso de a empresa ser declarada insolvente e os imóveis constituírem produto da massa insolvente, não se vê qualquer razão para fazer a distinção entre os que haviam sido destinados para comercialização em momento anterior à declaração da insolvência. No momento da liquidação, todos os imóveis são destinados à venda/comercialização, atenta a natureza do processo de execução universal do património para satisfação dos credores.

Antes do mencionado AUJ, discutia-se na jurisprudência sobre se tal privilégio se aplicava apenas aos imóveis onde a atividade laboral era regular e não esporádica, ou se os imóveis objeto da atividade de construção civil da empresa insolvente também estariam abrangidos por este privilégio. O entendimento adotado pelo Ac. STJ de 13/09/2011 era o de que os imóveis destinados à construção ou construídos para revenda eram bens tangíveis constitutivos do ativo da empresa e, por isso, parte integrante do património afeto à atividade empresarial que a insolvente desenvolvia.

Contudo, não foi este o entendimento que veio a prevalecer, defendendo o AUJ n.º 8/2016 que os imóveis edificados pela empresa de construção para serem vendidos integram o património, mas apenas *transitoriamente*, não fazendo parte da organização produtiva estável da empresa, representando apenas um ativo temporário (circulante), ao contrário dos outros imóveis que não são destinados à venda, que, aí sim, integram o ativo corpóreo fixo da empresa.

O ativo circulante de uma empresa, que assim é designado por dever ser razoavelmente convertido em dinheiro, vendido ou consumido durante o ciclo operacional normal (geralmente de doze meses), não deixa de constituir um ativo tangível e parte integrante do património da empresa, cuja função é manter a atividade produtiva da empresa de construção e a integridade do seu património.

Os imóveis destinados à comercialização integram o património da empresa de construção como ativo e, ao contrário do que se defende no AUJ n.º 8/2016, não apenas transitoriamente, conceito que não existe nas normas e instrumentos contabilísticos e financeiros. No momento em que a empresa de construção é declarada insolvente, se constituírem ativo os imóveis inicialmente destinados à comercialização, devem ser

incluídos na massa insolvente, tornando-se assim objeto de garantia real, conforme estipulado na alínea b) do n.º 1 do art. 333.º do Código do Trabalho⁸⁹.

Parece-nos que a construção argumentativa do AUJ n.º 8/2016 não teve em linha de conta o contexto insolvencial da empresa de construção, sendo relevante a situação jurídica dos bens à data da declaração de insolvência, designadamente, no sentido de que são propriedade da empresa insolvente e fazem parte da massa insolvente, independentemente do seu destino inicial. Tal qual como fora afirmado pelo Ac. STJ de 13/09/2011, ao entender que a tese ampla era aquela que estava mais de acordo com os efeitos da declaração de insolvência, “num quadro normativo em que a partir da declaração de insolvência o objetivo dos bens apreendidos é a satisfação dos interesses dos credores que o direito concursal visa acautelar (...) e que tem por regra privar imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente, e suspender os contratos bilaterais não cumpridos para que o administrador da insolvência opte pela execução ou o recusa do contrato não tem sentido, nem essa é a *ratio legis*, procurar a preclusão de garantias reais concedidas a alguns credores, como os privilégios creditórios imobiliários especiais, em função do destino que aparentemente tinham os imóveis dentro da universalidade empresarial”.

Joana Costeira, na análise da questão de saber se os imóveis construídos destinados à venda deveriam ou não ser abrangidos no âmbito do privilégio especial, vem defender a posição do aresto n.º 8/2016, manifestando que é “a que melhor salvaguarda os interesses de todos os credores do processo de insolvência sem, no entanto, prejudicar a tutela dos créditos laborais”. Concluindo que “admitir que a lei laboral permite a aplicação do privilégio imobiliário especial aos imóveis que resultam do exercício da atividade de construção civil parece-nos uma posição demasiado ampla e injusta, porquanto estamos a admitir não só a existência de um privilégio imobiliário geral, mas também a contribuir para a neutralização da hipoteca”⁹⁰.

Esta interpretação, tal como a do aresto, embora reconheça a natureza de direito, liberdade e garantia do direito dos trabalhadores à proteção especial da retribuição por meio de privilégios especiais, não considera a realidade das empresas de construção civil, representando uma diminuição da tutela efetiva dos créditos dos trabalhadores no âmbito do processo de insolvência destas empresas, desfavorecendo os trabalhadores em

⁸⁹ A alegação e prova dos requisitos enunciados no dispositivo legal cabe aos trabalhadores (Ac. TRL de 24/02/2015 e 14/07/2016), contudo, a jurisprudência dos nossos tribunais superiores (ex: Ac. do STJ de 07/02/2013), tem orientado que existindo no processo factos que não tenham sido na sua totalidade alegados pelos credores podem e devem ser valorados pelo juiz.

⁹⁰ Joana Costeira, 2019, pp. 158 a 160.

favorecimento de terceiros com outras garantias reais, nomeadamente o credor hipotecário e o consumidor promitente comprador com *traditio*.

Contudo, apesar de ser pouco provável que ocorram conflitos entre os créditos dos trabalhadores e os créditos do consumidor promitente-comprador com *traditio*^{91 92}, [embora esse potencial conflito tenha sido relevante na tese que prevaleceu no AUJ], parece-nos que a solução aqui mais defensável será a apresentada por Clara Sottomayor⁹³, que aqui se cita: “se estivermos a falar de um imóvel com várias fracções, o crédito laboral poderá incidir sobre as fracções que não têm incidência desses direitos de terceiros, bastando o administrador de insolvência ‘harmonizar interesses’”, resolvendo-se, desta forma, eventuais conflitos que pudessem surgir entre estes credores.

Apesar de a solução em vigência ser a do AUJ n.º 8/2016, atendendo ao carácter uniformizador de jurisprudência daquele Acórdão, por tudo o atrás exposto, parece-nos ser mais adequada a posição e os fundamentos preconizados no voto de vencida de Clara Sottomayor⁹⁴. Efetivamente, a resposta mais correta à questão em análise seria a de integrar os imóveis decorrentes da atividade de construção civil do devedor insolvente no âmbito objetivo daquele privilégio imobiliário.

Na prática, o que acontece muitas vezes é que as empresas de construção civil não possuem outros bens imóveis além dos que construíram ou que estavam destinados à construção. Além disso, dentro dos bens móveis que possuem, geralmente o que existe são ferramentas ou equipamentos deteriorados e de baixo valor, ou que foram adquiridos por meio de contratos de locação financeira e, portanto, não são apreendidos no âmbito do processo de insolvência. Isto significa que, perante a insolvência da empresa de construção civil, existe um risco evidente de os trabalhadores não receberem o ressarcimento integral dos seus créditos, e muitas vezes isso só é possível parcialmente por meio da intervenção do FGS.

Foi com o intuito de tutelar os interesses dos trabalhadores que o legislador estabeleceu a prevalência dos privilégios creditórios laborais, antevendo que poderia gerar conflitos com interesses de terceiros, como por exemplo com as instituições bancárias. Essas preocupações foram ponderadas pelo legislador e, atendendo à tutela

⁹¹ Sobre esta matéria cfr. AUJ n.º 4/2014 de 19/05/2014.

⁹² Sendo declarada a insolvência da empresa de construção civil, os contratos em curso e o cumprimento dos contratos de promessa ficam dependentes de decisão do administrador de insolvência, que recusando o cumprimento, o promitente comprador goza de direito de retenção apenas nos casos em que houve *traditio* e em que assume a qualidade de consumidor, cfr. AUJ n.º 4/2014, o que se revela diminuta a existência do conflito.

⁹³ Declaração de voto de vencida no AUJ n.º 8/2016, a que aderiram outros Conselheiros.

⁹⁴ Neste sentido, Pestana de Vasconcelos, op. cit., p. 450, referindo que apesar do AUJ n.º 8/2016 de 23/02 ser extenso e bem fundado, não crê que tenha adotado a melhor solução.

constitucional do art. 59.º, n.º 3 da CRP, conferiu-se proteção especial à retribuição dos trabalhadores.

Contudo, não podemos deixar de frisar que apenas no caso específico dos trabalhadores da construção civil⁹⁵, o que veio a prevalecer no acórdão uniformizador, em contradição com os valores afirmados, foram os interesses de outros credores, beneficiando estes, em primazia, do produto da venda destes imóveis para pagar os seus créditos. Esta interpretação apenas se destina ao caso específico das empresas de construção civil e já não às demais, em que o acórdão uniformizador concede a interpretação ampla da norma. O que nos parece ser uma restrição à tutela dos créditos laborais, à justiça social e à dignidade humana, merecedora de uma resposta diferente no Estado de Direito em que nos encontramos.

7. A oponibilidade dos privilégios imobiliários laborais a terceiros titulares de direitos reais

A questão que se coloca diz respeito à possível colisão do privilégio imobiliário especial, tal como é aqui defendido, com a proteção de terceiros, especialmente os que beneficiem de uma garantia real anteriormente constituída, o que poderia violar o princípio da confiança inerente ao Estado de Direito Democrático.

Esta questão concentra-se em matéria da graduação dos créditos, no âmbito do processo de insolvência, de acordo com a “regra procedimental”, contemplada no n.º 2 do art. 140.º do CIRE, “segundo a qual a graduação é *especial* para *cada bem* atingido por direito real de garantia ou privilégio creditório e, a mais disso, ainda *geral* para os *bens da massa insolvente*”⁹⁶.

Extraí-se deste normativo que, mais importante do que fazer a graduação dos créditos reconhecidos sobre os bens móveis ou imóveis, é fazer a graduação em função da natureza dos créditos reclamados e reconhecidos, sendo evidente que, através do tipo de créditos reclamado, se obtém não só o lugar ou prioridade por que deve ser pago, mas também, obviamente, sobre que bens.

A regra do art. 140.º, n.º 2 do CIRE é reafirmada e complementada com a do art. 174.º, n.º 1, que impõe o respeito pela prioridade dos créditos garantidos e renova que a graduação deve ser feita de acordo com a ordem dos créditos prevaletentes e com respeito pela sua prioridade.

⁹⁵ O que não se compreende por ser, já de si, um sector intrinsecamente frágil, sendo composto maioritariamente por pequenas e médias empresas que não oferecem, na sua maioria, qualquer tipo de garantia. Não têm, por regra, património imobiliário (não têm sede ou se a têm são em locais arrendados ou financiados) e o mobiliário, na sua maioria, é obsoleto. Os contratos de trabalho, quando existem, são precários. Aumentando [e não diminuindo], a necessidade de tutela destes créditos.

⁹⁶ Luís Lameiras, 2013, p. 31.

O CT 2003 veio prever um privilégio imobiliário especial aos créditos laborais emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, graduado “antes do crédito referido no artigo 748.º do Código Civil e do crédito relativo a contribuição para a segurança social” [art. 333.º, n.º 2, al. b) do CT].

Os créditos dos trabalhadores passaram assim a gozar, ao invés do que antes sucedia, de privilégio imobiliário especial, tendo ficado, dessa forma, claramente abrangidos pela letra do art. 751.º do CC⁹⁷⁹⁸, prevalecendo sobre os direitos reais de gozo e de garantia de terceiros e cedendo, unicamente, perante os privilégios por despesas de justiça (art. 746.º do CC).

Na obediência às enunciadas regras de graduação dos créditos, esta ordem de prioridade dos créditos, respeitantes a trabalhadores, determinada pelo art. 333.º do CT tem gerado controvérsia, por fazer parte de “um amplo quadro de preferências, capaz de abalar a confiança dos investidores na garantia hipotecária, de longe a mais significativa no mundo do tráfico creditício”^{99 100}.

Sem dúvida, a prevalência do privilégio imobiliário especial sobre uma hipoteca previamente registada pode frustrar as expectativas dos negócios que envolvem garantias reais, como é o caso da hipoteca. Neste cenário, o credor hipotecário pode ser superado no pagamento por credores com garantia posterior sobre o bem onerado, quando confiava que o seu crédito estava garantido.

Antunes Varela¹⁰¹ refer,e a este propósito, de uma maneira geral, que os privilégios creditórios constituem um “grande perigo para segurança do comércio jurídico”, porque valem em face de terceiros, independentemente de registo, podendo atingir seriamente os terceiros que contratam com o devedor, na ignorância da sua existência e dos seus reflexos sobre a garantia patrimonial por ele oferecida. Pinto Duarte adianta que os privilégios creditórios, em geral, são uma “limitação-surpresa” aos direitos dos credores comuns¹⁰². Já para Lucas Pires, atento o carácter oculto dos privilégios creditórios, porque não sujeitos a registo, devem ser reduzidos ao mínimo indispensável¹⁰³, na salvaguarda de interesses relevantes, porque a sua existência torna precária e insegura a situação do credor hipotecário, sujeito a ver reduzida a sua garantia ao limite zero. Isabel Menéres Campos, por seu turno, avança mesmo com uma proposta de substituição dos

⁹⁷ Na redação do Dec.-Lei n.º 38/2003, de 08/03.

⁹⁸ Pinto Duarte defende ser polémica do ponto de vista da política legislativa, a preferência atribuída aos privilégios imobiliários especiais pois sempre perturbará o exercício de outras garantias. In op. cit., p. 973.

⁹⁹ Luís Gonçalves, op. cit., p. 35.

¹⁰⁰ Pese embora o TC, no seu Ac. 498/2003, já se tenha pronunciado nesta matéria, como atrás abordámos, no sentido em que a restrição do princípio da confiança operada pela norma laboral não encontra obstáculo constitucional.

¹⁰¹ Antunes Varela, in op. cit., p. 572.

¹⁰² In op. cit., p. 952.

¹⁰³ Lucas Pires, 2015, pp. 87 e 167, defende mesmo a abolição total dos privilégios creditórios convertendo-os em hipotecas legais sujeitos a registo. Em igual entendimento, Alberto González, 2015, p. 541 e Pestana de Vasconcelos, 2023, p. 433.

privilégios por uma hipoteca legal, por forma a combater a instabilidade que se faz viver no tráfego creditício. Contudo, levanta algumas reticências sobre a sorte dos créditos dos trabalhadores por salários em atraso, no caso de as suas garantias ficarem igualmente sujeitas à regra do registo¹⁰⁴.

O registo predial tem uma finalidade prioritária que radica essencialmente na ideia de segurança e proteção dos particulares, evitando ónus ocultos que possam dificultar a constituição e circulação de direitos com eficácia real sobre imóveis, bem como das respetivas relações jurídicas – que, em certa perspetiva, possam afetar a segurança do comércio jurídico imobiliário [Cfr. Ac. do TC n.º 362/2002].

Contudo, no confronto dos privilégios creditórios laborais com os créditos garantidos por hipoteca, será que a ausência de publicidade é suficiente para ameaçar a proteção dos credores hipotecários? Será, verdadeiramente, oculto este privilégio?

Cremos que, essencialmente, no que se refere aos credores hipotecários, a resposta terá de ser negativa, pois, quando se propõem conceder crédito, fazem uma avaliação e escrutínio minucioso à situação da empresa. Examinam toda a escrita da empresa¹⁰⁵, que inclui não apenas ativo e passivo, mas também a existência de contratos de trabalho.

É nesta análise que se atenderá à dimensão da empresa – pequena, média ou grande –, tendo em conta não só o volume de negócios ou o balanço total anual, como também o número de trabalhadores que a mesma emprega¹⁰⁶ ¹⁰⁷. É o seu cômputo que permitirá à entidade financeira decidir pela concessão ou não de crédito e aferir se as garantias oferecidas são ou não suficientes.

Portanto, parece-nos que, para este tipo de credores, não é legítimo invocar a falta de publicidade do privilégio creditório, pois têm conhecimento privilegiado das informações da empresa antes da concessão do crédito.

É verdade que esses vínculos laborais se podem alterar no decurso do tempo, mas também é igualmente verdade que as entidades financeiras, quando contratualizam os mútuos, já garantem o acompanhamento posterior da vida societária, ou seja, o acesso aos elementos contabilísticos da empresa¹⁰⁸, enquanto perdurar os respetivos créditos.

Em contraponto, um argumento de enorme evidência, em alguma jurisprudência¹⁰⁹ e doutrina¹¹⁰, é a possibilidade de os trabalhadores verem satisfeitos os

¹⁰⁴ Menéres Campos, 2001, pp. 63 e 64.

¹⁰⁵ Informação Empresarial Simplificada (IES), balanço, demonstração de resultados, anexos ao balanço e demonstração de resultados, balancete analítico, certificação legal de contas, parecer do órgão de fiscalização, relatório de gestão (informação contabilística necessária consoante a dimensão da empresa).

¹⁰⁶ Os critérios correspondem aos previstos na Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de maio.

¹⁰⁷ No quadro 0611 do Anexo B da IES deve ser identificado o número de pessoas ao serviço da empresa.

¹⁰⁸ Na prática as entidades financeiras têm acesso à IES, que é publicada anualmente através do portal das finanças e disponibilizado a várias entidades, como o Banco de Portugal, conforme decorre do DL 8/2007 de 17/01. Além disso, solicitam outros elementos de contabilidade para complementar a informação.

¹⁰⁹ Nomeadamente no Ac. do TC de 284/2007.

¹¹⁰ Joana Vasconcelos, 2004, p. 322 e Joana Costeira, 2019, p. 179.

seus créditos através do recurso ao FGS e ao FD, assim como o facto de existirem outras normas legais que protegem o crédito salarial dos trabalhadores, sendo que, em situação inversa, o credor hipotecário poderá ficar irremediavelmente impossibilitado de satisfazer o seu crédito.

Contudo, parece-nos comparar o incomparável, em primeiro lugar, porque um credor hipotecário nunca exige garantias exíguas ou limitadas ao valor de avaliação do bem dado em garantia; se a garantia for insuficiente, promoverá sempre pela entrega de outras garantias¹¹¹ para asseverar a satisfação do seu crédito¹¹². Já ao trabalhador, por seu turno, quando celebra o seu contrato de trabalho, nenhuma garantia lhe é concedida de que será integralmente ressarcido pelo produto do seu trabalho, nem mesmo com todas as normas legais protecionistas¹¹³.

Por outro lado, face à informação atualizada e privilegiada de que as entidades financeiras dispõem, são as primeiras que, em situações de dificuldades económicas da empresa, poderão socorrer-se, atempadamente, de mecanismos judiciais para garantir os seus créditos. Ao invés, os trabalhadores, desconhecedores da gestão da empresa, continuam a desempenhar as suas funções até que os membros dos órgãos sociais decidam encerrá-la. Na maior parte das vezes, em momento que já não lhes é permitido recuperar todos os seus créditos laborais.

De facto, embora os trabalhadores possam recorrer ao FGS, a verdade é que apenas o podem fazer mediante o cumprimento de determinados requisitos legais e dentro de um limite estabelecido. Limite este que poderá conduzir a que não se satisfaça, integralmente, o crédito laboral do trabalhador.

Considerando os riscos associados ao processo de insolvência e às preocupações dos credores, nomeadamente no que diz respeito a potenciais conflitos de direitos, é relevante examinar a natureza dos respetivos créditos. Do ponto de vista do credor hipotecário, está em jogo a proteção da confiança e da certeza jurídica, direitos constitucionalmente protegidos pelo artigo 2.º da CRP e frequentemente assegurados através do registo. Por outro lado – dos trabalhadores –, encontra-se um direito que está constitucionalmente consagrado entre os direitos fundamentais dos trabalhadores, o direito à retribuição pelo trabalho. Este direito visa garantir uma existência digna,

¹¹¹ Tais como, entrega de bens pessoais, penhor de aplicações financeiras, fianças ou avais pessoais.

¹¹² Não são escassas as situações em que, no decorrer da insolvência empresarial, e uma vez que este credor hipotecário detém garantias pessoais dos sócios, estes, também, enfrentam insolvências pessoais.

¹¹³ Embora o art. 169.º do CIRE estabeleça o prazo de 1 ano a partir da assembleia de apreciação do relatório para o encerramento do processo de insolvência, na prática, essa norma tem geralmente natureza mais aspiracional do que efetiva. A morosidade no encerramento destes processos leva a que em casos de insolvência de empresas com ativos a liquidar, o processo normalmente se estende por 4 ou 5 anos, deixando os trabalhadores a aguardar pelo seu término se tiverem ainda créditos por receber. Isto, por vezes, desencadeia uma cadeia de eventos negativos, levando esses trabalhadores a enfrentarem dificuldades financeiras e até mesmo a declararem insolvência pessoal, o que, por sua vez, afeta ainda mais o sistema bancário.

conforme estabelecido no artigo 59º, n.º 1, alínea a) da Constituição, e que o TC, no seu acórdão n.º 335/2008¹¹⁴, já considerou explicitamente como tendo uma natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Coloca-se uma situação de conflito entre um “direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias” – direito dos trabalhadores à retribuição do trabalho – e o princípio geral da segurança jurídica e da confiança no direito. Ponderadas as exigências do *princípio da proporcionalidade* perante a natureza dos direitos conflituantes, concluiu-se dever entender-se que a restrição do princípio da confiança operada pela norma impugnada *não encontra obstáculo constitucional*.¹¹⁵

É esta *especial consideração pelos créditos laborais* que afasta qualquer juízo de arbitrariedade sobre a aplicação da norma constante da alínea b) do n.º 1 do art. 377.º do CT, com a consequência de os créditos laborais garantidos por privilégio imobiliário especial sobre o bem imóvel do empregador onde o trabalhador preste a sua atividade prevalecerem sobre os créditos garantidos por hipoteca voluntária, ainda que constituída anteriormente sobre esses bens.

Assim, acolhendo-se esta perspetiva constante do referido acórdão do TC, parece-nos que a preferência do legislador pelos privilégios creditórios dos créditos laborais sobre os créditos hipotecários não ofende de forma inadmissível ou demasiado onerosa as expectativas legais dos credores hipotecários, nem viola o *princípio da confiança*. Após a declaração de insolvência do empregador, os créditos reclamados pelos respetivos trabalhadores são garantidos por privilégio imobiliário especial sobre os bens imóveis do empregador e prevalecem sobre os créditos garantidos por hipoteca voluntária constituída sobre esses bens.

8. As garantias dos trabalhadores face à nova realidade de empresas que não detêm no seu património bens penhoráveis

Atendendo à solução preconizada no AUJ n.º 8/2016, no caso específico das empresas de construção civil insolventes, de que os imóveis construídos destinados à comercialização estariam excluídos da garantia do privilégio imobiliário especial, concatenado com o elevado número de insolvências na área da construção civil, o facto de estes bens constituírem, por norma, o núcleo do seu património e, ainda, aliado ao facto de, após a pandemia Covid-19, se ter implementado, do dia para a noite, o local de trabalho digital, leva-nos a ponderar sobre as garantias dos trabalhadores nesta nova realidade das empresas que não detêm bens penhoráveis no seu património.

¹¹⁴ E ainda no Ac. do TC 257/2008.

¹¹⁵ Vide Ac. do TRP de 10/3/2009 e Ac. do STJ de 02/7/2009.

O atual CT prevê garantias mais efetivas para a satisfação dos créditos laborais, quer seja porque coloca o trabalhador numa posição de credor privilegiado relativamente aos bens que integram o património do empregador, quer abrindo-lhe a possibilidade de obter esse pagamento à custa de um outro património para além daquele¹¹⁶, remetendo o seu art. 336.º a satisfação dos créditos laborais, em caso de insolvência ou de situação económica difícil do empregador, em última instância, para o FGS^{117 118}.

Esta disposição deriva de uma preocupação, por parte da Comunidade Europeia¹¹⁹, em garantir o pagamento de créditos dos trabalhadores, não pagos pelo empregador por falta de património, no âmbito da insolvência deste último.

Esta proteção aos créditos laborais, em Portugal, foi instituída pelo DL n.º 219/99, de 15 de junho, tendo sido alvo de uma reforma com a aprovação e entrada em vigor do DL n.º 59/2015, de 21 de abril, que instituiu um Novo Regime para o FGS.

Podem aceder ao FGS não apenas trabalhadores de empresas nacionais, mas também trabalhadores de empresas insolventes com atividade em dois Estados-Membros da União Europeia, desde que estejam a desenvolver a sua atividade em estabelecimento situado em Portugal, e mesmo que a insolvência tenha sido declarada num desses Estados¹²⁰.

O objetivo do FGS é garantir e antecipar o pagamento dos créditos laborais¹²¹ que, por motivo de insolvência ou de situação económica difícil da empresa, não possam ser pagos pelo empregador, o que equivale a dizer que, no âmbito do ordenamento jurídico português, em empresas insolventes sem património, a única salvaguarda dos trabalhadores para garantirem os seus créditos laborais será o recurso a este Fundo que, nas palavras de Leal Amado, funciona como um fiador *ope legis*¹²².

Contudo, esta garantia tem carácter limitado e só é concedida mediante determinados pressupostos. O trabalhador só pode acionar o FGS após ter sido proferida sentença de declaração de insolvência da empresa, despacho de designação de administrador judicial provisório no PER, ou após a aceitação do requerimento de

¹¹⁶ Vide Joana de Vasconcelos, “Sobre a garantia”, op. cit., p. 321 e 322.

¹¹⁷ No entendimento de Leal Amado, 2011, p. 332, a sua existência constitui “um passo muito importante no domínio da tutela dos créditos laborais, máxime do direito ao salário”.

¹¹⁸ FGS é financiado pelas empresas do sector privado (através de uma parcela da taxa social única que descontam todos os meses para a Segurança Social), e pelo Estado – art. 14.º do DL 59/2015, de 21 de abril.

¹¹⁹ A UE, atenta a esta questão, implementou a Diretiva 80/987/CE em 20 de outubro de 1980, com o objetivo de harmonizar as leis dos Estados-Membros relacionadas com a proteção dos trabalhadores assalariados em situações de insolvência do empregador. Em conformidade com o Direito Comunitário, Portugal foi obrigado a transpor esta Diretiva no seu ordenamento jurídico, permanecendo em vigor até hoje a sua versão alterada em 2008 (Diretiva 2008/94/CE).

¹²⁰ Art. 1.º, n.º 3 e art. 9.º do supracitado diploma. Nas situações transfronteiriças haverá cooperação entre os diferentes Estados envolvidos.

¹²¹ Pagamento dos créditos emergentes do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação nos termos do art. 336.º do CT.

¹²² Vide Leal Amado, “Contrato de trabalho”, op. cit., p. 332.

abertura do procedimento extrajudicial de recuperação de empresas (RERE)¹²³. Além disso, para beneficiar do FGS, exige-se que o trabalhador apresente a reclamação de créditos no âmbito de qualquer um dos processos acima mencionados dentro de um prazo máximo de 12 meses a partir da data da rescisão do contrato de trabalho¹²⁴.

Um dos pressupostos mais significativos é o limite estabelecido pelo FGS, que pagará apenas ao trabalhador requerente um valor máximo global equivalente a seis salários deste^{125 126 127}. Daqui resultam, na prática, muitas situações em que os trabalhadores veem apenas parte dos seus créditos satisfeitos, especialmente quando os montantes solicitados ultrapassam o limite estabelecido.

Essa limitação, que é semelhante ao regime adotado nos demais ordenamentos comunitários¹²⁸, foi avaliada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais¹²⁹, que não apresentaram objeções significativas. O limite no pagamento do FGS pode ser justificado pela sua natureza social e pelo contexto comunitário subjacente. Neste contexto, o legislador português construiu um regime que assegurou o mínimo da sua efetividade, em respeito pelas normas constitucionais¹³⁰ e com um valor limitado na sua concessão.

Em empresas que não detêm qualquer património, verifica-se que o sistema de garantias aos créditos laborais, criado pelo ordenamento jurídico português e até comunitário, é manifestamente insuficiente. O regime dos privilégios creditórios não pode ser acionado atenta a inexistência de património mobiliário ou imobiliário, e o regime do FGS, sendo a única opção viável, poderá vir a ser insuficiente, atentos os limites impostos para a sua concessão¹³¹.

¹²³ Art. 1.º do supracitado diploma.

¹²⁴ Art. 2.º do supracitado diploma.

¹²⁵ Com o limite máximo mensal correspondente ao triplo do valor do salário mínimo nacional, ou seja, (SMN de 2023 = 760,00€) (760,00€ x 3 = 2280,00€).

¹²⁶ Significa isto que, no máximo dos máximos, partindo, do princípio de que o FGS atribuiu a prestação mensal mais alta (2280,00€), o trabalhador receberá o valor de 13.680,00€ (2280,00€ x 6 = 13.680,00€).

¹²⁷ A estes créditos serão deduzidos os montantes de quotizações para a Segurança Social, da responsabilidade do trabalhador e ainda os valores devidos pelo trabalhador correspondentes à retenção na fonte do imposto sobre o rendimento (n.º 2 do art. 2.º).

¹²⁸ Em Espanha, como à nossa semelhança, o FOGASA está sujeito a limitações quanto aos montantes a serem pagos, com distinções entre salários e indemnizações. O pagamento dos salários é garantido até um montante máximo, calculado multiplicando o triplo do salário mínimo diário, incluindo a parte proporcional de bónus, por um período máximo de 120 dias, conforme o artigo 33.1 do ET. Já as indemnizações têm um limite máximo de um ano de salário, com base no triplo do salário mínimo, incluindo a parte proporcional de bónus, de acordo com o artigo 33.2 do ET. Para microempresas, o pagamento de indemnizações é equivalente a 8 dias de salário por ano de serviço, desde que o salário diário (base de cálculo) não exceda o dobro do salário mínimo, conforme o artigo 33.8 do ET. Na lei francesa, também existem limites estabelecidos para o montante a ser pago, baseados na antiguidade do contrato do trabalhador (art. L. 3253-17 e D. 3253-5 do C. Travail). Estes montantes variam, podendo ser até 6 vezes o limite superior. No sistema jurídico italiano, de maneira similar aos países anteriores, há um limite monetário para os créditos laborais, pagando-se até três vezes o valor máximo da remuneração líquida mensal, após dedução das contribuições para a segurança social.

¹²⁹ Conclusões emitidas em 2008, 2012 e 2016.

¹³⁰ Arts. 2.º e 59.º da CRP.

¹³¹ Quanto à questão de o art. 4.º, n.º 2 do DL 59/2015, de 21 de abril colocar o FGS, em pé de igualdade com os trabalhadores que ainda sejam titulares de créditos perante a massa insolvente na reclamação das

Assim, nesta matéria, acompanhamos Ana Margarida Cunha¹³², que sustenta que a disciplina comunitária analisada pelo TJUE demonstra que o tradicional sistema garantístico dos privilégios creditórios, vigente na maioria dos ordenamentos europeus, “se revela pouco eficiente na protecção dos créditos dos trabalhadores”, dado que os privilégios não asseguram a efetiva satisfação dos créditos em dívida, sobretudo perante uma possível insuficiência ou inexistência da massa insolvente¹³³.

Concluindo, também nos parece ser essencial a necessidade de construção de um sistema de garantia coletivo capaz de contornar este risco.

quantias devidas, de acordo com as regras de graduação, *Vide* Ac. do STJ de 07/05/2014 e Joana Costeira, 2017, pp. 93-136.

¹³² Cunha, 2011, pp. 199 e 200.

¹³³ Na análise ao Ac. TJUE de 04/02/2004, considera que “o TJUE dá mais um passo no sentido de uma correcta compreensão da faculdade concedida aos Estados-Membros de limitarem a obrigação de pagamento das instituições de garantia”.

9. Conclusão

A consagração do privilégio dos créditos laborais é tradicional no ordenamento jurídico português, tendo a sua configuração e graduação sido alvo de várias alterações legislativas e suscitado inúmeras divergências na doutrina e na jurisprudência.

Um dos privilégios que o legislador manteve foi o mobiliário geral, graduando-o de acordo com o regime previsto no art. 749.º do CC e estipulando a sua cedência perante direitos estabelecidos anteriormente. Analisado o regime, cremos que a solução legislativa poderia ter sido mais abrangente, consagrando, ao invés, o regime do art. 751.º do CC, no qual estes privilégios cederiam apenas perante os créditos por despesas de justiça, prevalecendo sobre todos os demais. A tutela dos créditos laborais ficaria engrandecida se estes privilégios mobiliários gerais viessem a abranger os bens móveis que integrassem o património ativo da empresa onde o trabalhador tivesse prestado o seu trabalho.

Por outro lado, no que respeita à abrangência do privilégio imobiliário especial, consagrado na al. b) do n.º 1 do art. 333.º do CT, acreditamos ter demonstrado que a interpretação restritiva desta norma legal evidencia um tratamento desigual entre os trabalhadores da mesma empresa, pelo que, tal como vem sendo entendimento na jurisprudência mais recente, dever-se-á adotar a interpretação mais ampla, na qual os trabalhadores têm direito ao privilégio sobre todos os bens da empresa usados na sua atividade empresarial e não apenas sobre um imóvel específico onde trabalharam.

No entanto, no caso específico da insolvência de empresas de construção civil, não tem sido unânime a aplicação da interpretação ampla para a proteção dos créditos laborais; aliás, a solução encontrada pelo AUJ n.º 8/2016 de 23/02 foi a de que os imóveis construídos por empresa de construção civil destinados a comercialização estão excluídos da garantia do privilégio imobiliário especial, previsto no art 377.º, n.º 1, al. b), do CT. Ainda que seja criticável esta solução, porque contraria valores constitucionais firmados e porque cria soluções distintas para uma determinada categoria de empregadores – não garante uma aplicação uniforme da amplitude do privilégio, independentemente do tipo do empregador em apreço –, é esta a solução que está em vigência, atento o carácter uniformizador do Acórdão.

Deu-se prevalência aos interesses de outros credores [onde se incluem os hipotecários], beneficiando-os, em primazia, do produto da venda destes imóveis para pagar os seus créditos, argumentando que os privilégios imobiliários especiais constituem um perigo para a segurança do comércio jurídico, devido à natureza oculta desta garantia.

Parece-nos, contudo, que atendendo à informação privilegiada que os credores hipotecários dispõem acerca das empresas, permitindo, caso assim o pretendam,

socorrer-se, atempadamente, de mecanismos judiciais para salvaguardar os seus créditos, e ao facto de o crédito laboral não gozar de natureza oculta para este tipo de credores, porquanto se encontra refletido nos elementos contabilísticos das empresas, não lhes é legítimo invocar a falta de publicidade do privilégio creditório laboral.

Além disso, a exclusão dos imóveis da garantia do privilégio imobiliário especial em empresas de construção civil limita as garantias dos trabalhadores em empresas que não têm bens penhoráveis no seu património.

Concluindo, o sistema de garantias aos créditos laborais, criado pelo ordenamento jurídico português e até comunitário, é pouco eficiente na proteção dos créditos dos trabalhadores. O regime dos privilégios creditórios não pode ser acionado, em caso de inexistência de património mobiliário ou imobiliário, e o regime do FGS, sendo a única opção, poderá vir a ser insuficiente, atentos os limites impostos para a sua concessão.

Neste sentido, não consagrando o nosso ordenamento jurídico um sistema garantístico eficaz dos créditos laborais, formulamos o voto para que se encontrem soluções mais adequadas em prol dos trabalhadores e do tratamento preferencial do seu crédito perante os demais credores, que o legislador visou tutelar através do art. 333.º do CT, havendo necessidade de que a solução preconizada pelo AUJ n.º 8/2016 seja substituída por outra, que garanta uma aplicabilidade uniforme e consentânea do privilégio na tutela dos créditos laborais.

Bibliografia

- AMADO, J. L. (1995). A protecção do salário. *Separata do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXIX, pp. 15 e ss.
- AMADO, J. L. (2009). Local de trabalho, estabilidade e mobilidade: o paradigma do trabalhador *on the road*? In D. Leite de Campos (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, pp. 117-132. Coimbra: Coimbra Editora.
- AMADO, J. L. (2014). *Contrato de trabalho*, 4.^a ed. Coimbra Editora.
- BRITO, P. M. de (2020). Anotação à Secção I: Local de trabalho. In *Código do Trabalho anotado*, 13.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CAMPOS, I. M. (2001). Particularidades da execução da hipoteca. In *A reforma da acção executiva – Trabalhos preparatórios*, vol. I, pp. 51-64. Lisboa: Ministério da Justiça.
- CARVALHO, C. (2004). A mobilidade geográfica dos trabalhadores no Código do Trabalho. In A. Moreira (coord.). *VII Congresso Nacional de Direito de Trabalho – Memórias*, pp. 43-80. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (1998). Salários em atraso e privilégios creditórios – Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de março de 1998. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 58, III-IV, pp. 645-672.
- CORDEIRO, A. M. (1999). *Direito das obrigações*, 2.º vol. Lisboa: AAFDL.
- COSTA, M. J. de A. (2010). *Direito das obrigações*, 12.^a ed., reimp. 2023. Coimbra: Almedina.
- COSTA, S. da (2015). *O concurso de credores*, 5.^a ed. Coimbra: Almedina.
- COSTEIRA, J. (2014). A classificação dos créditos laborais. In *I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*, pp. 159-179. Coimbra: Almedina.
- COSTEIRA, J. (2019). Os efeitos da declaração judicial de insolvência no contrato de trabalho. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 1, 1.º semestre, pp. 113-160.
- COSTEIRA, J. (2017). *Os efeitos da declaração judicial de insolvência no contrato de trabalho. A tutela dos créditos laborais*, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, A. M. (2011). Protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador: Cálculo das prestações do Fundo de Garantia Salarial. Algumas reflexões acerca da compatibilidade do regime português com o regime comunitário. *Questões Laborais*, n.º 38, pp. 197-209.
- DUARTE, R. P. (2021). Anotação à Secção VI: Privilégios creditórios. In A. Prata (coord.). *Código Civil anotado*, 2.^a ed., reimp. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, A. M. (2023). *Direito do trabalho*, 22.^a ed. Edições Almedina.
- FERNANDES, L. A. C. (2010). *Lições de direitos reais*, 6.^a ed. Quid Juris.
- GOMES, J. V. (2007). *Direito do trabalho, Vol. I – Relações individuais de trabalho*. Coimbra Editora.
- GONÇALVES, A. L. (1991). Privilégios creditórios: Evolução histórica. Regime. Sua inserção no tráfico creditício. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXVII, pp. 29-46.
- GONZÁLEZ, J. A. (2015). *Código Civil anotado, Vol. II – Direito das obrigações*. Quid Juris.

- LAMEIRAS, L. F. B. (2013). Verificação e graduação de créditos em processo de insolvência (alguns tópicos). *Revista do CEJ*, I, 1.º semestre, pp. 13-31.
- LEITÃO, L. M. (2022). *Garantia das obrigações*, 6.ª ed., reimp. Coimbra: Almedina.
- LIMA, A. P. de & VARELA, J. A. (2011). *Código Civil anotado*, vol. I, 4.ª ed., reimp. Coimbra Editora.
- MARTINEZ, P. R. & PONTE, P. F. da (2006). *Garantias de cumprimento*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P. R. (2021). Anotação à Secção VI – Privilégios creditórios. In A. Menezes Cordeiro (coord.). *Código Civil comentado, Vol. II – Das obrigações em geral*, pp. 889-917. Edições Almedina.
- MARTINEZ, P. R. (2023). *Direito do trabalho*, 10.ª ed. Edições Almedina.
- MARTINS, S. (1986). Legislação anotada sobre salários em atraso. *Coletânea de legislação anotada e atualizada*, n.º 2. Centelha.
- MOREIRA, G. (1925). *Instituições do direito civil português*, vol. II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- PIRES, M. L. A garantia dos creditórios laborais. In P. Morgado Carvalho (coord.). *Código do Trabalho: A revisão de 2009*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 381-393.
- PIRES, M. L. (2008). A amplitude e a (in) constitucionalidade dos privilégios creditórios dos trabalhadores. *Questões Laborais*, n.º 31, pp. 59-88.
- PIRES, M. L. (2015). *Dos privilégios creditórios: Regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- QUINTAS, P. & QUINTAS, H. (2021). *Código do Trabalho – Anotado e comentado*, 6.ª ed. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M. do R. (2015). Os trabalhadores no processo de insolvência. In C. Serra (coord.). *III Congresso de Direito da Insolvência*, pp. 383-407. Coimbra: Almedina.
- RUSSO, F. C. & SILVA, N. S. e (2019). Anotação à Secção VI – Privilégios creditórios. *Comentário ao Código Civil – Direito das obrigações. Das obrigações em geral*. Universidade Católica Editora.
- VARELA, A. (2022). *Das Obrigações em geral*, vol. II, reimp. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, J. (2020). Anotação à Secção IV: Garantias de créditos do trabalhador. In *Código do Trabalho anotado*, 13.ª ed. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, J. (2009). O novo privilégio imobiliário especial dos créditos laborais – Algumas questões suscitadas pelas suas primeiras aplicações jurisprudenciais. In *Liberdade e compromisso – Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando Campos Pinto*, vol. II, pp. 423-442. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- VASCONCELOS, J. (2004). Sobre a garantia dos créditos laborais no Código do Trabalho. In *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, pp. 321-341. Coimbra.
- VASCONCELOS, L. M. P. de (2023). *Direito das garantias*, 4.ª ed. Almedina.

Jurisprudência consultada

Supremo Tribunal de Justiça

- I- Acórdão de 18/11/1999, proc. n.º 99B848, (Peixe Pelica), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- II- Acórdão de 25/06/2002, proc. n.º 01A2736, (Alípio Calheiros), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- III- Acórdão de 27/06/2002, proc. n.º 02B1809, (Quirino Soares), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- IV- Acórdão de 06/03/2003, proc. n.º 03B034, (Joaquim de Matos), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- V- Acórdão de 27/05/2003, proc. n.º 03B198, (Eduardo Baptista), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- VI- Acórdão de 12/06/2003, proc. n.º 03S1888, (Ferreira Neto), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- VII- Acórdão de 25/09/2007, proc. n.º 10347/2006-1 (Rui Voga), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- VIII- Acórdão de 31/01/2007, proc. n.º 07A4111, (Silva Salazar), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- IX- Acórdão de 19/06/2008, proc. n.º 08B974, (Custódio Montes), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- X- Acórdão de 02/07/2009, proc. n.º 989/04.0TBOAZ-N.S1, (Oliveira Rocha), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- XI- Acórdão de 13/09/2011, proc. n.º 504/08.7TBAMR-D.G1.S, (Gregório Silva Jesus), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- XII- Acórdão de 07/02/2013, proc. n.º 148/09.6TBPST-F.L1.S1, (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- XIII- Acórdão de 07/05/2014, proc. n.º 128/11.1TBACN-D.C1.S1, (Pinto de Almeida), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- XIV- Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014 de 19/05/2014, proc. n.º 92/05.6TYVNG-M.P1.S1, (Paulo Távora Vítor), disponível em <http://www.dre.pt>.
- XV- Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 8/2016 de 23/02/2016, proc. n.º 1444/08.5TBAMT-A.P1.S1-A, (Pinto de Almeida), disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- XVI- Acórdão de 30/05/2017, proc. n.º 4118/15.7T8CBR-B.C1.S1, (Ana Paula Boularot) disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Tribunal Constitucional

- XVII- Acórdão 362/2002 de 17/09/2002, proc. n.º 403/02, Plenário, (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.
- XVIII- Acórdão n.º 363/2002 de 17/09/2002, proc. n.º 404/02, Plenário, (Tavares da Costa), disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

XIX- Acórdão n.º 498/2003 de 22/10/2003, proc. n.º 498/03, 3.ª Secção, (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

XX- Acórdão n.º 672/2004 de 23/11/2004, proc. n.º 755/2004, 2.ª Secção, (Fernanda Palma), disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

XXI- Acórdão n.º 284/2007 de 08/05/2007, proc. n.º 891/04, 1.ª Secção, (Pamplona de Oliveira), disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

XXII- Acórdão n.º 257/2008 de 30/04/2008, proc. n.º 446/07, 2.ª Secção, (Joaquim de Sousa Ribeiro), disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

Tribunal da Relação de Coimbra

XXIII- Acórdão de 16/10/2007, proc. n.º 2222-J/1996.C1, (Jorge Arcanjo), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXIV- Acórdão de 04/05/2010, proc. n.º 1161/09.9TBLRA-D.C1, (Emídio Costa), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXV- Acórdão de 23/09/2014, proc. n.º 528/13.2TBFND-C.C1, (Jorge Arcanjo), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXVI- Acórdão de 24/02/2015, proc. n.º 3475/12.1TBVIS-N.C1, (Maria João Areias), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXVII- Acórdão de 08/07/2015, proc. n.º 1772/09.2TBPMS-F.C1, (Fernando Monteiro), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXVIII- Acórdão de 16/05/2017, proc. n.º 923/11.1TBCTB-C.C2 (Maria João Areias), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Tribunal da Relação de Guimarães

XXIX- Acórdão de 25/12/2006, proc. n.º 1587/06-1, (Proença Costa), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXX- Acórdão de 13/02/2014, proc. n.º 1216/13.5TBBCL-A.G1, (Ana Cristina Duarte), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXXI- Acórdão de 15/01/2015, proc. n.º 924/13.5TBVVD-C.G1, (Helena Melo), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXXII- Acórdão de 05/11/2015, proc. n.º 973/14.6TBBCL-F.G1, (António Sobrinho), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Tribunal da Relação de Lisboa

XXXIII- Acórdão de 01/06/2010, proc. n.º 636-N/2000.L1-7, (Cristina Coelho), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXXIV- Acórdão de 12/10/2006, proc. n.º 6305/2006-6, (Olindo Geraldês), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXXV- Acórdão de 25/02/2014, proc. n.º 39-A/1984.L1-7, (Maria do Rosário Morgado), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXXVI- Acórdão de 24/02/2015, proc. n.º 1288/10.4TYLSB-AB.L1-7, (Cristina Coelho), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXXVII- Acórdão de 14/07/2016, proc. n.º 173/09.7TCFUN-A.L1-6 (Teresa Pardal), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Tribunal da Relação do Porto

XXXVIII- Acórdão de 10/03/2009, proc. n.º 1185/07.0TBPRD-H.P1, (Mário Serrano), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XXXIX- Acórdão de 22/10/2012, proc. n.º 376/09.4TTVFR-B.P1, (João Diogo Rodrigues), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

XL- Acórdão de 22/10/2013, proc. n.º 1206/11.2TBLSH-H.P1, (Márcia Portela), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Legislação e conclusões europeias consultadas online

— *Code du Travail*, disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/.

— *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>.

— *Legge del 29.05.1982 n. 297*, disponível em: https://def.finanze.it/DocTribFrontend/decodeurn?urn=urn:dotrib::L:1982-05-29;297_art2

— *Conclusões do Comité Europeu dos Direitos Sociais*, disponível em: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/ - {\"sort\":\[\"escstatepartyorder ascending\"\],\"escarticle\":\[\"25-00 163\"\],\"escdctype\":\[\"FOND\",\"Conclusion\",\"Ob\"\],\"escstateparty\":\[\"PRT\"\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/-/sort:[\).

O Certificado Sucessório Europeu no décimo ano da sua vigência:

**Entre a proteção da unidade dos valores europeus e a
diversidade legislativa dos Estados-Membros**

Carlota Pereira Cordeiro

Sob orientação da Professora Doutora
Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier

“Só isto:

*O céu fechado, uma ganhoa
pairando. Mar. E um barco na
distância:*

*olhos de fome a adivinhar-lhe à proa
Califórnicas perdidas de abundância.”*

Resumo

O Certificado Sucessório Europeu foi criado pelo Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu com o propósito de criar um documento único de fácil utilização para o desenlace célere, fácil e eficaz das sucessões transnacionais europeias.

Nesta perspetiva, e sem prejuízo da diversidade legislativa dos Estados-Membros, o Certificado Sucessório Europeu tem como principal objetivo a prova da qualidade e/ou direitos e poderes do herdeiro, legatário, executor testamentário ou o administrador da herança noutro Estado-Membro.

O presente estudo constitui uma reflexão sobre o regime do Certificado Sucessório Europeu e sobre as dificuldades que foram sendo sentidas quanto à sua concretização nos primeiros anos da sua vigência.

Palavras-chave: Certificado Sucessório Europeu; sucessão transnacional europeia; titularidade sucessória.

Abstract

The European Certificate of Succession was created by Regulation (EU) n.º 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions, and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession with the purpose of creating a single, user-friendly document for the quick, easy and effective outcome of European transnational successions.

From this perspective, and without prejudice to the legislative diversity of the Member States, the main objective of the European Certificate of Succession is to prove the status and/or rights and powers of the heir, legatee, executor of the will or the administrator of the inheritance in another Member State.

This study constitutes a reflection on the European Certificate of Succession's regime and on the difficulties experienced regarding its implementation in the first years of its validity.

Keywords: European Certificate of Succession; European transnational succession; succession ownership.

Advertências

As referências a “Regulamento das Sucessões”, ou tão-só “Regulamento”, concernem ao Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu.

O Regulamento de Execução (UE) n.º 1329/2014 da Comissão, de 9 de dezembro de 2014, que estabelece os formulários referidos no Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, será referido ao longo da presente dissertação apenas como “Regulamento de Execução”.

Todas as menções a “certificado”, quando desacompanhadas de especificação, dizem respeito ao Certificado Sucessório Europeu.

Quando não for indicado a que instrumento legislativo um artigo pertence, entenda-se respeitante ao Regulamento das Sucessões.

Lista de siglas e abreviaturas

ARERT	Associação da Rede Europeia dos Registos de Testamentos
Art.(s)	Artigo(s)
Cf.	Conferir
CNUE	Conselho do Notariado da União Europeia
CSE	Certificado Sucessório Europeu
EM	Estado(s)-Membro(s)
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
n.º(s)	Número(s)
p.	Página
pp.	Páginas
RJPI	Regime Jurídico do Processo de Inventário
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
V.	Ver
Vol.	Volume

Índice

Introdução	8
Capítulo I: O Certificado Sucessório Europeu enquanto meio facilitador do acesso à justiça	10
1. Regulamento das Sucessões	10
2. Antecedentes	11
3. Objetivos e âmbito do Certificado Sucessório Europeu	13
3.1. Âmbito de aplicação material	13
3.2. Âmbito de aplicação temporal	14
3.3. Âmbito de aplicação espacial	14
Capítulo II: O Certificado Sucessório Europeu na perspetiva da concretização do propósito de facilitação do reconhecimento transfronteiriço	17
1. Natureza do Certificado Sucessório Europeu	17
2. Papel facilitador do Certificado Sucessório Europeu no reconhecimento transfronteiriço da titularidade sucessória	18
3. Retificação, modificação, revogação e suspensão	20
4. Vias de recurso	21
5. Prazo de validade	22
Capítulo III: Sugestões para o melhor funcionamento do Certificado Sucessório Europeu	24
1. Aspetos gerais da emissão do Certificado Sucessório Europeu	24
1.1. Atribuição da competência à autoridade emissora	26
1.1.1. Regras de competência internacional	27
1.1.2. Regras de competência nacional	30
2. Problemas concretos na aplicação do Regulamento das Sucessões e na emissão do Certificado Sucessório Europeu	30
2.1. Na União Europeia	30
2.1.1. Publicidade e registo dos Certificados Sucessórios Europeus	34
2.2. Em Portugal	35
Conclusões	39
Referências bibliográficas	41

Introdução

A confluência económico-social, cultural e política cada vez mais presente no seio da União Europeia permite que as pessoas se movimentem livremente dentro deste espaço, facilitando a sua integração e estabelecimento noutros EM.

Este fluxo deve-se, muitas vezes, a razões relacionadas com o trabalho e com a família, estudos, entre outras. Este fenómeno integrativo tem como corolário a sucessão transnacional, isto é, aquela que contacta com mais do que um ordenamento jurídico.

O fenómeno sucessório é complexo em si mesmo, e ainda mais quando se trata de uma sucessão transfronteiriça. A regulação interna dos diversos ordenamentos jurídicos apresenta soluções diferentes, por vezes únicas, que acabam por colidir. Os cidadãos enfrentam incerteza e insegurança jurídica no desfecho das sucessões transnacionais, devido aos constrangimentos criados pela diversidade legislativa dos EM.

Face a este panorama, surgiu, então, a necessidade de criar um direito unificado, mas que respeitasse a liberdade e a diversidade dos ordenamentos jurídicos, contribuindo para a criação de um Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça, conforme o plasmado nos arts. 4.º, n.º 2, j), 67.º, n.º 1 e 68.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

De forma a garantir uma administração da justiça mais simples e efetiva no decorrer de uma sucessão transnacional, foi criado o CSE, através do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu.

Este documento foi concebido com o intuito de ser reconhecido em todos os EM, respeitando sempre os ordenamentos jurídicos nacionais e a autonomia do autor da sucessão. Permite ao herdeiro, ao legatário, ao executor testamentário e ao administrador da herança provarem a sua qualidade e/ou os seus direitos e poderes noutro EM.

O CSE pretendia ser uma novidade, na medida em que, até então, nenhum outro regulamento da União Europeia tinha criado um instrumento prático e unificado que facultasse a todos os interessados na sucessão transfronteiriça um meio probatório de fácil utilização e que é, como veremos, necessariamente mais amplo e fidedigno do que os certificados nacionais.

No advento do décimo ano da vigência deste documento único de circulação europeia, foram claras as suas vantagens. Contudo, os desenvolvimentos vieram manifestar as dificuldades na coordenação entre os objetivos do Regulamento das Sucessões e a prática jurídica.

No presente trabalho, procuraremos salientar o papel do CSE na perspectiva do seu fácil reconhecimento entre os EM, tentando compreender se o avanço alcançado com a criação deste certificado uniforme foi bastante ou ficou aquém dos propósitos lançados pelo legislador europeu no Regulamento.

Para tal, será feita uma breve abordagem dos fins do Regulamento das Sucessões, na perspectiva da sua importância prática. Procurando evidenciar os objetivos e âmbito do CSE, seguir-se-á uma análise sistemática daqueles que foram os antecedentes principais deste instrumento jurídico.

Num segundo momento, averiguaremos a natureza jurídica do certificado, destacando o papel facilitador que desempenha no reconhecimento transfronteiriço da titularidade sucessória. Atentaremos nas funções que o certificado cumpre e a que prazo e alterações pode estar sujeito.

Por último, analisaremos os pressupostos para a emissão do CSE, procurando explorar alguns dos problemas identificados na aplicação do Regulamento das Sucessões, quer na União Europeia, quer em Portugal, nomeadamente aqueles relacionados com a competência da autoridade emissora.

Capítulo I: O Certificado Sucessório Europeu enquanto meio facilitador do acesso à justiça

1. Regulamento das Sucessões

O património dos cidadãos europeus encontra-se cada vez mais disperso pelos EM, ou mesmo fora destes. O próprio *de cuius*, pelos mais distintos motivos, tende a realizar o seu testamento num EM diferente daquele de onde é nacional, normalmente atendendo à localização da sua residência habitual. Os seus herdeiros ou outros interessados na sucessão, por sua vez, também residem, frequentemente, em EM diferentes daquele onde residia o *de cuius*¹.

As situações em que esta diversidade de ordenamentos jurídicos se cruza numa única sucessão são inúmeras e ocorrem por diversas razões, de uma forma cada vez mais reiterada².

A importância das matérias sucessórias transnacionais no quotidiano dos cidadãos europeus tem-se agravado e, como tal, foi necessário criar uma regulamentação que permitisse a melhor organização, quer ainda em vida, quer depois da morte, da sucessão transnacional europeia.

O solucionamento das sucessões transnacionais é concretizado de forma diversa pelos vários direitos internos dos EM. Por vezes, é-o de forma tão única que acaba por gerar incompatibilidades de difícil resolução prática.

Tornou-se inevitável a criação de um direito unificado que considerasse, imperativamente, a diversidade e a singularidade que caracterizam os vários ordenamentos jurídicos da União Europeia.

Promover a segurança e certeza jurídicas, proteger os direitos do *de cuius*, dos seus herdeiros e legatários e de quaisquer pessoas próximas e legitimamente interessadas na sucessão foi um dos objetivos centrais do legislador europeu na criação do Regulamento das Sucessões.

O Regulamento aborda as questões relativas à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria das sucessões, e ao CSE. É complementado pelo Regulamento de Execução, que faculta, nos seus anexos, cinco formulários, de modo a assegurar a “correta aplicação do Regulamento (UE) n.º 650/2012” (considerando n.º 1 do Regulamento de Execução).

¹ González, 2014, p. 7.

² As sucessões transnacionais europeias representam cerca de 10% dos 4,5 milhões de sucessões que acontecem no espaço da União. Cf. Comissão Europeia, “Simplification of regulation on international succession”, 14/10/2009, (MEMO/09/447), disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/memo_09_447.

Esta regulamentação de carácter *erga omnes* sobre o direito interno de cada um dos EM³ é o ponto de partida essencial que nos guia no procedimento relativo ao CSE, que consideramos ser a grande conquista do Regulamento das Sucessões.

2. Antecedentes

O CSE é uma novidade na prática jurídica dos últimos anos⁴. No entanto, foi o resultado de uma vontade previamente expressa em vários instrumentos jurídicos.

A Convenção da Haia de 2 de outubro de 1973 importou a aprovação no ordenamento jurídico português, em 1975, do Decreto n.º 734/75, de 23 de dezembro: a Convenção sobre a Administração Internacional de Heranças. O art. 1.º deste instrumento jurídico prevê a instituição de “um certificado internacional destinado a indicar a pessoa ou pessoas habilitadas a administrar os bens móveis de uma herança e os respectivos poderes”.

Nos termos da Convenção sobre a Administração Internacional de Heranças, a autoridade competente para a emitir o certificado é a do Estado da residência habitual do falecido. Esta aplica, regra geral, a sua lei interna (arts. 2.º e 3.º da Convenção) e é designada pelo próprio Estado, podendo tratar-se de uma autoridade quer de carácter judicial, quer de carácter administrativo.

Este “certificado internacional” é reconhecido, à partida, sem qualquer processo de legalização ou formalidade análoga (art. 9.º da Convenção), ainda que possa ser submetido, por vontade dos Estados signatários, a um processo desse tipo, mas que seja célere ou de mera publicidade (art. 10.º da Convenção).

Apesar do seu pouco interesse prático⁵, a Convenção facultou-nos um regime interessante, ainda que imperfeito e limitado, para a adoção de um certificado único que fizesse valer os seus efeitos em vários Estados.

O princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e outras decisões das autoridades judiciais foi aprovado na sequência das Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999. No dia 30 de novembro

³ O Princípio do Primado da União implica uma desconsideração das normas relativas da Parte Geral do Código Civil Português relativas aos conflitos de leis de âmbito sucessório, na medida em que são totalmente substituídas pelas do Regulamento das Sucessões, tendo em conta, naturalmente, o âmbito temporal do Regulamento. Assim, além do seu carácter geral, o Regulamento é obrigatório e diretamente aplicável, por força do disposto no art. 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em todos os EM.

⁴ Apesar da existência de instrumentos jurídicos de cariz similar, em outros “actos comunitários (...), a extensão e o alcance dos efeitos que neste caso [são reconhecidos ao CSE] ultrapassa largamente o que havia sido previsto em situações anteriores” (Ramos, 2013, p. 109).

⁵ A Convenção sobre a Administração Internacional de Heranças contou com apenas três Estados signatários: Portugal, República Checa e Eslováquia. Cf. “Hague Conference on Private International Law – Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH)”, “État présent”, disponível em: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=83>.

de 2000, aquele Conselho decidiu pela intenção de elaborar um instrumento relativo às sucessões e testamentos⁶.

No dia 1 de março de 2005, foi criado o Livro Verde sobre Sucessões e Testamentos⁷, no seguimento do Programa da Haia: Reforço da Liberdade, da Segurança e da Justiça na União Europeia⁸. Este instrumento tinha, essencialmente, o propósito de compreender melhor as posições dos particulares e dos próprios EM relativas a esta nova política europeia que então se afirmava.

O Instituto do Notariado Alemão foi um dos grandes contribuidores, não só para o aprofundamento do estudo das sucessões transnacionais no geral, como também para a criação da certificação europeia de âmbito sucessório⁹. Este instituto propôs a criação de dois certificados: o “certificado uniforme europeu para herdeiros” e o “certificado para terceiros administradores”¹⁰.

Os certificados propostos, reconhecidos em todos os EM, provariam a qualidade dos herdeiros e os poderes de disposição do património. A sua emissão seria da competência do tribunal ou dos notários do Estado da última residência habitual do falecido¹¹ e implicaria a presunção ilidível da exatidão do seu conteúdo.

O estudo realizado pelo Instituto do Notariado Alemão foi, sem dúvida, um pilar para os desenvolvimentos que se seguiram¹².

Em 2006 foi reunido um grupo de peritos que, nas sessões próprias para o efeito, discutiu acerca dos efeitos patrimoniais do casamento e das outras formas de união, sucessões e testamentos na União Europeia, denominado “PRM -III/IV”¹³.

⁶ Cf. Assembleia da República, “Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, 09/12/2009, (28/XI/1ª – CACDLG/2009), Relator António Ribeiro Gameiro, p. 3, disponível em:

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5447566e4c304e505453387851304644524578484c30467963585670646d39446232317063334e686279394a626d6c6a6157463061585a68637955794d455631636d39775a576c6863>.

⁷ Cf. EUR-Lex, “Succession et testaments (Livre vert)”, 01/03/2005, [COM (2005) 65 final], disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/succession-and-wills-green-paper.html>.

⁸ Cf. JOUE, “Programa da Haia: Reforço da Liberdade, da Segurança e da Justiça na União Europeia”, 04/11/2004, (2005/C 53/01), disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005XG0303\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005XG0303(01)).

⁹ Cf. Deutsches Notarinstitut – Institut Notarial Allemand, “Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l’Union Européenne. *Étude pour la Commission des Communautés Européennes, Direction générale Justice et Affaires intérieures*, Alemanha, 2002, disponível em: https://overseaschambers.com/media/40038/dnoti%20report%20testaments_successions_fr.pdf.

¹⁰ Tradução nossa.

¹¹ Encontramos, presentemente, este critério da residência habitual no Regulamento das Sucessões, e, como notámos, já vinha sendo considerado na Convenção sobre a Administração Internacional de Heranças. A principal razão pela opção deste critério de conexão prende-se com a “promoção da integração europeia, pois estimula a integração no país de destino, realizando a liberdade de circulação de pessoas, reforçando a pertença à União Europeia mais do que ao país de origem” (Patrão, 2018, p. 1173, nota 5).

¹² Boxstael, 2012, p. 840.

¹³ Cf. JOUE, “Grupo de peritos sobre os efeitos patrimoniais do casamento e das outras formas de união, sucessões e testamentos na União Europeia (‘PRM -III/IV’)”, 01/03/2006, (2006/C 51/03), p. 3, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2006:051:FULL>.

No seguimento das conclusões a que este grupo chegou, foi elaborada pela Comissão das Comunidades Europeias a Proposta do Regulamento das Sucessões¹⁴, já prevendo, concretamente, a criação do CSE, no seu Capítulo VI.

Deu-se, assim, mais um passo na concretização de um espaço de liberdade, segurança e justiça, que culminou, no dia 4 de julho de 2012, na publicação do Regulamento das Sucessões, que criou, efetivamente, o CSE.

3. Objetivos e âmbito do Certificado Sucessório Europeu

Quando estamos perante uma sucessão transnacional, pode suceder o caso de nos depararmos com um conflito positivo, quer de leis, quer de autoridades com competência para decidir a sucessão.

Perante esta situação, os cidadãos podem ser levados a desencadear uma multiplicidade de ações sucessórias para o tratamento de uma única sucessão, o que se revela dispendioso e burocrático, podendo culminar em decisões contraditórias, conforme o direito sucessório aplicável.

Neste sentido, o CSE é uma das medidas adotadas ao nível da cooperação judiciária em matéria cível com incidência transfronteiriça que visa o bom funcionamento do mercado interno. Pode ser visto como uma “via verde”¹⁵ que permite aos cidadãos europeus fazer valer os seus direitos em qualquer EM em que seja aplicável o Regulamento das Sucessões, de uma forma simples, segura e económica.

Com o intuito de minimizar os conflitos de leis, o CSE compatibiliza as normas aplicáveis nos EM da União Europeia, enquanto reforça as ligações entre os cidadãos da União.

Este “documento de âmbito comunitário”¹⁶ permite não só a concretização de um planeamento da transmissão segura do património do autor da sucessão, como facilita o acesso à justiça.

3.1. Âmbito de aplicação material

O âmbito de aplicação material do CSE coincide com o âmbito de aplicação material do Regulamento, na medida em que se aplica às sucessões transnacionais europeias¹⁷.

¹⁴ Cf. EUR-Lex, “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e à aceitação dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu”, 14/10/2009, [COM (2009) 154 final], disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:PT:PDF>.

¹⁵ Menezes, 2016, p. 9.

¹⁶ Suárez, 2013, p. 8. Tradução nossa.

¹⁷ Menezes, 2016, p. 17.

O art. 1.º, n.º 1 do Regulamento das Sucessões delimita, genericamente, a sua aplicação às sucessões por morte, excluindo as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas. O n.º 2 do mesmo artigo exclui, por sua vez, matérias específicas ao longo das suas 12 alíneas.

As exclusões enunciadas no Regulamento das Sucessões implicam a não incidência sobre aquelas precisas matérias pelo certificado. Isto significa que o mesmo se aplica em relação ao disposto no considerando n.º 11 do Regulamento: o certificado deverá dizer respeito apenas às questões de direito civil da sucessão por morte e “não deverá aplicar-se a outros domínios do direito civil”¹⁸.

3.2. Âmbito de aplicação temporal

O CSE tem uma limitação temporal genérica que lhe é imposta pelo Regulamento: apenas pode ser utilizado nas sucessões das pessoas que faleceram no dia 17 de agosto de 2015 ou depois dessa data (art. 83.º, n.º 1).

Ainda assim, o planeamento sucessório realizado pelo *de cuius* em momento anterior ao dia 17 de agosto de 2015 será considerado e reconhecido como válido para efeitos do preenchimento dos pontos “7. Sucessão testamentária/sucessão legítima” e “8. Lei aplicável à sucessão” do Formulário V, que podemos encontrar no anexo 5 do Regulamento de Execução.

Falamos, em concreto, das hipóteses em que o autor da sucessão tenha, em vida, recorrido à faculdade que lhe é conferida pelo art. 22.º, n.º 1, nomeadamente a de escolher a lei que pretende que seja aplicada à sua sucessão, ou tenha feito uma disposição por morte antes de 17 de agosto de 2015, nos termos dos arts. 24.º, n.º 2 e 25.º, n.º 3, e na medida em que aquele planeamento sucessório respeite o disposto no art. 83.º, n.ºs 2, 3 e 4.

3.3. Âmbito de aplicação espacial

O certificado só releva numa sucessão que seja considerada transnacional, isto é, que tenha efetivamente elementos de conexão com mais do que um ordenamento

¹⁸ Contudo, o âmbito de aplicação material do CSE não deve ser entendido de forma tão restrita que acabe por reduzir o propósito deste instrumento jurídico. O TJUE já se pronunciou acerca deste aspeto, considerando que uma regra de direito nacional que, à partida, parece enquadrar-se numa matéria matrimonial diz, afinal, respeito a matéria sucessória, para efeitos do Regulamento das Sucessões. Assim não sendo, tornar-se-ia incompleta a informação que deve necessariamente estar incluída no certificado. No caso, esta informação dizia respeito aos direitos do cônjuge sobrevivente respeitantes à massa sucessória, que os recebia nessa mesma qualidade, de cônjuge. Assim, “o artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 650/2012 deve ser interpretado no sentido de que uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê, em caso de morte de um dos cônjuges, uma repartição fixa dos bens adquiridos através do aumento da quota sucessória do cônjuge sobrevivente está abrangida pelo âmbito de aplicação do referido regulamento”. Cf. TJUE, 01/03/2018, (C-558/16), “Mahnkopf”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0558>; e Xavier, 2023a, pp. 569-571.

jurídico em que seja aplicável o Regulamento^{19 20}: assim, apenas nos EM abrangidos pelo seu âmbito de aplicação o certificado é documento bastante e obtém, por completo, a sua eficácia²¹.

Estes elementos de conexão relacionam-se com a competência da autoridade que emite o CSE, na medida em que consubstanciam a própria justificação para aquela atribuição de competência.

A conexão é concretizada através da nacionalidade (art. 7.º) ou da última residência habitual²² (art. 4.º) do autor da sucessão. Não obstante, a localização de um bem do *de cuius* num EM diferente do da sua nacionalidade ou última residência habitual pode concretizar uma conexão suficiente para um pronunciamento acerca daquele bem por parte da autoridade emissora do CSE, estando, portanto (à primeira vista), ao abrigo do âmbito de aplicação espacial do certificado (art. 10.º, n.º 2).

Tratando-se de um elemento de conexão relativo à nacionalidade ou residência habitual, a transnacionalidade da sucessão pode ser determinada quer no momento da abertura da sucessão, quer no momento da escolha de lei²³. Esta escolha tem de cumprir os requisitos dos já mencionados arts. 22.º, relativo à escolha de lei para regular toda a sucessão, 24.º, n.º 2, relativo à escolha de lei para regular uma determinada disposição por morte, ou 25.º, n.º 3, relativo à escolha de lei para regular um pacto sucessório.

Assim, uma vez verificados quais os elementos de conexão da sucessão, é também apurada a competência da autoridade emissora do certificado, informação esta que deve ser preenchida no ponto “4. Competência da autoridade emissora [(artigo 64.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012)]” do Formulário V, anexo 5, do Regulamento de Execução.

Contudo, é importante salientar que o grande objetivo afeto à criação do CSE é a sua utilização, não pelo autor da sucessão, mas sim por aqueles que sejam legitimamente interessados nela.

¹⁹ Este confinamento implica a exclusão da Dinamarca, Irlanda e Reino Unido, conforme o disposto nos considerandos n.ºs 82 e 83, sendo os mesmos considerados “Estados terceiros” para efeitos do Regulamento. Cf. Almeida, 2014, pp. 34-35.

²⁰ Ao contrário do que sucede com Regulamento das Sucessões que tem uma vocação universal, determinada pelo art. 20.º: “mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro”.

²¹ Parece-nos difícil conceber a aceitação plena de um CSE num Estado terceiro. No entanto, a prática poderá revelar que este seja um documento proveitoso para as autoridades dos vários ordenamentos jurídicos estranhos ao Regulamento das Sucessões que se defrontem com ele, podendo aqueles, *quicá*, confiar na autenticidade das informações nele contidas para o tratamento de sucessões transnacionais e mesmo extraeuropeias. Cf. Boulanger, 2022, p. 56.

²² No nosso entender, não deveria ser considerada apenas a última residência habitual do autor da sucessão. Deveria ter sido instituído um critério que permitisse recorrer à escolha de lei para regular toda a sucessão com base numa outra residência habitual. Consideramos, por conseguinte, que o art. 22.º do Regulamento das Sucessões se traduz numa limitação à autonomia privada do autor da sucessão, que vê a sua escolha limitada na concretização do seu planeamento sucessório.

²³ Marinho, 2015, p. 22.

Neste sentido, também relevará a transnacionalidade da sucessão respeitante à conexão entre EM que possa ser encontrada entre o autor da sucessão e os seus herdeiros, legatários, executores testamentários ou administradores da herança.

Conforme o disposto no considerando n.º 67, o CSE tem como propósito facultar um mecanismo que sustente o estabelecimento da prova da qualidade dos sujeitos indicados no art. 63.º, n.º 1, de modo a tornar a decisão das sucessões com incidência transfronteiriça célere, fácil e eficaz.

Capítulo II: O Certificado Sucessório Europeu na perspetiva da concretização do propósito de facilitação do reconhecimento transfronteiriço

1. Natureza do Certificado Sucessório Europeu

O CSE desempenha um papel crucial ao facilitar o reconhecimento eficiente da titularidade sucessória para o tratamento das sucessões transnacionais dentro da União Europeia. Trata-se de um documento²⁴ que contribui para o combate às limitações da livre circulação de pessoas e bens na União²⁵.

A natureza do certificado é opcional. Não há obrigação de recorrer ao CSE, uma vez que este foi subordinado ao princípio da subsidiariedade pelo Regulamento das Sucessões (considerando n.º 67 e art. 62.º, n.º 2). De outro modo, podemos dizer que o CSE é um documento europeu de carácter voluntário. A opção pela sua utilização é confinada às partes interessadas, isto é, aos requerentes do certificado, não sendo possível a sua emissão *ex officio*.

Assim, perante um documento interno com fim análogo ao do certificado, a autoridade competente não pode exigir a apresentação ou a emissão de um CSE (art. 62.º, n.º 3) para proceder ao reconhecimento da titularidade sucessória.

Contudo, a partir do momento em que o certificado é emitido, ele impõe-se e não pode a autoridade exigir a utilização de documento com fim similar (considerando n.º 69)²⁶. O CSE é, por isso, um documento absoluto e completo.

A unidade que o CSE pretende alcançar contribui para a consistência e coerência dos processos sucessórios que diariamente correm no espaço da União.

A sua “natureza híbrida”²⁷ combina os elementos da regulamentação europeia com a aplicação prática e o reconhecimento transfronteiriço que ocorrem na ordem jurídica interna dos EM. Nestes termos, é garantida a eficácia simplificadora que advém não só da aplicação direta do Regulamento, como da cooperação entre as autoridades internas competentes, permitindo a coesão no tratamento sistemático das sucessões europeias.

Esta aplicação direta de que o CSE beneficia traduz-se, por sua vez, na economia dos recursos utilizados pelos seus legítimos interessados. Evitam-se custos que, de outra

²⁴ O CSE não constitui um título executivo, “é uma nova espécie no mundo dos títulos jurídicos com efeitos extraterritoriais no direito internacional privado europeu” (González, 2014, p. 40). Tradução nossa. Neste sentido, surgem dificuldades em torno do seu propósito simplificador, visto que são exigidas, pelos EM, formalidades adicionais para que os herdeiros ou legatários possam ver os seus direitos executados. Cf. Philippot, 2022, p. 12; Nourissat (dir.), 2022, p. 31; e Xavier, 2023b, pp. 69-70.

²⁵ Chaves, 2016, p. 77.

²⁶ Boulanger, 2022, p. 56.

²⁷ Boulanger, 2022, p. 56.

forma, poderiam surgir da necessidade de emissão de múltiplos documentos com fins análogos nos diversos EM que possam interessar à sucessão.

2. Papel facilitador do Certificado Sucessório Europeu no reconhecimento transfronteiriço da titularidade sucessória

Uma das características distintivas do CSE é o seu reconhecimento automático em todos os EM onde é diretamente aplicável o Regulamento das Sucessões.

A complexidade e a demora muitas vezes associadas aos processos de reconhecimento de decisões judiciais, atos autênticos e transações judiciais num EM diferente do de origem foram simplificados com a entrada em vigor do Regulamento das Sucessões²⁸.

No entanto, os atos autênticos, ainda que estejam sujeitos a um procedimento facilitado de aceitação entre EM, encontram limitações na amplitude da produção dos seus efeitos.

Ao compararmos a certeza e previsibilidade que o Regulamento trouxe à circulação, por um lado, dos atos autênticos e, por outro lado, do certificado na União Europeia, verificamos que os primeiros estão sempre sujeitos à produção exclusiva dos efeitos de que estiverem revestidos na ordem jurídica interna do EM em que foram emitidos (art. 59.º, n.º 1)²⁹.

Por outras palavras, os documentos internos próprios de cada EM não produzem efeitos substantivos – o art. 59.º não os atribui –, ao passo que o CSE os produz e uniformemente, conforme o disposto no art. 69.º, n.º 1.

Ora, tal significa que uma habilitação de herdeiros exarada em Portugal³⁰, por exemplo, pode não ter o mesmo alcance e produção de efeitos na ordem jurídica francesa que tem no foro interno. Esta falta de uniformidade na produção dos efeitos dos atos internos de cada EM resulta, naturalmente, da sua diversidade legislativa³¹.

A habilitação de herdeiros portuguesa carece da força probatória intrínseca que o CSE produz “além das fronteiras de cada Estado”³², fazendo apenas a prova plena do que tiver sido declarado perante a autoridade que a lavra. O CSE tem em si a presunção de que os herdeiros que nele constam identificados são aqueles e apenas aqueles³³.

²⁸ Sobre o reconhecimento, executoriedade e execução das decisões e a aceitação e executoriedade dos atos autênticos e transações judiciais, cf. Marinho, 2015, pp. 93-110.

²⁹ Cf. Ramos, 2013, p. 107; e Chaves, 2016, p. 73.

³⁰ Sobre a natureza e os efeitos da habilitação de herdeiros portuguesa, cf. Xavier, 2023b, pp. 59-67.

³¹ A própria definição de “ato autêntico” oferecida pelo legislador europeu no art. 3.º, n.º 1, i) é sensível ao “espaço jurídico-cultural alargado marcado pelas diferenças de arquitetura de regimes legais” (Marinho, 2015, p. 107).

³² Ramos, 2013, p. 109.

³³ Patrão, 2012, p. 17.

Seguindo o exemplo acima apresentado, em França, seria uma opção mais fácil e segura a apresentação do certificado para a produção dos seus fins, desconsiderando-se a utilização da habilitação de herdeiros³⁴. É importante notar que o contrário obrigaria a autoridade francesa, no caso, a proceder a uma investigação acerca dos efeitos que o documento estrangeiro pode produzir na sua ordem jurídica, na medida da compreensão do que são os “efeitos o mais equiparáveis possível” (art. 59.º, n.º 1)³⁵.

O CSE não tem espaço para qualquer limitação ou dúvida: os efeitos que produz nos EM são os previstos no art. 69.º do Regulamento.

Nesta linha, o certificado beneficia de um regime legal próprio que permite, através de uma aplicação uniforme, a transferência de direitos, obrigações e património mais célere entre EM, sendo uma ferramenta prática e útil que não requer qualquer procedimento adicional para ser efetivamente reconhecida³⁶.

A utilidade incontestável do reconhecimento automático do CSE entre EM torna dispensável a emissão de documentos análogos internos dos EM nos casos em que estejamos perante uma sucessão transnacional europeia.

Cabe referir que a finalidade transfronteiriça do certificado implica o seu reconhecimento, como a produção dos seus efeitos não apenas “noutro Estado-Membro” (art. 63.º, n.º 1), mas também no EM de origem, isto é, naquele em que foi emitido (art. 62.º, n.º 3).

Enquanto meio de prova confiável, o CSE apresenta uma eficácia plena nas três funções principais³⁷³⁸ a que se destina.

Desde logo, o certificado serve os titulares do mesmo, na medida em que os legitima perante as autoridades de outros EM. O processo de reconhecimento é agilizado, e importa sublinhar que a função do certificado não é a transferência propriamente dita dos bens da herança do *de cuius*, mas a prova da qualidade dos legítimos interessados na herança, identificados no art. 63.º do Regulamento.

³⁴ A opção pela utilização de um ato autêntico estrangeiro pode implicar a utilização do Formulário II do anexo 2 do Regulamento de Execução, que descreve a força probatória do ato autêntico conforme o EM de origem (art. 59.º, n.º 1, segundo parágrafo). Contudo, perguntamo-nos se a autoridade recetora pode exigir a apresentação desse formulário como condição para aceitar o ato autêntico estrangeiro, na medida em que o Regulamento não nos esclarece acerca da necessidade deste documento para a integração no regime de aceitação recíproca entre EM. É esta possibilidade uma opção dada aos interessados, mas não à autoridade recetora? Pode a autoridade recetora exigir a apresentação do formulário? Consideramos mais favorável ao regime criado pelo legislador europeu a necessária apresentação do formulário, na medida da simplificação da utilização do ato autêntico estrangeiro.

³⁵ Sobre a autenticidade, validade, conteúdo substancial e executoriedade dos atos autênticos cf. Gonçalves, 2015, pp. 16-17.

³⁶ Boulanger, 2022, p. 55.

³⁷ Boulanger, 2022, p. 56.

³⁸ O CSE “constitui um documento válido para a inscrição de bens da sucessão no registo competente de um Estado-Membro” excetuando-se os casos plasmados nas alíneas k) e l) do art. 1.º, n.º 2 do Regulamento (art. 69.º, n.º 5).

Mais, o CSE vai permitir a proteção dos terceiros que contratem com a pessoa ou as pessoas nele designadas como sucessores. Esta proteção é, evidentemente, limitada pelo conhecimento que aquele terceiro tenha acerca da inexatidão do conteúdo do certificado e pela sua opção em ignorá-la (art. 69.º, n.ºs 3 e 4).

Esta segunda finalidade do certificado advém, de certo modo, da última: a de providenciar uma presunção ilidível da exatidão do seu conteúdo³⁹.

As informações constantes do CSE serão, à partida, verdadeiras. No entanto, a prática revelou que muitas vezes são colocadas no certificado informações que não pertencem exclusivamente ao estatuto sucessório. Por exemplo, a indicação do regime de bens do casamento do *de cuius*.

Ainda que estas informações extrassucessórias contribuam para o propósito facilitador do processo sucessório europeu, cabe referir que não estão abrangidas pela presunção que acompanha as demais informações do certificado relativas a matéria sucessória⁴⁰.

Nas palavras de Rita Lobo Xavier, o CSE constitui “um documento dotado de valor probatório específico, que faz presumir a exatidão dos elementos nele contidos apenas no que se refere às matérias que se situam no âmbito do Regulamento”⁴¹.

Esta circunscrição exclusiva à matéria sucessória advém do disposto no art. 1.º, n.º 2, que exclui explicitamente do âmbito de aplicação material do Regulamento várias matérias, nomeadamente, os regimes relacionados com o casamento (alínea d)). Mas, também do considerando n.º 71 do Regulamento que nos diz que “a força probatória do certificado não deve ser estendida a elementos não regulados pelo presente regulamento”.

Neste sentido, podemos facilmente compreender que sempre que seja apresentada prova em contrário do que estiver disposto no certificado – respeitante a matéria sucessória ou não – este pode ser submetido a alterações.

Importa, por isso, verificarmos quais as condições para a eventual retificação, modificação, revogação e suspensão do CSE.

3. Retificação, modificação, revogação e suspensão

Uma vez emitido, o CSE não está isento de sofrer alterações à sua condição material ou validade. O art. 71.º do Regulamento regula esta matéria, dispondo, essencialmente, que o certificado pode sofrer três tipos de transformações, por dois motivos distintos.

³⁹ González, 2014, p. 40.

⁴⁰ Esta informação pode constar do CSE na medida da sua necessidade para a emissão do mesmo (art. 68.º, h)). Para uma análise mais aprofundada acerca da confusão que possa dar-se a respeito das questões relativas às relações familiares e regimes matrimoniais com a matéria sucessória visada pelo Regulamento cf. Xavier, 2023a, p. 571, nota 22; Xavier, 2023b, pp. 70-71, nota 27; e Patrão, 2020, pp. 153-180.

⁴¹ Xavier, 2023b, p. 70.

Se, por um lado, do certificado constar erro material, este fica sujeito a retificação. Se, por outro lado, constar alguma inexatidão naquele, então pode estar sujeito quer a modificação, quer a revogação.

Qualquer que seja o tipo de transformação que o certificado possa sofrer, a iniciativa para a promoção da mesma pode pertencer quer à autoridade emissora, quer a uma qualquer pessoa que demonstre possuir um interesse legítimo naquela alteração.

No caso de se tratar de uma retificação por erro material, a autoridade emissora deve retificar o certificado *ex officio* quando der conta do erro e, naturalmente, se ainda não tiver havido um pedido por parte de um legítimo interessado no certificado (art. 71.º, n.º 1).

O mesmo sucede quando conste do certificado uma inexatidão: este fica automaticamente sujeito a uma modificação ou revogação, no todo ou em parte, com a ressalva de que a autoridade emissora apenas tem poder para realizar aquelas transformações quando a legislação nacional do EM a que pertence o permita (art. 71.º, n.º 2).

Em qualquer uma das situações, a autoridade emissora está sempre vinculada por um dever de informação a todas as pessoas a quem foi entregue uma cópia autenticada do certificado.

Segundo o disposto no art. 71.º, n.º 3, esta notificação é devida “sem demora”, conceito que, no nosso entender, é ambíguo e subjetivo. Seria, assim, do interesse da autoridade emissora e das partes interessadas no CSE que tivesse sido definido pelo Regulamento um prazo adequado para a notificação de todos os sujeitos identificados no art. 70.º, n.º 1, a contar da data da retificação, suspensão ou anulação do certificado. Nestes termos, seria mais bem cumprido o propósito do Regulamento das Sucessões de garantir aos cidadãos maior certeza e segurança jurídica.

Em todo o caso, é importante referir que os efeitos do CSE suspendem nos termos do disposto no art. 73.º, n.º 1, a).

A autoridade emissora deve fazer chegar a informação de que os efeitos do certificado foram suspensos a todas as pessoas a quem foram entregues cópias autenticadas do certificado, não podendo, naturalmente, ser entregues mais cópias autenticadas durante aquele período (art. 73.º, n.º 2).

4. Vias de recurso

O CSE pode, além de todo o exposto, sofrer alterações em função de uma contestação perante uma autoridade judicial do EM a que pertence a autoridade emissora. O Regulamento dedicou a esta matéria o art. 72.º, intitulado “vias de recurso”.

As vias de recurso criadas pelo Regulamento das Sucessões apenas funcionam nos casos em que a autoridade emissora decidiu pela emissão do certificado, sua retificação, suspensão e anulação, ou pela recusa de proceder a qualquer uma destas decisões (arts. 67.º e 71.º).

No nosso entender, as decisões da entidade emissora sujeitas a recurso integram, também, os casos em que os legítimos interessados considerem, razoavelmente, que há “demora” na emissão do certificado.

O art. 67.º, n.º 1 utiliza a expressão “sem demora” – sobre a qual já tivemos oportunidade de expor a nossa opinião –, que pode significar um entrave no avançar do processo sucessório dos interessados no certificado. Assim, por meio de contestação perante uma autoridade judicial, o interessado poderá ver o certificado ser emitido de forma mais célere, nos mesmos termos em que funcionaria uma contestação relativa à recusa injustificada da emissão do CSE, conforme o disposto no art. 72.º, n.º 2, última parte.

Assim, qualquer pessoa que demonstre possuir um interesse legítimo pode contestar as decisões tomadas pela autoridade emissora perante uma autoridade judicial, desde que seja respeitada a forma da contestação prevista pela lei do EM em questão⁴².

Novamente, o certificado fica sujeito a retificação, modificação ou revogação. Contudo, estas alterações já não serão exclusivamente realizadas pela autoridade emissora, podendo a autoridade judicial competente proceder às mesmas, como verificámos.

No decorrer do período da contestação, até que seja determinada uma decisão relativa ao certificado, os seus efeitos são suspensos pela autoridade judicial. Esta deve informar todas as pessoas a quem foram entregues cópias do certificado da suspensão do mesmo nos termos do disposto no art. 70.º, n.ºs 1, b) e 2.

5. Prazo de validade

O CSE, uma vez emitido, fica obrigatoriamente depositado nas instalações da autoridade emissora competente. Apenas podem ser entregues cópias do certificado, sendo mantida uma lista, por parte da autoridade emissora competente, das pessoas a quem foram entregues as respetivas cópias (art. 70.º, n.ºs 1 e 2). Só desta forma podem ser corretas e efetivas as comunicações que mencionámos acima acerca da retificação, modificação, revogação e suspensão do certificado.

As cópias do certificado têm, contudo, uma validade limitada de seis meses. A partir deste prazo, os possuidores de uma cópia do CSE devem requerer uma nova cópia

⁴² Boxstael & Goossens, 2017, pp. 233-234.

autenticada ou uma prorrogação do prazo da cópia que possuem à autoridade emissora competente (art. 70.º, n.º 3).

Estas medidas permitem aos requerentes uma utilização do certificado por um tempo mais alongado. No entanto, apenas o poderão fazer com o intuito de o utilizar para os fins indicados no art. 63.º do Regulamento das Sucessões.

Neste sentido, não nos parece viável que a autoridade emissora possa decidir pela emissão de uma nova cópia ou pela prorrogação do prazo da cópia do certificado quando já não seja concebível, no caso concreto, a prossecução de algum daqueles fins. Pense-se no caso de, por exemplo, o executor testamentário já ter realizado a execução do testamento no tempo útil da primeira cópia autenticada do certificado e vir requerer, junto da autoridade emissora, uma nova cópia, passado o prazo dos seis meses.

Apesar de o Regulamento não o referir expressamente, no nosso entender, a solicitação da emissão de uma nova cópia ou da prorrogação do prazo da cópia autenticada do certificado está sujeita a uma apreciação desse mesmo pedido, de modo a compreender se é possível acedê-lo. A autoridade emissora competente deve, por isso, seguir os passos enunciados no art. 66.º, que trataremos *infra* com algum detalhe em relação à apreciação do pedido de um CSE, aquando da sua emissão⁴³.

Note-se que o Regulamento também não nos diz qual o prazo que pode ter a prorrogação da validade da cópia do certificado. Questionamo-nos, neste sentido, se ela “ganhará” outros tantos seis meses de validade, ou se a autoridade competente tem discricionariedade para decidir um prazo adequado.

Parece-nos que a autoridade emissora pode decidir o novo prazo do certificado, mais não seja o próprio art. 70.º, n.º 3 a dar-lhe a liberdade de “decidir que o prazo de validade é maior” quando é entregue a primeira cópia autenticada do certificado.

Mas, se por um lado, a curta limitação temporal a que as cópias autenticadas do CSE estão adstritas garantem a eficácia das alterações que o certificado possa sofrer – salvaguardando os seus beneficiários quanto a eventuais erros materiais e inexatidões –, por outro lado, podem não representar um prazo adequado para a “realidade da sucessão”⁴⁴. Foi neste sentido que o CNUE recomendou, nas conclusões do projeto “MAPE Successions”⁴⁵, o prolongamento do prazo de validade do CSE⁴⁶.

⁴³ V. Capítulo III, “1. Aspetos Gerais da Emissão do Certificado Sucessório Europeu”.

⁴⁴ Cf. TJUE, 01/07/2021, (C-301/20), “Vorarlberger Landes - und Hypothekenbank”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62020CJ0301&qid=1711042668553>.

⁴⁵ Cf. Notaries d’Europe, “MAPE Successions”, disponível em: <https://www.notariesofeurope.eu/en/notaries/mape-successions/>.

⁴⁶ Cf. Notaries d’Europe, “Monitoring and Evaluating the Application of the Succession Regulation EU 650/2012” – Recommendation n.º 17, disponível em: <https://www.notariesofeurope.eu/wp-content/uploads/2023/04/MAPE-Recommandations-FR.pdf>.

Capítulo III: Sugestões para o melhor funcionamento do Certificado Sucessório Europeu

1. Aspetos gerais da emissão do Certificado Sucessório Europeu

O CSE apenas pode ser emitido nos EM da União Europeia que integram o âmbito de aplicação espacial do Regulamento⁴⁷.

O seu pedido irá depender de dois fatores principais. Por um lado, os requerentes têm de, junto da autoridade competente, oferecer dados suficientes que permitam concluir pela transnacionalidade da sucessão. Por outro lado, têm de fazer prova da titularidade sucessória de uma dada qualidade e/ou dos direitos conferidos pela lei reguladora da sucessão. Não sendo possível concluir neste sentido, não é possível a emissão do CSE.

O certificado depende necessariamente de um pedido (art. 65.º, n.º 1)⁴⁸. Contudo, este pedido não segue uma forma obrigatória. Apesar de o Regulamento das Sucessões possibilitar a utilização do Formulário IV⁴⁹ (art. 65.º, n.º 2), os requerentes podem providenciar as informações necessárias por qualquer meio para que os elementos relevantes à sucessão possam ser certificados. As informações que devem constar do pedido são as enumeradas nas várias alíneas do art. 65.º, n.º 3.

No nosso entender, esta liberdade de escolha que é dada aos requerentes não traduz a melhor via para a completude do pedido. A utilização obrigatória do Formulário IV tornaria mais simples e célere qualquer procedimento petitório⁵⁰, uma vez que todas as informações necessárias para a obtenção de um pedido cabal já se encontram no respetivo formulário. Assim, o seu íntegro preenchimento não permitiria esquecimentos ou, até, a ausência de elementos essenciais⁵¹.

Cabe referir, a este propósito, que na Proposta do Regulamento das Sucessões estava prevista a utilização obrigatória do Formulário IV.

⁴⁷ V. Capítulo I, “3.3. Âmbito de aplicação espacial”.

⁴⁸ Uma vez requerido o certificado aproveita, na produção dos seus efeitos, a todos os restantes interessados. Cf. TJUE, 01/07/2021, (C-301/20), “Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62020CJ0301&qid=1711042668553>.

⁴⁹ Cf. Formulário IV do anexo 4 do Regulamento de Execução e respetivos anexos I a V, que facilitam a recolha das informações obrigatórias atendendo à situação do requerente.

⁵⁰ Como, aliás, o próprio Regulamento de Execução o refere na secção “advertência ao requerente” inserida no Formulário IV, dizendo que o mesmo “pode facilitar a recolha das informações necessárias para a emissão do Certificado Sucessório Europeu”.

⁵¹ Cf. Boulanger, 2022, p. 58. O autor sublinha que, na prática, os elementos a certificar constantes do formulário serão, na sua maioria, coincidentes com os “habituais” quando é requerido um “acte de notoriété”, na França. O mesmo sucede no caso português, relativamente à habilitação de herdeiros. Assim sendo, aconselha vivamente a utilização do “formulário tipo”, na medida em que facilita a recolha das informações, já tão bem conhecidas pelas autoridades competentes.

Contudo, a letra da lei não deixa espaço para dúvidas⁵²: lamentavelmente, com a entrada em vigor do Regulamento, os requerentes podem decidir acerca da forma como prestam as informações enumeradas no art. 65.º, abrindo espaço, no nosso entender, para falhas na celeridade ambicionada pelo Regulamento.

A emissão do CSE não depende apenas da formalização íntegra do pedido perante a autoridade emissora competente. Esta tem de proceder a uma investigação de modo a compreender se aquele pedido é admissível. Nos termos do disposto no art. 66.º, a apreciação do pedido pode implicar a apresentação de provas adicionais que comprovem os elementos do certificado, sendo absolutamente necessário que a autoridade emissora verifique a qualidade em que o requerente agiu e se é, de facto, conforme o previsto nos arts. 63.º, n.º 1 e 65.º, n.º 1.

Pode não ser possível emitir o certificado se o pedido não for idóneo, mas também com base nalgum dos fundamentos plasmados nas alíneas do art. 67.º, n.º 1.

Assim, os motivos de recusa para a emissão de um CSE dependerão da inaptidão do pedido apresentado, da contestação dos elementos a certificar ou da inconformidade entre estes e uma decisão relativa aos mesmos.

O procedimento a adotar pela autoridade competente no caso de não ser possível a emissão do certificado não está definido explicitamente pelo Regulamento das Sucessões⁵³. Naturalmente, há um dever de informação ao requerente daquele acaso, para que ele possa optar, se assim o entender, por uma via de recurso da decisão da autoridade emissora⁵⁴.

De outra forma, e não havendo qualquer impedimento justificável, a emissão do CSE é admissível, desde que concretizada unicamente através do “formulário estabelecido de acordo com o procedimento consultivo a que se refere o art. 81.º, n.º 2”, (art. 67.º, n.º 1).

O CSE é constituído, na sua forma mais simples, pelo Formulário V do Regulamento de Execução, presente no seu anexo 5.

Contudo, pode ser necessário complementá-lo com algum dos anexos I a VI daquele mesmo Formulário V em função da necessidade de serem fornecidos dados adicionais relativos a especificidades que dependerão de caso para caso.

⁵² Cf. TJUE, 17/01/2019, (C-102/18), “Brisch”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CJ0102&qid=1711126692914>. Neste acórdão, o TJUE reforça a ideia de que o Formulário IV não é, efetivamente, obrigatório.

⁵³ Em França, o “Code de Procédure Civile” contém, na secção VIII do Capítulo II, Título III, do Livro III, disposições exclusivas acerca do CSE, algo que não sucede noutros ordenamentos jurídicos europeus, nomeadamente o português. Naquela secção, o legislador francês indica expressamente que o notário informa o requerente por meio de carta registada com aviso de receção da recusa de emissão do certificado. Nesta informação terão de estar incluídos quer os motivos de recusa, quer as vias de recurso disponíveis (“article 1381-3 do Code de Procédure Civile”) (Boulanger, 2022, p. 59).

⁵⁴ O requerente pode contestar a recusa da emissão do certificado, conforme o disposto no art. 72.º, n.º 2, segunda parte. V. Capítulo II, “4. Vias de recurso”.

Neste sentido, quando o requerente for uma pessoa coletiva ou apresentar representantes legais, terão de ser utilizados também os anexos I e II, respetivamente. Se forem necessárias informações relativas ao regime matrimonial ou patrimonial equivalente da pessoa falecida, deve ser utilizado o anexo III. Quando haja herdeiros ou legatários, terão de ser utilizados os anexos IV e V, respetivamente, para a prova da sua qualidade e direitos. Por fim, quando haja um executor testamentário ou um administrador da herança, é necessária a utilização do anexo VI.

Os anexos que não forem utilizados devem ser justificados como desnecessários para o CSE pela autoridade competente, uma vez que a mesma está vinculada pelo próprio Formulário V a incluí-los, quando se demonstrem aquelas especificidades no caso concreto. A autoridade emissora tem sempre de indicar, na secção “anexos incluídos no certificado”, aqueles que fazem parte dele e aqueles que não fazem⁵⁵.

1.1. Atribuição da competência à autoridade emissora

O Regulamento das Sucessões, através das suas normas, tenta que haja apenas uma única autoridade competente para a emissão do CSE. Esta autoridade, na grande maioria das vezes, irá aplicar a lei do EM a que pertence⁵⁶. Isto traduz-se numa mais-valia, pois permitirá a correta aplicação da lei aplicável à sucessão, que é, naturalmente, a lei que rege os elementos que constam do certificado.

A competência para a emissão do CSE consubstancia-se em dois planos de atribuição consecutivos: internacional e nacional.

No primeiro plano, a competência internacional funciona como uma competência externa que é determinada exclusivamente pelo Regulamento das Sucessões nos seus arts. 4.º, 7.º, 10.º e 11.º. Trata-se da atribuição da competência judiciária internacional para os processos sucessórios que significa, simultaneamente, uma atribuição de competência para a emissão do CSE às autoridades emissoras (art. 64.º, primeira parte).

No segundo plano, a competência nacional opera enquanto competência interna dos vários EM, que definem quais as autoridades que podem emitir o CSE.

Contudo, os EM não têm total discricionariedade na escolha da autoridade competente para a emissão do certificado.

O Regulamento determina que podem ser competentes, por um lado, os órgãos jurisdicionais, tal como definidos pelo art. 3.º, n.º 2, e, por outro lado, as autoridades que, nos termos da legislação nacional de cada EM, tenham competência para tratar matérias sucessórias [art. 64.º, a) e b), respetivamente]. As autoridades internas com

⁵⁵ Boulanger, 2022, p. 59.

⁵⁶ Uma das singularidades do Regulamento é o critério que confere a coincidência *forum-ius*. Cf. Ramos, 2013, p. 88; Xavier, 2023a, p. 567; e Gonçalves, 2015, p. 18.

competência para a emissão do CSE têm de ser devidamente informadas à Comissão, nos termos do disposto no art. 78.º.

1.1.1. Regras de competência internacional

O Regulamento das Sucessões sistematiza as várias competências em, essencialmente, três grandes grupos: competência geral, competências residuais e competências especiais.

A competência geral dos EM para a emissão de um CSE segue o disposto na norma do art. 4.º, isto é, o critério da residência habitual⁵⁷ (considerando n.º 23). Este critério, para ser aplicável, implica que o *de cuius* tenha falecido num país da União Europeia onde seja aplicável o Regulamento. Trata-se de um critério que permite a fácil emissão do certificado, na medida em que a autoridade emissora competente é a do EM da última residência habitual do autor da sucessão, que aplicará a lei que melhor conhece, a sua.

As competências residuais são subsidiárias à regra da competência geral do art. 4.º, pelo que apenas podem ser tidas em conta quando o *de cuius* não residia num EM da União Europeia onde se aplica o Regulamento.

Ora, já sabemos que tem de ser, necessariamente, um EM a emitir o certificado, uma vez que este apenas produz os seus efeitos dentro da União. Assim, o Regulamento das Sucessões prevê quatro critérios residuais de modo que possa ser emitido um CSE quando o autor da sucessão não residia habitualmente na União.

O primeiro critério residual é o da nacionalidade. O art. 10.º, n.º 1, a) prevê que, quando se encontrem bens da herança num EM de que o falecido é nacional, então os órgãos jurisdicionais desse EM são competentes para decidir o conjunto da sucessão e, por conseguinte, as autoridades designadas para a emissão do certificado daquele EM também o serão, nos termos em que vimos acima.

O segundo critério é o do art. 10.º, n.º 1, b) e respeita ao EM da anterior residência habitual. As autoridades desse EM são competentes para a emissão do certificado, desde que se encontrem bens da herança do *de cuius* naquele EM e que seja proposta uma ação sucessória no prazo de cinco anos desde a mudança de residência habitual. Este critério é apenas vigente quando não haja uma última residência habitual num EM da União, nem haja bens da herança num EM da União de que o falecido fosse nacional⁵⁸.

O terceiro critério opera quando não haja residência habitual num EM da União, nem sequer bens num EM de que o falecido fosse nacional. Trata-se do critério da situação dos bens da herança, que deverão situar-se num EM, sendo certo que este

⁵⁷ Sobre o critério da residência habitual, cf. Pereira, 2014, pp. 15-18.

⁵⁸ A atribuição de competência com base nos critérios da nacionalidade e anterior residência habitual funciona para a totalidade dos bens da sucessão.

critério apenas vale para um pronunciamento daqueles bens por parte dos órgãos jurisdicionais competentes (art. 10.º, n.º 2)⁵⁹.

O quarto e último critério de aplicação residual é do *forum necessitatis*, previsto no art. 11.º. Este “critério da necessidade” só pode ser utilizado quando os interessados na emissão do certificado não puderem intentar uma ação sucessória no Estado terceiro com o qual a sucessão estava “estritamente relacionada”. Ao abrigo de uma competência “excecional”⁶⁰ é possível, então, recorrer aos órgãos jurisdicionais do EM que tenham uma “conexão suficiente” com o processo sucessório, decidindo estes de toda a sucessão.

Por meio de qualquer um destes critérios, geral e residuais, deve ser possível requerer um CSE no EM com competência internacional para decidir da sucessão. Contudo, o critério do art. 10.º, n.º 2 levanta algumas dúvidas acerca da sua eficácia para a emissão de um certificado, matéria que trataremos adiante.

No que diz respeito às competências especiais, o art. 7.º enumera os casos de atribuição de competência especial, que consideramos importantes analisar. Em causa estão os órgãos jurisdicionais do EM cuja lei tenha sido escolhida pelo falecido, nos termos do art. 22.º do Regulamento.

A escolha de lei pelo *de cuius* numa disposição por morte pode ter algum efeito na atribuição de competência para a emissão de um CSE. Contudo, não é essa mera escolha que determina a competência da autoridade emissora dos órgãos jurisdicionais de um EM.

O art. 7.º concede às partes o poder de “mover” o processo sucessório para os órgãos jurisdicionais de um EM diferente daquele que seria o competente para decidir a sucessão por força do critério geral da residência habitual, por exemplo.

Parece haver uma certa inutilidade na escolha de lei pelo autor da sucessão quando tenha em vista a atribuição de competência aos órgãos jurisdicionais de um concreto EM de que seja nacional.

A *professio iuris* foi concebida pelo legislador europeu no Regulamento das Sucessões numa perspetiva singular de conferir autonomia ao autor da sucessão, para que este possa optar por uma lei que promova previsibilidade e segurança jurídica no tratamento da sua sucessão.

Ora, a competência dos órgãos jurisdicionais para o tratamento das ações sucessórias não beneficia dessa discricionariedade.

As competências especiais do art. 7.º são, de certo modo, o mais próximo que podemos encontrar de uma *professio iuris* no que diz respeito à liberdade de escolha neste âmbito. Mas, como vimos, não é uma liberdade concedida diretamente ao *de cuius*,

⁵⁹ Este critério cumpre uma exceção ao princípio da sucessão unitária na medida em que apenas será disposta uma parte da herança. Cf. Gonçalves, 2015, p. 14.

⁶⁰ Pereira, 2014, p. 21.

dependendo das partes interessadas na sucessão – isto é, aquelas identificadas no art. 63.º, n.º 1.

No caso de ter havido uma escolha de lei, são três os cenários possíveis para a atribuição de competência aos órgãos jurisdicionais do EM cuja lei foi escolhida.

O primeiro diz respeito à declaração de incompetência a pedido de uma das partes na ação [art. 7.º, a)]. Tendo o *de cuius* escolhido como lei aplicável a lei de um EM de que é nacional, os órgãos jurisdicionais do EM que seriam competentes por força de algum dos critérios presentes nos arts. 4.º ou 10.º podem declarar-se incompetentes se for feito um pedido nesse sentido. No entanto, esse pedido parece ser exequível apenas quando o requerente faça prova de que “os órgãos jurisdicionais do EM cuja lei foi escolhida estão mais aptos a decidir da sucessão”, nomeadamente quando isso resulte das circunstâncias práticas da sucessão, como é o caso da residência habitual das partes e da localização dos bens da herança [art. 6.º, a)].

O segundo cenário ocorre quando as partes decidem sujeitar o processo sucessório aos órgãos jurisdicionais do EM cuja lei foi escolhida pelo *de cuius* [art. 7.º, b)]. Este “acordo de eleição do foro” está previsto no art. 5.º e é necessariamente reduzido a escrito, conforme o disposto no n.º 2. Uma vez atribuída a competência aos órgãos jurisdicionais do EM da lei escolhida por este método, os órgãos jurisdicionais onde tenha sido intentada a ação sucessória de acordo com os critérios de competência internacional dos arts. 4.º ou 10.º declaram-se incompetentes [art. 6.º, b)].

O terceiro e último cenário em que é possível haver uma trasladação da competência dos órgãos jurisdicionais de um EM para outro é o da aceitação [art. 7.º, c)]. As partes na ação podem simplesmente aceitar, desde que o façam de forma expressa, a competência do órgão jurisdicional onde a ação tenha sido intentada, ou seja, no EM cuja lei foi escolhida pelo falecido nos termos do art. 22.º.

Por qualquer uma destas formas, os órgãos jurisdicionais do EM da lei escolhida pelo *de cuius* passam a ser competentes para as ações sucessórias. Ora, tal significa que as autoridades desse EM são competentes para a emissão do CSE.

Porém, não é apenas a escolha expressa da lei aplicável que leva a uma alteração na competência para a emissão do certificado. A escolha presumida concretizada nos termos do disposto do art. 83.º, n.º 4 também nos leva ao mesmo resultado⁶¹. O mais importante a não esquecer é que essa escolha apenas vale esse tanto quando as partes façam um pedido ou acordem nesse sentido, levando à declaração de incompetência do órgão jurisdicional do outro EM.

⁶¹ Cf. TJUE, 09/09/2021, (C-422/20), “RK”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62020CJo422&qid=1711383420172>.

1.1.2. Regras de competência nacional

Logo que determinada a competência internacional do EM em que o CSE pode ser emitido, cabe compreender que autoridade em concreto desse EM terá competência para emití-lo. Por outras palavras, resta definir a autoridade exata a que os requerentes do certificado se devem dirigir.

O legislador europeu optou por entregar a responsabilidade da determinação das autoridades competentes para a emissão do CSE aos próprios EM (considerando n.º 70). O art. 78.º, n.º 1, c) do Regulamento compele os EM a informarem à Comissão quais as autoridades com competência para emitir o certificado.

Todavia, a designação das autoridades competentes emissoras está limitada pelo disposto nas alíneas do art. 64.º. Assim, os EM apenas podem designar autoridades nacionais que sejam órgãos jurisdicionais, na aceção dada pelo art. 3.º, n.º 2 do Regulamento, ou autoridades que, de acordo com a legislação própria de cada EM, tenham competência para tratar de matérias sucessórias.

Na prática, a maioria dos EM designou o notário como autoridade competente para a emissão do certificado, seguindo-se uma cumulação de competência entre notários e tribunais, havendo ainda alguns EM a optar pelos conservadores de registo e apenas um a manifestar a preferência por autoridades com competência tributária específica⁶².

2. Problemas concretos na aplicação do Regulamento das Sucessões e na emissão do Certificado Sucessório Europeu

2.1. Na União Europeia

O Regulamento das Sucessões não está eximido de problemas na sua aplicação e, em concreto, no que diz respeito à emissão do CSE. Afonso Patrão levanta várias questões e sugestões relacionadas com este aspeto, as quais aqui trazemos, com o propósito de as analisar, dada a sua evidente importância prática⁶³.

Desde logo, podemos perguntar-nos acerca da presunção de veracidade do conteúdo do certificado, quando a autoridade que recebe um certificado tenha a convicção de que a informação que nele consta diverge da realidade. O que pode a autoridade recetora fazer perante estas dúvidas?

A verdade é que a autoridade recetora não pode agir de forma contrária ou diferente do que dispõe o conteúdo do CSE. Contudo, o certificado pode sempre sofrer

⁶² Cf. European E-Justice, “Sucessões – Informação e formulários em linha nacionais relativos ao Regulamento n.º 650/2012”, disponível em: <https://e-justice.europa.eu/380/PT/succession>.

⁶³ Cf. Patrão, 2023, pp. 10 e 11; e Ordem dos Notários, “Certificado Sucessório Europeu. O impacto da transnacionalidade num mundo globalizado”, Youtube, 6/10/2023, vídeo, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LZFrjxkFAVo>.

alterações através do regime de retificação, modificação, revogação e suspensão dos arts. 71.º, 72.º e 73.º do Regulamento das Sucessões⁶⁴.

Como vimos, as alterações ao CSE são da exclusiva competência da autoridade emissora. Ora, no caso, a dúvida suscita-se perante a autoridade recetora e não emissora.

Uma solução possível, para esta situação em concreto, parece residir no disposto no art. 66.º, n.º 5. A autoridade emissora competente, antes de emitir um CSE, deve apreciar o pedido dos requerentes, verificando todos os aspetos que sejam relevantes para a correta emissão do certificado. Isto implica, necessariamente, pedir às autoridades dos outros EM que, sob esta prerrogativa de cooperação, facultem as informações e factos pertinentes para aquele processo sucessório.

Aplicando-se analogicamente esta norma ao caso levantado, a autoridade recetora deve também aceder a este dever de cooperação, informando, assim, a autoridade emissora dos motivos que a levaram a suspeitar da não veracidade do conteúdo do certificado.

Note-se que a autoridade recetora não tem qualquer poder para concretizar alterações no CSE que lhe é apresentado. Estas caberão sempre às autoridades emissoras competentes ou órgãos jurisdicionais do EM em que o certificado foi emitido.

A autoridade recetora pode, contudo, suspeitar do conteúdo do CSE por outros motivos, nomeadamente quando seja confrontada com um documento de fonte interna de conteúdo díspar.

Neste caso, não é fácil determinar qual dos documentos prevalecerá em função da força probatória quer do certificado (arts. 63.º e 69.º), quer dos atos autênticos (art. 59.º, n.º 1).

Por um lado, podemos entender que a força jurídica do CSE prevalece, na medida em que decorre do Direito da União Europeia, atuando aqui, particularmente, o Princípio do Primado do Direito da União.

Por outro lado, podemos considerar que caberá aos requerentes do certificado contestar os elementos que dele constam, nos termos do disposto no art. 72.º, se assim o entenderem⁶⁵. Não deixando para trás a opção de os interessados impugnarem o conteúdo do documento interno de efeito análogo junto da respetiva autoridade que o exarou.

A verdade é que é impossível determinar uma hierarquia entre o CSE e os atos autênticos utilizados para efeitos análogos em função dos efeitos substantivos que o primeiro produz e do regime de aceitação recíproca de que os segundos beneficiam. Caberá, em última análise, ao TJUE determinar qual o caminho a seguir. Até ao

⁶⁴ Cf. Capítulo II, “3. Retificação, modificação, revogação e suspensão do certificado” e “4. Vias de recurso”.

⁶⁵ Neste sentido, cf. Menezes, 2016, pp. 45-46.

pronunciamento deste alto tribunal, parece-nos uma opção mais segura a contestação do conteúdo de ambos os documentos, certificado e ato autêntico nacional. Assim, permite-se a investigação por parte das respetivas autoridades competentes, o que poderá, no melhor dos casos, traduzir-se na compatibilização dos documentos com a mesma verdade⁶⁶.

A emissão do CSE suscita particulares dúvidas em relação à competência para a sua emissão. Por exemplo, se é possível emití-lo quando a competência internacional de um EM é fundada no já mencionado critério residual do art. 10.º, n.º 2. Também cumpre perceber se o critério do *forum necessitatis* é um critério bastante para conferir a competência necessária para a emissão de um CSE. Por último, indagamo-nos acerca do procedimento quando haja dois (ou mais) EM com competência internacional para a emissão de um certificado baseada no critério residual do art. 10.º, n.º 1, a).

Quanto à primeira e segunda questões, a verdade é que é efetivamente possível a emissão de um certificado com base nestas competências. No preenchimento do ponto “4. Competência da autoridade emissora [(artigo 64.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012)]” do Formulário V, anexo 5 do Regulamento de Execução, a autoridade emissora deverá optar, quando seja aplicável, pela competência fundada no art. 10.º, ou pela competência fundada no art. 11.º.

Sendo certo que quer o Regulamento das Sucessões, quer o Regulamento de Execução assim o preveem⁶⁷, a pergunta talvez resida em saber qual o alcance que terá um CSE emitido nestas condições.

Sabemos que a competência internacional de um EM baseada no art. 10.º, n.º 2 é limitada aos bens que se nele se situem. Apesar disto, o CSE produz sempre os efeitos decorrentes do art. 69.º em todos os EM, tendo, assim, efeitos extraterritoriais.

Desta forma, a autoridade recetora de um certificado que tenha sido emitido com base na competência residual do art. 10.º, n.º 2 deve aceitá-lo e aos seus efeitos na sua plenitude, porquanto ele foi concebido especialmente para a fácil produção dos seus efeitos probatórios em todos os EM da União, independentemente da mais ou menos alargada competência internacional dos órgãos jurisdicionais do EM onde é emitido (arts. 64.º e 69.º). O mesmo vale para a competência excepcional do art. 11.º.

⁶⁶ Esta “verdade única” poderá, apesar de tudo, não ser alcançada perante o tratamento da sucessão de forma individual no plano interno e transnacional. Cf. Menezes, 2016, pp. 45-46. Não se afigura relevante tratarmos desta questão com maior detalhe, interessando-nos apenas o plano transnacional.

⁶⁷ O art. 64.º do Regulamento das Sucessões faz uma remissão expressa para o art. 10.º enquanto critério para fundar a competência da autoridade emissora. Trata-se de uma “competência específica para a emissão (...) podendo os interessados solicitar a emissão do CSE a uma das autoridades competentes de um qualquer dos EM apontados pelas referidas normas” (Marinho, 2015, pp. 113-114).

Quanto aos Estados terceiros, nada pode ser feito. Como já expusemos, o CSE apenas é documento bastante nos EM que se encontram dentro do âmbito de aplicação do Regulamento das Sucessões.

O legislador europeu, querendo excluir a amplitude dos efeitos do certificado em função da competência internacional atribuída aos órgãos jurisdicionais de um EM, tê-lo-ia feito expressamente numa das alíneas do art. 67.º, n.º 1 relativas às causas para a não emissão do formulário. Não o fazendo, parece-nos clara a intenção de manter os seus efeitos probatórios transnacionais dentro da União, independentemente da origem da atribuição de competência internacional.

A terceira questão não tem uma solução clara. À primeira vista, diríamos que perante uma dupla nacionalidade há, de facto, dois EM com competência internacional para emitir o CSE – naturalmente, quando o *de cuius* não residisse habitualmente na União, mas aí tivesse bens.

Mas significará isto que pode haver, simultaneamente, dois certificados?

Sabemos que o legislador europeu procurou haver apenas um único EM cujas autoridades tenham competência para a emissão do CSE, traduzindo-se isto na emissão de um único certificado.

Contudo, quando o *de cuius*, residente no Québec, por exemplo, tenha nacionalidade portuguesa e francesa e possua bens quer em Portugal, quer na França, tanto os órgãos jurisdicionais de um EM, como os do outro, terão competência internacional para tratar da sucessão.

Neste caso, ambas as autoridades, portuguesas e francesas, serão competentes para a emissão do certificado, o que nos leva ao seguinte quesito: haverá autonomia na escolha de um EM preferido ou haverá que determinar oficiosamente se há uma nacionalidade que prevaleça sobre a outra?

A liberdade de escolha deixada aos legítimos interessados neste caso concreto não tem qualquer apoio legal. Poderíamos argumentar no sentido de que esse poder é deixado aos requerentes do certificado nas situações de competência no caso de uma escolha de lei quando as partes façam um acordo de eleição do foro, ou peçam, provando-o, a declaração de incompetência de um EM em função de outro ser mais adequado para decidir da sucessão.

No entanto, este critério apenas valeria quando houvesse uma escolha de lei, nos termos do disposto no art. 22.º, algo que não sucede no caso que agora consideramos. Além do mais, a escolha por um dos EM em prejuízo do outro poderia constituir uma discriminação em função da nacionalidade.

Por outro lado, poderíamos conceber a hipótese de uma aplicação analógica do art. 17.º, relativo à litispendência, a esta situação. Sendo concretizados dois pedidos de

CSE pelo mesmo requerente sobre a mesma sucessão, a autoridade a quem fosse feito o segundo pedido ficaria impedida de emitir um novo certificado. Esta solução carece, todavia, de base legal, uma vez que o art. 64.º, relativo à competência para a emissão do certificado, não refere esta hipótese enquanto questão relativa à competência para emissão. Mais, para que fosse possível à autoridade onde foi feito o segundo pedido compreender que já havia sido realizado um primeiro noutro EM, seria necessário que houvesse uma comunicação prévia entre ambas as autoridades.

Assim, supondo que já tinha sido emitido um CSE na França, a autoridade portuguesa competente para a emissão, ao verificar que o *de cuius* tinha dupla nacionalidade, teria de pedir informações à autoridade francesa, num regime semelhante ao da “investigação”, presente no art. 66.º, n.º 5. Perante uma resposta positiva por parte da autoridade francesa, a autoridade portuguesa recusar-se-ia à emissão do certificado, com base no art. 17.º.

No nosso entender, o melhor caminho a trilhar para a resolução desta problemática seria o de estabelecer um sistema de arquivo registal eletrónico para Certificados Sucessórios Europeus.

2.1.1. Publicidade e registo dos Certificados Sucessórios Europeus

A criação de um sistema interconectado de publicidade de Certificados Sucessórios Europeus entre os EM afigura-se uma mais-valia, acentuando a segurança jurídica deste instrumento. Trata-se de uma estrutura que permite concretizar os objetivos do Regulamento das Sucessões, nomeadamente aqueles conexos com a sua abordagem unitária: uma única autoridade emissora que emite um único certificado, aplicando, sobretudo, uma única lei.

No sentido de conceber este sistema de partilha de informação, foi criada, em 2005, a ARERT⁶⁸. Esta associação tem como principal objetivo a interconexão dos registos nacionais de testamentos e Certificados Sucessórios Europeus, permitindo um processamento mais fácil e simples das *sucessões europeias*.

Presentemente, a ARERT integra um total de 21 países membros, sendo que 14 são membros ativos na partilha de informações sobre os registos nacionais de testamentos, e apenas a França, os Países Baixos e o Luxemburgo partilham também informações relativas ao CSE. Os restantes países, incluindo Portugal, lamentavelmente, não integram plena e ativamente este sistema de partilha de informação⁶⁹.

A verdade é que nem todos os EM possuem um sistema de registo de testamentos, de Certificados Sucessórios Europeus ou de outros documentos que interessem à

⁶⁸ Cf. ARERT (ENRWA), “Présentation”, disponível em: <https://www.arert.eu/lassociation-arert/>.

⁶⁹ Cf. ARERT (ENRWA), “Membres et partenaires”, disponível em: <https://www.arert.eu/membres-et-partenaires/>.

sucessão. E, mesmo nos EM em que existem esses sistemas de registo, muitas vezes é difícil aceder à informação que aqueles documentos contêm⁷⁰.

Os objetivos pretendidos com a criação do CSE apenas serão alcançados com a integração de todos os EM numa rede europeia de partilha de informações. Foi neste sentido que, no seu último relatório anual, o CNUE reforçou o trabalho realizado no “MAPE Succession”, recomendando à União Europeia a possibilidade de exigir a criação de um registo público de Certificados Sucessórios Europeus, interconectando-os por meio da ARERT⁷¹.

2.2. Em Portugal

Com o passar dos anos, verificam-se algumas incertezas relativamente ao CSE, nomeadamente no que diz respeito à questão da competência.

No ordenamento jurídico português, a competência para a emissão do CSE foi inicialmente atribuída de forma exclusiva aos conservadores de registo civil, na sequência das comunicações realizadas até ao dia 16 de novembro de 2014, ao abrigo do disposto no art. 78.º, n.º 1, c).

Contudo, no nosso ordenamento jurídico, os notários também protagonizam na emissão do certificado.

Os notários portugueses têm, perante o Regulamento, uma competência bidimensional. Se, por um lado, são dotados de uma competência extrajudicial no serviço que prestam ao público em geral, por exemplo, ao lavrar uma escritura de habilitação de herdeiros, por outro lado, atuam com competência jurisdicional quando tratem de um processo de inventário.

A competência extrajudicial dos notários não os sujeita às normas de competência internacional do Regulamento das Sucessões. Os notários portugueses apenas são considerados órgãos jurisdicionais para efeitos do Regulamento quando tratem, em concreto, de processos de inventário⁷² e, neste caso, podem atuar como autoridade competente para a emissão de um CSE.

Neste momento, é importante distinguirmos os tipos de processo de inventário que existem a cargo dos notários, assim como analisar as alterações legislativas que se deram desde a entrada em vigor do Regulamento das Sucessões até à data, para

⁷⁰ Cf. European E-Justice, “Sucessões”, disponível em: <https://e-justice.europa.eu/166/PT/succession>.

⁷¹ Cf. Notaries of Europe, “Annual Report Notaries of Europe 2023”, p. 10, disponível em: https://www.notariesofeurope.eu/wp-content/uploads/2024/02/Annual-report-CNUE-2023_EN_WEB_BD.pdf; e Notaries d’Europe, “Monitoring and Evaluating the Application of the Succession Regulation EU 650/2012” – Recommendation n.º 15, disponível em: <https://www.notariesofeurope.eu/wp-content/uploads/2023/04/MAPE-Recommendations-FR.pdf>.

⁷² “As competências atribuídas ao notário caracterizadoras da função notarial, revestem-se de natureza diversa daquelas que o notário é chamado a desempenhar quando realiza as competências que o regime do inventário notarial lhe atribui” (Câmara, 2021, pp. 176-177).

compreendermos que efeitos se deram perante os notários a nível da competência para emissão do CSE.

A Lei n.º 23/2013, de 5 de março⁷³, conhecida como RJPI, vigorava aquando da entrada em vigor do Regulamento das Sucessões.

Nos termos do RJPI, os processos de inventário eram instaurados nos cartórios notariais, sendo o notário competente para tratar de todo o processo, não podendo apenas praticar atos que sejam da exclusiva competência dos juízes (art. 3.º do RJPI)⁷⁴.

Naquele período, os notários portugueses eram competentes para a emissão do CSE, desde que este tivesse sido requerido no âmbito do processo de inventário que estivesse a decorrer no cartório notarial competente para o efeito. Ora, tal significa que os notários que atuavam neste âmbito estavam necessariamente ao abrigo das regras de competência judiciária definidas no Regulamento das Sucessões pelo art. 3.º, n.º 2 e considerando n.º 22.

Apesar de o RJPI ter sido revogado em 2019 pela Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro⁷⁵, em nada foi alterada a competência dos notários para a emissão do certificado aquando da sua atuação enquanto órgãos jurisdicionais na aceção dada pelo Regulamento.

Tínhamos, então, um *processo de inventário tradicional*, que atribuía, no fundo, competência aos notários portugueses para a emissão do CSE, e passámos a ter um *processo de inventário notarial* que manteve essa competência, porquanto vincula igualmente os notários portugueses às normas do Capítulo II do Regulamento das Sucessões, relativo à competência dos órgãos jurisdicionais⁷⁶. Em qualquer uma destas situações, o notário está obrigado, como estão os conservadores de registo na sua competência para a emissão do certificado, a verificar a sua competência jurisdicional internacional (considerando n.º 22)⁷⁷.

⁷³ Com a entrada em vigor desta lei assistiu-se, no ordenamento jurídico português a uma desjudicialização do processo de inventário, fruto da opção política então vigente. Cf. Menezes, 2016, pp. 20-22.

⁷⁴ Câmara, 2021, p. 157.

⁷⁵ A desjudicialização do processo de inventário manteve-se com esta alteração legislativa, mas sem qualquer imposição aos notários portugueses, como sucedia no regime anterior. Cf. Câmara, 2021, p. 177.

⁷⁶ Cf. Instituto dos Registos e do Notariado, “Parecer do Conselho Consultivo – Reflexos do Regulamento (UE) 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, na titulação em matéria sucessória”, 24/07/2015, (P.º C.P. 31/2015 STJ-CC), ponto 4.3., disponível em: https://irn.justica.gov.pt/Portals/33/Doutrina/Pareceres%20do%20Conselho%20Consultivo/Registo%20Predial%20Casa%20Pronta/2015/45_2015_C_P_31-2015_STJ-CC.pdf?ver=2019-06-11-093226-337.

⁷⁷ *A contrario*, deixam de valer as regras de competência internacional quando o notário seja competente por vontade das partes em instaurar uma partilha extrajudicial no seu cartório, não havendo obrigatoriedade de verificar a competência internacional para tratar do processo sucessório (considerando n.º 36). Cf. Instituto dos Registos e do Notariado, “Parecer do Conselho Consultivo – Reflexos do Regulamento (UE) 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, na titulação em matéria sucessória”, 24/07/2015, (P.º C.P. 31/2015 STJ-CC), ponto 4.2., disponível em: https://irn.justica.gov.pt/Portals/33/Doutrina/Pareceres%20do%20Conselho%20Consultivo/Registo%20Predial%20Casa%20Pronta/2015/45_2015_C_P_31-2015_STJ-CC.pdf?ver=2019-06-11-093226-337.

Note-se, contudo, que as regras do Regulamento das Sucessões relativas à lei aplicável, presentes no Capítulo III, são sempre vinculativas para qualquer autoridade competente. Em sentido contrário, cf. Menezes, 2016, p. 29, considerando que a atribuição da competência para a emissão do certificado ao abrigo do disposto no

Mais recentemente, com a entrada em vigor da Lei n.º 69/2023, de 7 de dezembro, foi atribuída aos notários competência específica para a emissão do CSE. A partir do dia 1 de março de 2024, o processo de emissão do CSE torna-se simplificado e mais acessível, passando os notários portugueses a dispor de uma competência expressa e independente da instauração de um processo de inventário no seu cartório notarial. Os legítimos interessados na emissão do CSE podem recorrer diretamente aos notários, assim que, ao abrigo do art. 64.º, b), seja efetivada a comunicação à Comissão da alteração a que se refere o art. 78.º, 1, *in fine*⁷⁸.

Contudo, quer estejamos perante um conservador de registo, quer perante um notário surgem problemas práticos no momento do pedido e da emissão de um CSE.

Numa perspetiva prática, Beatriz Fernandes realizou um estudo de modo a identificar os principais obstáculos que se deram nas conservatórias de registo civil, enquanto autoridades competentes para a emissão do certificado nos últimos anos⁷⁹.

O primeiro obstáculo prende-se com a necessidade de notificar todos os beneficiários de um CSE, para que o mesmo possa ser emitido (art. 67.º, n.º 2). Esta implicação torna o processo de emissão moroso, em especial porque muitos dos requerentes não residem em Portugal e atuam por intermédio de representantes legais.

O segundo obstáculo identificado está relacionado com as figuras jurídicas que existem no nosso ordenamento jurídico, desconhecidas pelos restantes EM, como o caso paradigmático do “cabeça de casal”, que não existe em nenhum outro ordenamento jurídico⁸⁰. Daqui surge uma tentativa de tradução com apoio nas várias versões linguistas do Formulário V⁸¹. O “alívio da restrição da tradução”, assim entendido pelo CNUE, foi também um dos problemas identificados na circulação do CSE na União por parte das autoridades recetoras. No “MAPE Succession” é, então, concretizada uma recomendação de que a União Europeia tome medidas para a simplificação, no sentido de agilizar uma tradução adequada dos conteúdos e termos respeitantes ao certificado⁸².

art. 64.º implica a vinculação às regras de competência do Regulamento, independentemente do exercício ou não de funções jurisdicionais por parte da autoridade competente.

⁷⁸ Com esta nova lei, parece-nos claro que os certificados emitidos pelos notários portugueses ficam sujeitos a arquivo eletrónico nos termos do art. 2.º, n.º 2, e) da Portaria n.º 121/2021, de 9 de junho, que regulamenta o arquivo eletrónico de documentos lavrados por notário e de outros documentos arquivados nos cartórios, a certidão notarial permanente e a participação de atos por via eletrónica à Conservatória dos Registos Centrais.

⁷⁹ Cf. Fondazione Italiana del Notariato, “Seminário Ibérico – Integração, migração e relações transfronteiriças. O diálogo entre o Regulamento Europeu das Sucessões e os regulamentos em matéria de regimes matrimoniais e de efeitos patrimoniais das parcerias registadas”, 16/05/2019, Coimbra, disponível em: <https://eventi.nservizi.it/evento.asp?evID=225&IDm=2866>. O estudo incide numa análise dos problemas que se verificaram no período temporal entre o ano de 2015 e 2019, relacionados com a aplicação do Regulamento das Sucessões e a emissão do CSE, numa perspetiva prática, entre os requerentes e as autoridades competentes para a emissão.

⁸⁰ Xavier, 2023b, p. 64, nota 11.

⁸¹ Sobre a dificuldade na correspondência dos conceitos entre os EM cf. Xavier, 2022, pp. 563-565.

⁸² Cf. Notaries d’Europe, “Monitoring and evaluating the application of the Succession Regulation EU 650/2012” – Recommendation n.º 14, disponível em: <https://www.notariesofeurope.eu/wp-content/uploads/2023/04/MAPE-Recommandations-FR.pdf>.

Mas as adversidades que surgem na aplicação do regime do CSE relacionam-se, muitas vezes, com a incerteza acerca dos elementos necessários e particulares da sucessão que têm de constar de um certificado. Desde logo, a existência ou não de um testamento é crucial para a emissão adequada de um certificado. Desempenha, por isso, um papel essencial, na viabilização desta informação, não só o registo centralizado de testamentos a nível europeu, já explorado acima, como os registos centrais em Portugal.

Conclusões

A sucessão transnacional caracteriza-se pelos diversos pontos de contacto que pode ter com diferentes ordenamentos jurídicos.

O Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, apoiando-se num critério de unidade de lei e competência, pretende combater os efeitos negativos da diversidade legislativa subjacente aos EM, que potencia a incerteza e insegurança jurídica dos cidadãos.

Este Regulamento criou o CSE com o objetivo de permitir a concretização fácil, célere e eficaz da prova, entre os EM, da condição de herdeiro, legatário, executor testamentário ou administrador da herança.

O CSE é um documento que reconhece a titularidade sucessória nele indicada, independentemente da qualificação atribuída no ordenamento jurídico de origem.

Neste sentido, o certificado tem sempre idêntico valor probatório em todos os EM em que é aplicável o Regulamento, o que pode não suceder se for feita uma opção pelo ato autêntico adotado num desses EM.

Assinalam-se três funções principais ao CSE: a legitimação sucessória da pessoa ou pessoas nele designadas; a proteção dos terceiros que contratem com a pessoa ou pessoas nele designadas como sucessores; e o fornecimento de um conjunto de informações presumidamente correspondentes à realidade.

Além disso, em certas situações, o CSE pode constituir um documento legítimo e adequado para a disposição e inscrição registal de bens da herança.

Este documento público de utilização opcional é flexível, na medida em que, perante um erro material ou uma inexatidão, pode ser submetido a alterações. A certeza do seu conteúdo está garantida não só pelo regime de suspensão dos seus efeitos, como pelo prazo de validade mínimo de seis meses a que está sujeito.

No ordenamento jurídico português, a prática jurídica tem manifestado algumas dúvidas e incertezas, quer da parte das autoridades emissoras, quer da parte dos requerentes do certificado. Têm surgido problemas acerca do concurso entre documentos de fonte interna e o CSE e sobre o âmbito de competência das autoridades emissoras quando a sua competência internacional é determinada por critérios residuais.

Ao entrarmos no décimo ano de vigência do CSE, verificamos que este instrumento ganhou notoriedade. Esperamos que com um eventual pronunciamento do TJUE acerca das questões que aqui trouxemos – que já vêm sendo levantadas pelos aplicadores do direito – e com o almejável desenvolvimento do sistema europeu de publicidade e registo

de testamentos e certificados, este instrumento ganhe a notoriedade de que entendemos ser merecedor.

Pensamos que a recente atribuição aos notários, no ordenamento jurídico português, da competência para emissão do CSE contribuirá para o aumento do seu êxito e adesão entre nós. Aguarda-se ainda que Portugal passe a integrar a ARERT para a partilha de informações relativa a disposições de última vontade e Certificados Sucessórios Europeus.

O CSE é um documento acessível, opcional e livre que se apresenta extremamente benéfico e essencial na propiciação de um elemento de prova simples, fácil e segura da qualidade de herdeiro, legatário, executor testamentário e administrador da herança.

Ainda assim, a circulação deste documento jurídico, que une os EM com o respeito pela sua diversidade, requer um esforço na consolidação do seu regime. Apenas ultrapassando os desafios que se prendem com a harmonização das diferenças que alicerçam uma União Europeia livre, justa e diversa podemos ter um CSE que impere na decisão célere, fácil e eficaz das sucessões europeias nos próximos anos.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, J. G. (2014). Apontamentos sobre o novo direito de conflitos sucessório. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º II, pp. 27-54.
- BOULANGER, D. (2022). Utiliser le Certificat Successoral Européen! *La Semaine Juridique – Notariale et Immobilière*, n.º 39, pp. 55-61.
- BOXSTAEL, J.L.V. (2012). Le Règlement Successoral Européen. *Revue du Notariat Belge*, n.º 11, pp. 838-863.
- BOXSTAEL, J.L.V. & GOOSSENS, E. (2017). Brève introduction au Certificat Successoral Européen. *Revue du Notariat Belge*, n.º 4, pp. 222-251.
- CÂMARA, C. (2021). *O processo de inventário judicial e o processo de inventário notarial*. Lisboa: Almedina.
- CHAVES, J. Q. (2016). *Sucessões. Certificado Sucessório Europeu*. Lisboa: Quid Juris.
- GONÇALVES, A. S. (2015). As linhas gerais do Regulamento Europeu sobre as Sucessões. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 52, pp. 3-20.
- GONZÁLEZ, J. C. (2014). Reglamento Sucesorio Europeo y actividad notarial. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, pp. 5-44.
- MARINHO, C. M. G. M. (2015). *Sucessões europeias. O novo Regime Sucessório Europeu*. Lisboa: Quid Juris.
- MENEZES, J. R. C. (2016). *O Certificado Sucessório Europeu*, Trabalho desenvolvido no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Privatísticas na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- NOURISSAT, C. (dir.), (2022). Droit international privé notarial. Chronique. *La Semaine Juridique – Notariale et Immobilière*, n.º 40, pp. 25-33.
- PATRÃO, A. (2020). A renúncia recíproca à condição de legitimário em direito internacional privado: entre o estatuto sucessório e o estatuto matrimonial. *Julgar*, n.º 40, pp. 153-180.
- PATRÃO, A. (2023). Certificado Sucessório Europeu. O impacto da transnacionalidade num mundo globalizado. *Revista Digital da Ordem dos Notários*, Edição Especial do IV Congresso Internacional do Notariado Português, n.º 0, pp. 10-11.
- PATRÃO, A. (2018). Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões. A determinação da residência habitual por autoridades extrajudiciais, o reenvio para a lei de um Estado-Membro e a mobilização da cláusula de exceção. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 92, tomo 2, pp. 1171-1200.
- PATRÃO, A. (2012). Regulamento Europeu das Sucessões. Inovações e desafios. *Atualidade e Tendências na Cooperação Judiciária Civil e Comercial*, pp. 15-18.
- PEREIRA, J. T. (2014). Competência em matéria sucessória – novas regras de sucessão internacional por morte. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º II, pp. 11-26.
- PHILIPPOT, A. (2022). Enregistrement des testaments établis à l'étranger et certificat successoral européen. *La Semaine Juridique – Notariale et Immobilière*, n.º 18, p. 12.

- RAMOS, R. M. M. (2013). O direito internacional privado das sucessões na União Europeia. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 89, n.º 1, pp. 69-114.
- SUÁREZ, I. R. U. (2013). La ley aplicable a las sucesiones mortis causa em el Reglamento (UE) 650/2012. *Indret – Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2.
- XAVIER, R. L. (2023). Planeamento sucessório e famílias globais – Regulamentos Europeus com impacto no estatuto patrimonial do casamento e no estatuto sucessório. *XXII Congresso Mundial de Derecho Registral – 22nd World Land Registration Congress, Oporto 2022*, IPRA-CINDER, pp. 562-578.
- XAVIER, R. L. (2023). Nota sobre a habilitação de herdeiros: sua natureza, efeitos e modo de impugnação. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1-4, pp. 59-75.

Fontes Eletrónicas

- ARERT (ENRWA), Membres et partenaires, disponível em: <https://www.arert.eu/membres-et-partenaires/>.
- ARERT (ENRWA), Présentation, disponível em: <https://www.arert.eu/lassociation-arert/>.
- COMISSÃO EUROPEIA, Simplification of regulation on international succession, 14/10/2009, (MEMO/09/447), disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/memo_09_447.
- DEUTSCHES NOTARINSTITUT – INSTITUT NOTARIAL ALLEMAND, Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l’Union Européenne. *Étude pour la Commission des Communautés Européennes, Direction générale Justice et Affaires intérieures*, Alemanha, 2002, disponível em: https://overseaschambers.com/media/40038/dnoti%20report%20testaments_successions_fr.pdf.
- EUROPEAN E-JUSTICE, Sucessões – Informação e formulários em linha nacionais relativos ao Regulamento n.º 650/2012”, disponível em: <https://e-justice.europa.eu/380/PT/succession>.
- EUROPEAN E-JUSTICE, Sucessões, disponível em: <https://e-justice.europa.eu/166/PT/succession>.
- FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO, Seminário Ibérico – Integração, migração e relações transfronteiriças. O diálogo entre o Regulamento Europeu das Sucessões e os regulamentos em matéria de regimes matrimoniais e de efeitos patrimoniais das parcerias registadas, 16/05/2019, Coimbra, disponível em: <https://eventi.nservizi.it/evento.asp?evID=225&IDm=2866>.
- HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW – Conférence de La Haye de Droit International Privé (HCCH), État présent, disponível em: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=83>.

INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO, Parecer do Conselho Consultivo – Reflexos do Regulamento (UE) 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, na titulação em matéria sucessória, 24/07/2015, (P.º C.P. 31/2015 STJ-CC), disponível em:

https://irn.justica.gov.pt/Portals/33/Doutrina/Pareceres%20do%20Conselho%20Consultivo/Registo%20Predial%20Casa%20Pronta/2015/45_2015_C_P_31-2015_STJ-CC.pdf?ver=2019-06-11-093226-337.

NOTARIES D'EUROPE, MAPE Successions, disponível em:
<https://www.notariesofeurope.eu/en/notaries/mape-successions/>.

NOTARIES D'EUROPE, Monitoring and Evaluating the Application of the Succession Regulation EU 650/2012, disponível em: <https://www.notariesofeurope.eu/wp-content/uploads/2023/04/MAPE-Recommandations-FR.pdf>.

NOTARIES OF EUROPE, Annual Report Notaries of Europe 2023, disponível em: https://www.notariesofeurope.eu/wp-content/uploads/2024/02/Annual-report-CNUE-2023_EN_WEB_BD.pdf.

ORDEM DOS NOTÁRIOS, Certificado Sucessório Europeu. O impacto da transnacionalidade num mundo globalizado, Youtube, 6/10/2023, Vídeo, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LZFrjxkFAVo>.

Publicações Oficiais

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, 09/12/2009, (28/XI/1ª – CACDLG/2009), Relator António Ribeiro Gameiro, disponível em:
<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5447566e4c304e505453387851304644524578484c30467963585670646d39446232317063334e686279394a626d6c6a6157463061585a68637955794d455631636d39775a576c6863>.

EUR-Lex, Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e à aceitação dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, 14/10/2009, [COM (2009) 154 final], disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:PT:PDF>.

EUR-Lex, Succession et testaments (Livre vert), 01/03/2005, [COM (2005) 65 final], disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/succession-and-wills-green-paper.html>.

INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO, Parecer do Conselho Consultivo – Reflexos do Regulamento (UE) 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, na titulação em matéria sucessória, 24/07/2015, (P.º C.P. 31/2015 STJ-CC), ponto 4.3., disponível em:
https://irn.justica.gov.pt/Portals/33/Doutrina/Pareceres%20do%20Conselho%20Consultivo/Registo%20Predial%20Casa%20Pronta/2015/45_2015_C_P_31-2015_STJ-CC.pdf?ver=2019-06-11-093226-337.

tivo/Registo%20Predial%20Casa%20Pronta/2015/45_2015_C_P_31-2015_STJ-CC.pdf?ver=2019-06-11-093226-337.

JOUE, Grupo de peritos sobre os efeitos patrimoniais do casamento e das outras formas de união, sucessões e testamentos na União Europeia (PRM -III/IV), 01/03/2006, (2006/C 51/03), disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2006:051:FULL>.

JOUE, Programa da Haia: Reforço da Liberdade, da Segurança e da Justiça na União Europeia, 04/11/2004, (2005/C 53/01), disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005XG0303\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005XG0303(01)).

Jurisprudência

TJUE, 01/03/2018, (C-558/16), “Mahnkkopf”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0558>.

TJUE, 17/01/2019, (C-102/18), “Brisch”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CJ0102&qid=1711126692914>.

TJUE, 01/07/2021, (C-301/20), “Vorarlberger Landes - und Hypothekenbank”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62020CJ0301&qid=1711042668553>.

TJUE, 09/09/2021, (C-422/20), “RK”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62020CJ0422&qid=1711383420172>.

**A medida de segurança de internamento à luz das alterações
introduzidas pela Lei n.º 35/2023, de 21 de julho:**

Uma análise crítica

Catarina de Almeida Gomes Centeno Lima

Sob a orientação do Professor
Doutor Pedro Miguel Freitas

Agradecimentos

Aos meus pais, por estarem sempre comigo, acreditarem em mim e me proporcionarem todas estas oportunidades.

Aos meus avós maternos, por todo o amor que sempre me deram.

À minha madrinha, por ter sido incansável e me ter motivado a dar o melhor de mim.

Aos meus amigos, por todo o carinho que me dão.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para que isto fosse possível.

Por último, um agradecimento ao Professor Doutor Pedro Freitas, por toda a disponibilidade e ajuda que me deu na realização desta dissertação.

Resumo

Na seguinte dissertação, iremos analisar a medida de segurança de internamento e as alterações introduzidas a esta sanção pela nova Lei de Saúde Mental, a Lei n.º 35/2023, de 21 de julho. Deste modo, iremos discutir as alterações feitas ao CP, nomeadamente a revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP.

Durante muito tempo, o CP admitiu que a medida de segurança de internamento fosse prorrogada sucessivamente, por períodos de dois anos, se o inimputável tivesse praticado um facto ilícito punível com uma pena com um limite máximo superior a oito anos e se este fosse criminalmente perigoso.

Por outro lado, iremos mencionar as alterações feitas pela nova Lei de Saúde Mental ao art. 93.º, n.º 2 do CP e ao art. 96.º, n.º 1 do CP.

O art. 93.º, n.º 2 do CP agora estabelece que a revisão obrigatória da medida de segurança de internamento será feita anualmente.

O art. 96.º, n.º 1 do CP, atualmente, estabelece que, se entre a decisão de aplicação da medida de segurança de internamento e o início da sua execução passar um ano ou mais, os pressupostos subjacentes à sua aplicação terão de ser reanalisados.

Por fim, iremos tecer algumas considerações sobre estas alterações feitas à medida de segurança de internamento e daremos a nossa opinião sobre as mesmas.

Palavras-chave: medida de segurança de internamento; inimputabilidade; anomalia psíquica; perigosidade criminal; Lei de Saúde Mental.

Abstract

For a long time, the Portuguese Criminal Code admitted the security measure of detention to be successively extended, for periods of two years, if the non-imputable person had committed an unlawful act punishable by a sentence with a maximum limit over eight years and was criminally dangerous.

In the following dissertation, we will analyse the security measure of detention, and the changes made to this sanction by the new Mental Health Law, Law no. 35/2023, of the 21st of July. We will discuss the changes made to the Criminal Code, especially the repeal of its article 92, no. 3.

Additionally, we will address the changes made by the new Mental Health Law to article 93, no. 2 and to article 96, no. 1. Article 93, no. 2 now establishes the compulsory revision of the situation of detention to be made yearly, while article 96, no. 1 sets that the execution of the security measure of detention cannot begin without a revision of the assumptions associated with its application if a year or more has passed since the decision of application of the measure.

Finally, we will make some considerations about these changes made to the internment security measure of detention.

Keywords: Security measure of detention; deprivation of liberty; non-imputability; psychic anomaly; criminal dangerousness; Mental Health Law.

Lista de siglas e abreviaturas

APA	<i>American Psychiatric Association</i>
AR	Assembleia da República
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CEPMPL	Código de Execução das Penas e das Medidas Privativas da Liberdade
CIDPD	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CSM	Conselho Superior da Magistratura
CSMP	Conselho Superior do Ministério Público
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DP	Direito Penal
DSM-5	<i>Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders</i>
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
GOV.	Governo
LOSJ	Lei de Organização do Sistema Judiciário
LSM	Lei de Saúde Mental
N.º	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
P.	página
Pp.	páginas
PR	Presidente da República
PRI	Pena Relativamente Indeterminada
Ss.	Seguintes
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TC	Tribunal Constitucional

Índice

Introdução	7
Capítulo 1. O sistema penal português	8
1.1 Fins das reações criminais	8
1.2 Dualismo e monismo	10
1.3 Medidas de segurança	12
1.4 Princípios constitucionais aplicáveis às medidas de segurança	12
1.4.1 Princípio da legalidade	12
1.4.2 Princípio da proporcionalidade em sentido amplo	13
1.4.3 Princípio da personalidade ou insuscetibilidade de transmissão de reações criminais	14
1.4.4 Princípio da jurisdicionalidade	14
1.4.5 Princípio da prescritibilidade	15
1.4.6 Princípio da humanidade	15
Capítulo 2. Inimputabilidade	16
2.1 Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica	16
2.1.1 Psicoses	18
2.1.2 O transtorno de desenvolvimento intelectual	18
2.1.3 Psicopatia	18
2.1.4 As neuroses	19
2.1.5 Estados alterados de consciência	19
2.2 Imputabilidade diminuída	20
2.3 Actio libera in causa	20
Capítulo 3. Internamento em razão de anomalia psíquica	22
3.1 O regime do art. 91.º, n.º 2 do CP	22
3.2 Revisão da medida de segurança de internamento	24
3.3 Liberdade para prova	25
3.4 Suspensão de execução do internamento	26
Capítulo 4. Lei n.º 35/2023, de 21 julho de 2023	29
4.1 Antecedentes	29
4.2 Pareceres à Proposta de Lei n.º 24/XV/1.ª (GOV.)	30
4.3 Alterações introduzidas pela Lei n.º 35/2023, de 21 julho	32
4.4 Considerações acerca das alterações feitas pela Lei n.º 35/2023, de 21 de julho	33
Conclusão	41
Referências bibliográficas	43
Jurisprudência	46

Introdução

A medida de segurança de internamento trata-se de uma reação criminal aplicável a agentes inimputáveis que, por padecerem de uma anomalia psíquica, tenham praticado um facto ilícito e sejam criminalmente perigosos. Esta sanção é a única medida de segurança privativa da liberdade admitida pelo legislador português e, por isso, tem algumas especificidades.

Deste modo, até à revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP, permitia-se que uma medida de segurança aplicada a um agente pudesse ser sucessivamente prorrogada, por períodos de dois anos, caso o limite máximo da pena do tipo legal de crime praticado pelo agente fosse superior a oito anos e desde que a perigosidade criminal do inimputável subsistisse. Assim, o inimputável podia ver a sua medida de segurança de internamento ser consecutivamente prorrogada, podendo, na prática, estar perpetuamente privado de liberdade.

Ainda que esta solução fosse viabilizada pela letra do art. 30.º, n.º 2 da CRP, ao permitir que os inimputáveis com uma anomalia psíquica e que fossem criminalmente perigosos estivessem indefinidamente privados da sua liberdade, em virtude de lhes ter sido aplicada uma medida de segurança de internamento, não se tratava de uma solução pacífica, tendo em conta que o art. 30.º, n.º 1 da CRP proíbe que as medidas privativas da liberdade tenham carácter perpétuo ou duração ilimitada ou indefinida, imposição que se constata só valer para agentes imputáveis.

Contudo, a 20 de agosto de 2023, entrou em vigor a nova LSM, a Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, que introduziu alterações à legislação penal, nomeadamente ao CP e ao CEPML, destacando-se a revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP e as alterações feitas aos arts. 93.º, n.º 2 e 96.º, n.º 1 do CP.

Destarte, iremos focar-nos nas alterações introduzidas pela Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, ao regime da medida de segurança de internamento, passando primeiramente por uma análise do sistema penal português e ao regime, pressupostos e princípios associados à aplicação de uma medida de segurança de internamento.

Por fim, analisadas todas estas temáticas, iremos tecer algumas considerações relativamente a estas alterações introduzidas pela LSM à legislação penal.

Capítulo 1. O sistema penal português

O DP é um ramo do Direito que visa proteger os bens jurídicos constitucionalmente consagrados e assegurar a paz jurídica na comunidade. Esta função é prosseguida com a tipificação de condutas penalmente relevantes, ações ou omissões, como crime, pois estas atentam contra bens jurídicos constitucionais, como a vida, a integridade física, a propriedade privada¹, etc.

A criminalização de condutas é da competência legislativa da AR, excepcionando-se os casos em que esta conceda autorização ao Governo para disciplinar tal matéria (art. 165.º, n.º 1, alínea c) da CRP). A AR poderá emitir uma lei de autorização legislativa, habilitando o Executivo a versar sobre este tema, através da publicação de um Decreto-Lei autorizado². Todavia, exige-se que esta autorização concedida pela AR ao Governo esteja devidamente delimitada material e temporalmente³ (art. 165.º, n.º 2 da CRP). Assume especial importância o princípio da legalidade (art. 29.º da CRP e art. 1.º do CP), que assegura que uma conduta será punível se estiver tipificada como crime em lei prévia, tal como afirma o brocardo “*nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege*”⁴.

No CP e em legislação avulsa, estão previstas as consequências jurídicas do crime, as penas e as medidas de segurança⁵. Estas assentam em pressupostos distintos: o agente será condenado numa pena quando incorrer num facto ilícito e culposo, enquanto lhe será aplicada uma medida de segurança se praticar um facto ilícito e for criminalmente perigoso⁶.

1.1 Fins das reações criminais

O art. 40.º, n.º 1 do CP institui as finalidades das penas⁷ e das medidas de segurança: a prevenção geral positiva e a prevenção especial positiva. A prevenção geral positiva ou de integração visa proteger os bens jurídicos penais através da reposição da confiança dos cidadãos nas normas vigentes desrespeitadas com a prática do facto ilícito e da restituição da paz jurídica⁸. A prevenção especial positiva ou de socialização promove a ressocialização do agente⁹.

Entre nós, as penas prosseguem finalidades de prevenção geral positiva e de prevenção especial positiva, dado que visam a reposição da confiança dos cidadãos na validade das

¹ Vide arts. 24.º, 25.º e 61.º da CRP.

² Canotilho, 2003, pp. 765-766.

³ *Ibidem*.

⁴ Ferreira, 1988, p. 14.

⁵ Dias, 2019, p. 3.

⁶ Antunes, 2024, pp. 142-143.

⁷ Estas poderão ser classificadas como penas principais, de substituição e acessórias.

⁸ Dias, 2019, pp. 90-91.

⁹ Carvalho, 2022a, p. 76.

normas desrespeitadas com a prática dos crimes e o restabelecimento da paz jurídica no seio da comunidade, bem como a ressocialização do agente (art. 40.º, n.º 1 do CP). A culpa é pressuposto e limite da pena (art. 40.º, n.º 2 do CP). Deste modo, um agente será condenando a uma pena se for culpado pela prática do crime, e a medida concreta da pena nunca poderá ser superior à culpa que lhe for imputada.

As finalidades prosseguidas pelas medidas de segurança geram discórdia no seio da Doutrina, apesar de o art. 40.º, n.º 1 do CP parecer consagrar que as medidas de segurança também têm como finalidades a prevenção geral positiva e a prevenção especial positiva.

Maria João Antunes considera que a única finalidade prosseguida pelas medidas de segurança é a prevenção especial positiva, negando que estas sanções penais tenham uma finalidade de prevenção geral positiva¹⁰. Assim, as medidas de segurança só asseguram a ressocialização do agente e não procuram restaurar a validade das normas desrespeitadas com a prática do ilícito-típico.

Taipa de Carvalho tece considerações sobre este mesmo tema, distinguindo entre o fim e as funções das medidas de segurança, considerando que o fim das medidas de segurança, privativas ou não privativas da liberdade, é sempre a defesa dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos pelas incriminações penais (art. 40.º, n.º 1 do CP)¹¹. Não obstante, reconhece como funções das medidas de segurança a prevenção especial de recuperação social e a eliminação da perigosidade criminal do agente¹². No entanto, admite que as medidas de segurança desempenhem também uma função de prevenção geral, alertando para a necessidade de distinguir as situações em que o agente é um inimputável daquelas em que o agente é um imputável perigoso ou por tendência. Desta forma, uma medida de segurança aplicada a um inimputável tem como funções a prevenção especial de neutralização social e a extinção da perigosidade criminal deste, mas também uma função de prevenção geral positiva de pacificação social. No que concerne aos imputáveis perigosos ou por tendência, em caso de condenação em PRI (arts. 83.º a 90.º do CP), esta sanção, na parte em que é executada como se de uma medida de segurança de internamento se tratasse, desempenha, para além da função de prevenção especial de recuperação social e de extinção da perigosidade criminal do agente, a prevenção geral de pacificação social e de restabelecimento da confiança dos cidadãos na capacidade do Estado para salvaguardar os bens jurídicos-penais¹³.

De outro modo, Conceição Cunha considera que as medidas de segurança têm como fins a prevenção especial positiva e a prevenção geral positiva, visando estas,

¹⁰ Antunes, 2002, p. 184.

¹¹ Carvalho, 2022a, pp. 88-91.

¹² *Ibidem*.

¹³ Carvalho, 2022a, p. 91.

primordialmente, colocar termo à perigosidade criminal do agente e ressocializá-lo. No entanto, sublinha que, enquanto consequências jurídicas do crime, as medidas de segurança procuram também tutelar e salvaguardar bens jurídico-penais, ainda que esta não seja a sua finalidade principal, e que a comunidade sente, ainda que de um modo menos intenso, que a paz jurídica e a confiança dos cidadãos nas normas penais foram colocadas em causa com o facto praticado pelo inimputável¹⁴.

Finalmente, Figueiredo Dias, em concordância plena com a letra do art. 40.º, n.º 1 do CP, defende que as medidas de segurança prosseguem também finalidades de prevenção geral positiva, ao protegerem bens jurídico-penais e visarem o restabelecimento da paz jurídica na comunidade, e finalidades de prevenção especial positiva, dadas as preocupações com a ressocialização do agente, de forma a evitar que o agente volte a cometer factos ilícitos da mesma espécie¹⁵. Sem embargo, Figueiredo Dias reconhece que a finalidade primordial das medidas de segurança é a prevenção especial positiva, ao priorizar-se a eliminação da perigosidade criminal do agente e a sua reintegração na sociedade¹⁶.

1.2 Dualismo e monismo

Relativamente às reações penais aplicáveis aos agentes, é preciso realizar uma distinção entre os sistemas dualistas e monistas. Numa primeira vertente, um sistema dualista caracteriza-se pela mera contemplação de penas e medidas de segurança, enquanto consequências jurídicas do crime¹⁷. Noutra aceção, o dualismo prevê a faculdade de um agente poder ser condenado, por factos distintos, numa pena e numa medida de segurança, no caso de ser considerado, respetivamente, imputável quanto a um facto e inimputável quanto a outro. Tal sucede, por exemplo, quando o agente comete um crime de ofensa à integridade física simples e outro de furto, sendo considerado imputável quanto ao primeiro e inimputável relativamente ao segundo, em virtude de ser cleptomaniaco. Deste modo, quanto à ofensa à integridade física simples, ser-lhe-á aplicada uma pena, enquanto poderá ser condenado a uma medida de segurança pelo crime de furto¹⁸. Quanto à forma como serão executadas estas sanções criminais, a resposta é-nos dada pelo art. 99.º do CP, que consagra o vicariato na execução, ficando claro que deverá ser cumprida, primeiramente, a medida de segurança de internamento (art. 91.º do CP) e, depois, a pena de prisão. Segundo o art. 99.º, n.º 1 do CP, o tempo despendido no cumprimento da medida de segurança de internamento será descontado na pena de prisão a cumprir.

¹⁴ Cunha, 2022, pp. 331-333.

¹⁵ Dias, 2019, pp. 100-105.

¹⁶ Dias, 2019, pp. 100-101.

¹⁷ Cunha, 2022, p. 323.

¹⁸ Dias, 2019, p. 114.

Sem embargo, um sistema penal pode ser classificado como dualista quando, para além de aos inimputáveis, em virtude de anomalia psíquica, as medidas de segurança forem, ainda, aplicáveis a agentes com imputabilidade diminuída e a agentes imputáveis criminalmente perigosos¹⁹.

Noutra conceção de dualismo, permite-se ainda que um agente, pela prática de um só facto, seja condenado numa pena e numa medida de segurança²⁰. Nestes casos, a aplicação da medida de segurança e da pena visa debelar a perigosidade criminal do agente²¹.

Inversamente, o monismo admite somente a condenação dos imputáveis em penas e dos inimputáveis em medidas de segurança, estando vedada a possibilidade de aplicação de uma pena e de uma medida de segurança a um facto perpetrado por um imputável²². Contudo, Eduardo Correia defende que estaremos perante um sistema monista, caso se admita a aplicação a um imputável de uma pena e de uma medida de segurança não detentiva pela prática de só um crime²³.

O legislador português permite que, pelo mesmo facto ilícito, um agente seja condenado numa pena e numa medida de segurança, desde que ambas não o privem da sua liberdade. Naturalmente, esta opção só será aplicável a imputáveis, visto não se poder dirigir um juízo de censura a um inimputável que, por definição, é alguém incapaz de culpa²⁴, não se lhe podendo aplicar uma pena. Para além disto, a única medida de segurança detentiva consagrada entre nós é o internamento por anomalia psíquica, aplicável só a inimputáveis (art. 91.º do CP).

No entanto, Taipa de Carvalho e Pinto de Albuquerque defendem a existência de um sistema dualista em Portugal, em virtude da contemplação da PRI²⁵ e da aplicação de medidas de segurança não privativas da liberdade a imputáveis²⁶.

Por outro lado, Figueiredo Dias considera que o sistema português se trata de um sistema monista prático ou tendencialmente monista, pela previsão da PRI²⁷ (arts. 83.º a 90.º do CP). A PRI visa solucionar casos de delinquência por tendência, delinquência especialmente perigosa e delinquência associada ao consumo excessivo de álcool e abuso de estupefacientes, tratando-se de um instituto híbrido entre uma pena e uma medida de segurança²⁸.

¹⁹ Cunha, 2022, p. 323.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Dias, 2019, pp. 115-116.

²² Albuquerque, 2022, p. 307.

²³ Correia, 1971, p. 72.

²⁴ O próximo capítulo tratará deste tema.

²⁵ *Vide* Carvalho, 2022a, pp. 87-88.

²⁶ *Vide* Albuquerque, 2022, p. 308.

²⁷ Dias, 2019, pp. 119-120.

²⁸ Antunes, 2024, p. 160.

1.3 Medidas de segurança

As medidas de segurança são consequências jurídicas do crime aplicáveis a agentes que cometam factos ilícitos e apresentem perigosidade criminal, devendo esta perigosidade reportar-se ao momento da aplicação da sanção²⁹. Apesar de também termos medidas de segurança não privativas da liberdade³⁰, como a interdição de atividades (art. 100.º do CP) e a cassação do título e interdição da concessão do título de condução com veículo a motor (art. 101.º do CP), só iremos tratar da medida de segurança privativa da liberdade: o internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica (art. 91.º e ss. do CP). Não obstante, há que referir que, ao contrário do que sucede com a medida de segurança de internamento por anomalia psíquica, as medidas de segurança não privativas da liberdade são passíveis de serem aplicadas a imputáveis.

1.4 Princípios constitucionais aplicáveis às medidas de segurança

Para que se compreenda melhor de que forma operam as medidas de segurança de internamento, passaremos a elencar alguns princípios constitucionais que disciplinam a sua aplicação.

1.4.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade (art. 29.º da CRP e arts. 1.º e 2.º do CP) é um princípio que desempenha um papel essencial na compatibilização da intervenção estadual, realizada através do direito penal, com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Desta forma, o legislador constitucional visou acautelar as situações em que o cidadão possa ser vítima de decisões arbitrárias ou que cerceiem, de forma excessiva, os seus direitos, liberdades e garantias. Assim, o princípio da legalidade materializa-se na obrigatoriedade de haver lei prévia, escrita, estrita e certa, para se poder afirmar a existência de um crime³¹.

Por um lado, só poderemos afirmar a existência de crime e identificar a pena aplicável a este se a lei for escrita, dado que só estaremos perante uma conduta criminosa e punível se essa for tipificada como tal, sob forma escrita, através de lei formal da AR ou decreto-lei autorizado do Governo (art. 165.º, n.º 1, alínea c) da CRP)³². Para que se possa considerar uma conduta como crime, é necessário que a conduta, bem como as reações criminais que possam ser aplicáveis ao agente que as pratique, estejam consagradas em lei certa, com a obrigação do tipo legal de crime identificar e descrever, de forma clara, a conduta

²⁹ Cunha, 2022, p. 329.

³⁰ Cunha, 2022, p. 334.

³¹ Dias, 2019, p. 209.

³² Carvalho, 2022a, p. 166.

criminalizada, permitindo que qualquer cidadão consiga compreender a proibição que lhe está associada³³.

Por outro lado, para se efetuar a criminalização de uma conduta específica e a fixação das consequências jurídicas que lhe serão aplicáveis, estas têm de estar previstas em lei que seja anterior à prática do facto concreto. Aqui, releva a proibição da aplicação retroativa da lei penal, ou seja, a impossibilidade de uma lei posterior ser aplicada a um facto cometido antes da entrada em vigor da mesma. Não obstante, tal proibição é relativa, pois a aplicação retroativa da lei penal é proibida somente *in malam partem*, sendo permitida nos casos em que demonstre ser favorável ao agente³⁴ (art. 2.º, n.º 4 do CP).

A criminalização de uma conduta e das reacções criminais que lhe serão aplicáveis tem de ser feita através de lei estrita³⁵, que impõe que as condutas criminosas estejam minuciosamente tipificadas em lei penal, bem como as concretas penas e medidas de segurança a que o agente possa ser condenado. No entanto, esta vertente do princípio da legalidade criminal não se esgota com esta ideia, pois institui a proibição da analogia penal. Esta proibição implica que estará vedada a hipótese de aplicar uma norma penal a um caso que não seja por ela especificamente previsto³⁶. Todavia, trata-se de uma proibição parcial, pois só vigora totalmente quanto à possibilidade de se prejudicar o agente com a sua utilização, mas não impede que se recorra à analogia nos casos em que esta favoreça o agente³⁷.

1.4.2 Princípio da proporcionalidade em sentido amplo

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo está consagrado no art. 18.º, n.º 2 da CRP, estabelecendo que qualquer limitação a um direito, liberdade ou garantia com protecção constitucional terá de passar pelo crivo da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁸.

O subprincípio da adequação obriga a que a medida de segurança concretamente aplicada ao agente seja capaz de assegurar as finalidades preventivas subjacentes à aplicação desta reacção criminal³⁹ (art. 40.º, n.º 1 do CP). O subprincípio da necessidade impõe que o julgador, ao aplicar ao agente uma medida de segurança, deve optar por aquela que garanta o cumprimento das finalidades preventivas inerentes a tal sanção, mas que, ainda assim, a escolha deve recair, sempre que possível, na que restringir menos os direitos, liberdades e garantias do cidadão. Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito institui a

³³ Silva, 2020, pp. 203-204.

³⁴ Silva, 2020, p. 202.

³⁵ Silva, 2020, p. 204.

³⁶ Dias, 2019, p. 220.

³⁷ Dias, 2019, p. 226.

³⁸ Canotilho, 2003, p. 457.

³⁹ A Doutrina portuguesa diverge quanto às finalidades prosseguidas pelas medidas de segurança.

obrigatoriedade de, ao aplicar uma medida de segurança, se atestar se esta não se afigura como excessivamente restritiva para os direitos, liberdades e garantias do agente, face às finalidades que tais sanções prosseguem (art. 40.º, n.º 3 do CP)⁴⁰.

1.4.3 Princípio da pessoalidade ou insuscetibilidade de transmissão de reações criminais

O princípio da pessoalidade ou insuscetibilidade da transmissão de reações criminais está consagrado no art. 30.º, n.º 3 da CRP e proíbe a transmissão da responsabilidade criminal de um agente para um terceiro. Assim, se for aplicada uma medida de segurança a um agente, só ele a poderá cumprir, não sendo possível que outrem o faça em seu lugar⁴¹.

1.4.4 Princípio da jurisdicionalidade

No art. 27.º, n.º 2 da CRP, consagra-se o princípio da jurisdicionalidade, instituindo-se que nenhum cidadão pode ser, de forma parcial ou total, privado da sua liberdade, com exceção dos casos em que o agente tenha sido condenado a pena ou medida de segurança, em sentença ou acórdão judicial⁴². Contudo, o art. 27.º, n.º 3 da CRP estipula algumas ressalvas a este princípio, consagrando uma lista taxativa de outros casos nos quais o cidadão pode ser privado da sua liberdade: a detenção em flagrante delito; a detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso ao qual seja aplicável pena de prisão com um limite máximo superior a três anos; a prisão, detenção ou qualquer outra medida coativa sujeita a controlo judicial de pessoa que tenha entrado ou permanecido irregularmente em território nacional ou contra a qual haja processo de extradição ou de expulsão a desenrolar-se; a prisão disciplinar que seja aplicada a militares, com garantia de recurso para as instâncias superiores competentes; a aplicação a menores de medidas previstas na lei de proteção de jovens e crianças em risco e na lei tutelar educativa, consoante o caso concreto, pelo tribunal judicial com competência para tal; a detenção de suspeitos de crimes, visando a sua identificação, somente pelo tempo considerado estritamente necessário; o tratamento involuntário, anteriormente designado por internamento compulsivo, aplicado por autoridade judicial competente, a cidadão que padeça de anomalia psíquica grave, que recuse efetuar o tratamento necessário e, por isso, coloque em perigo bens jurídicos pessoais ou patrimoniais do próprio ou dos demais⁴³.

⁴⁰ Canotilho, 2003, p. 457.

⁴¹ Cunha, 2017, p. 496.

⁴² Moutinho, 2017, p. 467.

⁴³ Vide arts. 14.º e 15.º da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho.

1.4.5 Princípio da prescritibilidade

O princípio da prescritibilidade das medidas de segurança encontra-se consagrado no art. 124.º do CP, estabelecendo que as medidas de segurança prescreverão ao fim de um certo prazo⁴⁴: as medidas de segurança privativas da liberdade, de que é exemplo único o internamento por anomalia psíquica, prescreverão no prazo de quinze anos, enquanto as demais, as medidas não privativas da liberdade, prescreverão decorrido um prazo de dez anos. Todavia, o n.º 2 do art. 124.º do CP introduz uma exceção a esta regra, determinando que a medida de segurança de cassação da licença de condução prescreverá decorrido um prazo de cinco anos.

1.4.6 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade prevê a inviolabilidade da integridade moral e física de todas as pessoas (art. 25.º, n.º 1 da CRP), proibindo a sujeição de qualquer cidadão à tortura e a tratos ou a penas que sejam tidos como cruéis, degradantes ou desumanos (art. 25.º, n.º 2 da CRP). Deste modo, entende-se a ligação indissociável do princípio da humanidade ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP)⁴⁵. Este respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana traduz-se, necessariamente, na impossibilidade de aplicação de medidas privativas da liberdade de cariz perpétuo ou sem uma duração concretamente definida, tal como prevê o art. 30.º, n.º 1 da CRP.

Todavia, o art. 30.º, n.º 2 da CRP introduz uma exceção a esta regra, permitindo que a medida de segurança de internamento por anomalia psíquica seja prorrogada sucessivamente, por decisão judicial, se a perigosidade criminal do inimputável o justificar. Tal como afirma Damião da Cunha, a motivação do legislador para a contemplação desta solução explica-se pelo facto de a perigosidade criminal do agente poder persistir, devendo este continuar a cumprir a medida de segurança, sob pena de constituir uma ameaça à segurança da comunidade⁴⁶.

⁴⁴ Albuquerque, 2022, pp. 549-550.

⁴⁵ Cunha, 2022, p. 37.

⁴⁶ Cunha, 2017, pp. 495-496.

Capítulo 2. Inimputabilidade

2.1 Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica

De acordo com a Doutrina Geral do Crime, têm de estar reunidos quatro requisitos para que uma conduta, quer se trate de uma ação ou omissão, possa ser classificada como crime: a conduta tem de ser típica, ilícita, culposa e punível. Assim, uma conduta será considerada típica quando o legislador penal a tipificar como tal, no CP ou em diploma avulso; uma conduta será considerada penalmente ilícita se atentar contra uma norma jurídico-penal, sendo penalmente desvaliosa⁴⁷; a culpa traduz um juízo de censura à personalidade do agente concretamente manifestada na prática do ilícito-típico; a punibilidade visa aferir a dignidade penal da conduta em causa, limitando os casos em que há intervenção penal⁴⁸.

Contudo, para que possamos dirigir um juízo de censura a uma conduta praticada por um agente, é necessário que este seja imputável. Apesar de o legislador não consagrar uma definição de inimputabilidade, é possível formulá-la, através dos arts. 19.º e 20.º do CP *a contrario*. Desta forma, um agente será imputável se tiver mais de dezasseis anos, conseguir avaliar a ilicitude da sua conduta e tiver capacidade para se determinar de acordo com essa avaliação. Aliás, é preciso compreender que a capacidade implica, necessariamente, uma aptidão cognitiva para raciocinar, de que a generalidade das pessoas dispõe, salvo os casos em que são acometidas por anomalias psíquicas⁴⁹.

A inimputabilidade (arts. 19.º e 20.º do CP) é uma causa de exclusão da culpa. As causas de exclusão da culpa distinguem-se das causas de justificação, dado que uma causa de exclusão da culpa não permite dirigir um juízo de censura à conduta do agente, não lhe podendo ser aplicada uma pena, mas somente uma medida de segurança pela prática do ilícito⁵⁰. Todavia, se tivermos um tipo justificante, o carácter ilícito da conduta é excluído e não poderá ser aplicada qualquer reação criminal ao agente⁵¹.

Entre nós, são admitidas duas causas distintas de inimputabilidade: a inimputabilidade em razão da idade (art. 19.º do CP) e a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica (art. 20.º do CP).

A inimputabilidade em razão da idade (art. 19.º do CP) determina que, para efeitos de responsabilidade penal, todas as pessoas com menos de dezasseis anos serão consideradas inimputáveis. O desenvolvimento psíquico de um jovem menor de dezasseis anos ainda não

⁴⁷ Dias, 2019, p. 311.

⁴⁸ Dias, 2019, p. 325.

⁴⁹ Neves, 2008, p. 125.

⁵⁰ Dias, 2019, p. 666.

⁵¹ Dias, 2019, pp. 449-455.

está concluído e, conseqüentemente, o legislador entende que a maioria dos jovens não terá capacidade para compreender plenamente o caráter ilícito de certas condutas, nem capacidade para se determinar de acordo com essa avaliação. Todavia, sabemos que o desenvolvimento dos menores não é homogêneo e, enquanto um jovem de dezasseis anos pode apresentar um nível de desenvolvimento psíquico muito elevado, outro poderá apresentar um grau de desenvolvimento psíquico menor, preferindo-se, ainda assim, considerar que todos os menores de dezasseis anos são inimputáveis⁵².

Noutra linha, temos a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica (art. 20.º do CP). A inimputabilidade em razão de anomalia psíquica trata dos casos em que o agente sofre de uma anomalia psíquica grave e, em virtude desta, fica impossibilitado, no momento da prática de um facto, de aferir a ilicitude das suas condutas ou de conformar a sua atuação de acordo com essa mesma avaliação (art. 20.º, n.º 1 do CP). Identificamos dois substratos distintos na inimputabilidade em razão de anomalia psíquica: um substrato biopsicológico, que se refere à anomalia psíquica grave que tem de afetar o agente⁵³, e o substrato normativo, isto é, a incapacidade do agente de avaliar a ilicitude da sua conduta ou de se conseguir determinar de acordo com essa mesma avaliação⁵⁴.

A adoção e consagração do conceito de anomalia psíquica no CP é da responsabilidade de Eduardo Correia e remonta à elaboração do Projeto do CP português, em 1963. Entre nós, houve preocupação em consagrar o conceito de anomalia psíquica, uma vez que, deste modo, se poderia abranger uma multiplicidade de situações que não eram subsumíveis a um conceito de doença psíquica⁵⁵, permitindo-se, assim, alargar o universo de agentes passíveis de serem declarados inimputáveis (art. 20.º, n.º 1 do CP).

Contudo, podemos afirmar que a mera constatação de que o agente padece de uma anomalia psíquica não conduz, de forma automática, a uma declaração de inimputabilidade, sendo necessário averiguar se essa anomalia psíquica, no momento da prática do facto, obstou a que o agente compreendesse a ilicitude da sua conduta e conseguisse compatibilizar a sua atuação com tal análise⁵⁶.

Posto isto, iremos elencar algumas anomalias psíquicas que poderão levar a uma declaração de inimputabilidade⁵⁷.

⁵² Carvalho, 2022a, p. 474.

⁵³ Dias, 2019, p. 672.

⁵⁴ Dias, 2019, p. 677.

⁵⁵ Neves, 2008, p. 169.

⁵⁶ Dias, 2019, p. 666.

⁵⁷ Trata-se de uma análise breve e que só contempla algumas anomalias psíquicas.

2.1.1 Psicoses

As psicoses são fenómenos de carácter psíquico que alteram os processos de funcionamento normal do cérebro do indivíduo por elas acometido, promovendo também alterações ao nível da sua personalidade⁵⁸. Desta maneira, podemos distinguir entre dois tipos de psicoses: as psicoses exógenas e as psicoses endógenas. As psicoses exógenas são perturbações mentais com origem em fenómenos externos ao agente, como problemas súbitos, tais como os acidentes vasculares cerebrais, a síndrome de Down e os delírios, geralmente associados a lesões traumáticas, ao consumo de estupefacientes, a um consumo elevado de bebidas alcoólicas ou ao abuso de medicamentos⁵⁹. As psicoses endógenas são perturbações mentais com cerne numa falha corpórea, sem estarem ligadas à realidade em que o sujeito se insere⁶⁰, sendo exemplos clássicos destas a esquizofrenia, o transtorno afetivo bipolar e a perturbação maníaco-depressiva⁶¹. Usualmente, as psicoses endógenas estão associadas a uma componente genética e hereditária, constituindo perturbações crónicas, que carecem de tratamento continuado⁶².

2.1.2 O transtorno de desenvolvimento intelectual

O transtorno de desenvolvimento intelectual é um atraso na normal aquisição de faculdades intelectuais por um indivíduo, quando comparado com o padrão comum para os demais sujeitos na mesma faixa etária, sendo usualmente diagnosticado na infância ou adolescência. O transtorno gera dificuldades de aprendizagem, de comunicação, de interação com os pares e problemas na gestão das emoções, estando associado a um elevado grau de imaturidade e a uma necessidade de acompanhamento específico. O transtorno de desenvolvimento intelectual pode ser classificado consoante a sua gravidade: ligeiro, moderado, elevado e profundo⁶³.

2.1.3 Psicopatia

A psicopatia é uma perturbação da personalidade, que geralmente é reconduzida ao transtorno de personalidade antissocial, ainda que não haja uma coincidência total entre ambos⁶⁴. O DSM-5 prevê a perturbação antissocial da personalidade⁶⁵, estando o diagnóstico de uma psicopatia mais facilitado. Deste modo, os indivíduos acometidos por esta perturbação tendem a ser frios, agressivos, inconsequentes, a não ter consideração pelos

⁵⁸ Correia, 1971, p. 339.

⁵⁹ Neves, 2008, pp. 26-27.

⁶⁰ Neves, 2008, p. 27.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Dias & Neto, 2014, p. 227.

⁶³ APA, 2023, p. 44.

⁶⁴ Bins & Taborda, 2016, p. 9.

⁶⁵ APA, 2023, p. 909.

demais e a violar as normas jurídicas que asseguram a convivência em sociedade, incorrendo com frequência na prática de crimes⁶⁶. Trata-se de agentes especialmente perigosos, pois tendem a não sentir remorsos⁶⁷.

2.1.4 As neuroses

As neuroses são transtornos psíquicos, sem fundamento orgânico, que provocam alterações na personalidade, no comportamento e na percepção que a pessoa afetada tem de si e dos demais⁶⁸. Trata-se de estados transitórios marcados por sensações de medo, ansiedade, fobias, obsessões e compulsões⁶⁹. Todavia, o termo neurose caiu em desuso, deixando mesmo de figurar no DSM-5⁷⁰, sendo que as neuroses passaram a ser subsumidas a perturbações já previstas nos manuais de diagnóstico em Psiquiatria, nomeadamente às perturbações da ansiedade⁷¹, tal como a perturbação da ansiedade generalizada, e às perturbações obsessivo-compulsivas⁷². Deste modo, também estas perturbações têm sintomas que já eram descritos nas neuroses, tais como o medo, ansiedade, os pensamentos intrusivos, entre outros⁷³.

2.1.5 Estados alterados de consciência

Podemos definir consciência como “um estado mental em que temos conhecimento da nossa própria existência e da existência daquilo que nos rodeia”⁷⁴. Deste modo, *a contrario*, é possível perceber que alterações nos estados de consciência levam o acometido por estas a estar alienado, de si, dos outros e da própria realidade, estando as suas faculdades psíquicas comprometidas⁷⁵. Geralmente, têm uma duração curta ou transitória e, ainda que possam ser induzidos pela própria pessoa que os experiencia, nomeadamente através da ingestão de álcool ou de estupefacientes, também poderão surgir em situações de sujeição a hipnose, prática de meditação ⁷⁶e nos sonhos⁷⁷.

⁶⁶ Bins & Taborda, 2016, p. 9.

⁶⁷ APA, 2023, p. 909.

⁶⁸ Cortesão, 1980, p. 424.

⁶⁹ Cortesão, 1980, p. 484.

⁷⁰ Guignard, 2020, p. 20.

⁷¹ APA, 2023, p. 261.

⁷² APA, 2023, p. 319.

⁷³ APA, 2023, p. 261.

⁷⁴ Damásio, 2010, p. 199.

⁷⁵ Almeida & Neto, 2003, p. 22.

⁷⁶ Simões, 1996, p. 29.

⁷⁷ Almeida & Neto, 2003, pp. 22-23.

2.2 Imputabilidade diminuída

Existem agentes que sofrem de uma anomalia psíquica grave e que, apesar de não serem considerados inimputáveis relativamente aos factos por si praticados, têm uma diminuta capacidade de avaliar a ilicitude das suas condutas ou de se determinarem de acordo com essa mesma avaliação. Nessas situações, o legislador, através do art. 20.º, n.º 2 do CP, permite que o julgador declare o agente como inimputável, consoante o caso concreto. Se estes agentes forem considerados imputáveis, o tribunal poderá aplicar-lhes uma pena, havendo quem defenda a possibilidade de esta se tratar de uma pena especialmente atenuada. No entanto, tal solução não será adequada a todos os casos em que o agente apresente uma imputabilidade diminuída, pois, muitas vezes, os factos praticados por estes agentes são graves e as exigências preventivas também elas elevadas, obstando a uma especial atenuação da pena⁷⁸.

Contudo, se estes agentes com inimputabilidade diminuída forem considerados pelo tribunal como inimputáveis, a possibilidade de lhes aplicar uma pena estará afastada, podendo ser-lhes aplicada uma medida de segurança, nomeadamente a medida de segurança de internamento por anomalia psíquica (art. 91.º do CP).

Esta solução visa afastar definitivamente a possibilidade de que estes agentes com imputabilidade diminuída venham a ser absolvidos pelo simples facto de não serem considerados totalmente imputáveis, nem serem considerados verdadeiramente inimputáveis⁷⁹.

O art. 20.º, n.º 3 do CP, ao referir-se a agentes que não interiorizam o desvalor das suas condutas, nem as finalidades das sanções que lhes são aplicadas, parece apontar situações passíveis de também serem reconduzidas ao art. 20.º, n.º 2 do CP⁸⁰.

2.3 *Actio libera in causa*

No entanto, há situações em que é o próprio agente a colocar-se num estado de inimputabilidade, com o intuito de praticar o ilícito nesse mesmo estado (art. 20.º, n.º 4 do CP). Tal ocorrência é designada *por actio libera in causa*, dado que o agente, no momento que antecede a prática do facto, procura de forma voluntária colocar-se em estado de inimputabilidade, visando não ser responsabilizado penalmente pelos atos que quer cometer⁸¹. Desta maneira, quando pratica o facto, o agente poderá encontrar-se num estado de inimputabilidade, mas, nestas situações de preordenação, não se excluirá a sua culpa, sendo este considerado imputável (art. 20.º, n.º 4 do CP).

⁷⁸ Santos & Henriques, 2014, p. 282.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Gonçalves, 2007, p. 126.

⁸¹ Santos & Henriques, 2014, p. 284.

Nesta senda, encontra-se o crime de embriaguez e intoxicação (art. 295.º do CP), que assume particular relevância em matéria de *actio libera in causa*. A tipificação desta conduta justifica-se pela necessidade de antever a proteção dos bens jurídicos que por ela possam vir a ser lesados, não estando aqui em causa a salvaguarda de um único bem jurídico, mas antes de uma pluralidade deles⁸². Desta maneira, o tipo objetivo do crime de embriaguez e intoxicação implica que o agente se autocoloque em estado de inimizabilidade, recorrendo, para o efeito, ao uso de álcool ou de outras substâncias tóxicas, como estupefacientes, ainda que de forma negligente, e, nessa mesma circunstância temporária de inimizabilidade, cometa um facto ilícito⁸³. Nesta senda, percebe-se que uma pessoa que sofra de uma anomalia psíquica contínua que a torne inimputável para efeitos de responsabilidade penal não poderá cometer este tipo legal de crime de embriaguez e intoxicação, sendo abrangidos somente por este artigo casos de agentes que se autocoloquem num estado de inimizabilidade passageira e que, enquanto essa durar, cometam um ilícito-típico⁸⁴.

⁸² Albuquerque, 2022, p. 1132.

⁸³ Albuquerque, 2022, p. 1132.

⁸⁴ Carvalho, 2022b, p. 762.

Capítulo 3. Internamento em razão de anomalia psíquica

Nos casos em que um agente é considerado inimputável, a prática de um facto ilícito poderá ser sancionada com uma medida de segurança, caso o agente apresente perigosidade criminal.

Por isso, assume um papel preponderante a medida de segurança de internamento em razão de anomalia psíquica (art. 91.º do CP), a única medida de segurança privativa da liberdade admitida pelo nosso ordenamento jurídico. O art. 91.º, n.º 1 do CP consagra que todos os agentes que tenham sido considerados inimputáveis em sede de julgamento deverão ser internados em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, mediante ordem do tribunal, caso demonstrem perigosidade criminal, isto é, caso se possa concluir, através de um juízo de prognose, que tenderão a voltar a incorrer em factos ilícitos da mesma espécie. Não obstante, de acordo com o princípio da proporcionalidade, a medida de segurança de internamento terá de ser proporcional à gravidade do facto praticado pelo agente, bem como à sua perigosidade criminal (art. 18.º, n.º 2 da CRP e art. 40º, n.º 3 do CP)⁸⁵.

Desta forma, poderemos ter casos em que, apesar de o agente ter cometido um ilícito penal e ter sido considerado inimputável, não faça sentido aplicar-lhe uma medida de segurança de internamento (art. 91.º do CP), passando a solução pela aplicação de uma medida de segurança não privativa da liberdade. Noutros casos, o agente poderá ser declarado inimputável, tendo em conta o momento da prática do facto, mas a sua perigosidade criminal poderá, entretanto, já ter desaparecido, não sendo possível aplicar-lhe qualquer medida de segurança.

3.1 O regime do art. 91.º, n.º 2 do CP

Todavia, o próprio legislador estabelece limites mínimos à duração do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica, consoante a natureza dos ilícitos cometidos e a sua gravidade (art. 91.º, n.º 2 do CP), estipulando que se o crime praticado pelo inimputável se tratar de um crime contra as pessoas ou de um crime de perigo comum punível com pena de prisão com limite máximo superior a cinco anos, o internamento terá, impreterivelmente, uma duração mínima de três anos, excepcionando-se os casos em que, antes de decorrido esse período de tempo, a libertação do agente se compaginar com a defesa da ordem jurídica e da paz social. Esta opção encontra razão de ser, dado que estes crimes lesam bens jurídico-penais com especial importância, como a vida, a integridade física, a liberdade e a autodeterminação sexual, sendo elevadas as exigências preventivas que se fazem sentir.

⁸⁵ Santos & Henriques, 2015, p. 378.

Desta forma, não será consensual entre a Doutrina que se estabeleça, no CP, uma duração mínima para a medida de segurança de internamento quando estejam em causa determinados tipos legais de crime que atentam contra bens jurídico-penais especialmente sensíveis e que, por isso, carecem de uma proteção reforçada.

Nesta senda, Conceição Cunha entende que esta duração obrigatória da medida de segurança de internamento imposta aos casos contemplados pelo art. 91.º, n.º 2 do CP não é razoável, dado que as medidas de segurança devem ter como finalidade primordial a prevenção especial positiva⁸⁶, não prossequindo estas sanções todas as vertentes da prevenção geral, ao contrário do que sucede com as penas⁸⁷.

Para além disso, considera ainda a Autora, ao realizar uma comparação entre a relação que se estabelece entre a culpa e as penas e a relação que se estabelece entre a perigosidade criminal e as medidas de segurança, que tal como a pena concretamente determinada não poderá ser superior à culpa (art. 40.º, n.º 2 do CP), por uma questão lógica, também a medida de segurança deveria ter sempre a perigosidade criminal do agente como seu limite máximo⁸⁸, de forma a que, em todos os casos, inclusive nos previstos pelo art. 91.º, n.º 2 do CP, o tempo de duração da medida de segurança de internamento correspondesse à duração da perigosidade criminal, cessando aquela reação criminal com a extinção de tal perigo.

Finalmente, Conceição Cunha questiona se tal limite mínimo imposto à medida de segurança de internamento, nos casos subsumíveis ao art. 91.º, n.º 2 do CP, não será mesmo inconstitucional, em razão de violação do princípio constitucional da proporcionalidade e da menor restrição possível dos direitos dos cidadãos⁸⁹.

Figueiredo Dias entende que a redação do art. 91.º, n.º 2 do CP encontra justificação na prossecução de finalidades de prevenção geral pelas medidas de segurança⁹⁰. Desta forma, considera que, nos casos em que um inimputável comete um facto ilícito contra as pessoas ou um facto ilícito de perigo comum de elevada gravidade, é normal que a comunidade sinta também grandes necessidades de prevenção geral, nomeadamente de pacificação social, às quais o Estado tem a obrigação de dar resposta⁹¹.

Todavia, Maria João Antunes considera que a única finalidade associada à medida de segurança de internamento de inimputável por anomalia psíquica é a prevenção especial⁹², não concordando com o estabelecimento de um limite mínimo de duração à medida de segurança de internamento em nome da suposta prossecução da prevenção geral (art. 91.º,

⁸⁶ Cunha, 2022, p. 350.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Cunha, 2022, pp. 350-351.

⁸⁹ Cunha, 2022, p. 351.

⁹⁰ Dias, 1993, p. 428.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Antunes, 2024, pp. 142-43.

n.º 2 do CP)⁹³. Maria João Antunes vai mesmo mais longe, ao defender que aquele limite mínimo de três anos de duração da medida de segurança de internamento só é aplicável aos agentes com imputabilidade diminuída (art. 20.º, n.º 2 do CP)⁹⁴.

Noutro entendimento, Taipa de Carvalho acha aceitável a estipulação de um limite mínimo para a medida de segurança de internamento de inimputável por anomalia psíquica, nos casos em que os ilícitos praticados revistam uma acentuada gravidade⁹⁵. No entanto, considera que o limite mínimo de duração de três anos da medida de segurança de internamento por anomalia psíquica, consagrado no art. 91.º, n.º 2 do CP, é exagerado⁹⁶, ao atender a alguns dos limites máximos, francamente diminutos, previstos em alguns dos tipos legais de crimes contra as pessoas e de perigo comum⁹⁷.

Contudo, ao contrário do que ocorria antes da entrada em vigor da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, quando o limite máximo previsto para o tipo legal de crime cometido pelo agente inimputável for alcançado, este tem de ser obrigatoriamente libertado se o internamento ainda não tiver cessado e independentemente de a perigosidade criminal do agente ter terminado ou não. A anterior possibilidade de prorrogação *ad aeternum* da medida de segurança de internamento por anomalia psíquica (art. 92.º, n.º 3 do CP) fundava-se no art. 30.º, n.º 2 da CRP e poderia conduzir, concretamente, à existência de medidas de segurança com caráter perpétuo.

3.2 Revisão da medida de segurança de internamento

Nesta senda, apesar de o legislador prever a medida de segurança de internamento por anomalia psíquica como sanção penal aplicável a agentes inimputáveis, contempla, simultaneamente, a possibilidade de revisão dos pressupostos que a fundamentam, mais concretamente, da averiguação da manutenção da perigosidade criminal do agente, traduzida na realização, pelo julgador, de um juízo de prognose que afira se há forte probabilidade de o agente voltar a incorrer em ilícitos da mesma espécie⁹⁸. Desta maneira, tal garantia é dada pelo legislador português, encontrando consagração no art. 93.º, n.º 1 do CP, definindo-se que o TEP⁹⁹ poderá avaliar, a qualquer momento, a pertinência da manutenção da medida de segurança de internamento por anomalia psíquica, desde que haja razão para tal.

Para além disto, impõe-se a necessidade de, em qualquer caso de aplicação de medida privativa da liberdade do cidadão, se respeitar o princípio constitucional da

⁹³ Antunes, 2002, p. 482.

⁹⁴ Antunes, 2002, pp. 482-483.

⁹⁵ Carvalho, 2022a, p. 89.

⁹⁶ Carvalho, 2022a, pp. 89-90.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Antunes, 2024, p. 152.

⁹⁹ *Vide* art. 138.º, n.º 4, alínea m) do CEPML.

proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP)¹⁰⁰, consagrando o CP que a reavaliação dos pressupostos subjacentes à aplicação da medida de segurança de internamento por anomalia psíquica deverá ser feita, mesmo que não exista qualquer pedido nesse sentido (art. 93.º, n.º 2 do CP). De acordo com a atual redação do art. 93.º, n.º 2 do CP, a revisão da situação do inimputável em cumprimento de medida de segurança de internamento por anomalia psíquica deverá ser feita todos os anos, tendo em conta, para efeitos de contagem de prazos, o momento da sua aplicação ao agente ou o momento em que o TEP decidiu prorrogá-la.

No entanto, entendeu o legislador, em nome da restituição da paz jurídica na comunidade após a prática do ilícito, inserir uma limitação ao que é permitido, em matéria de reexame da medida de segurança de internamento, ao estipular que os prazos fixados pelo art. 91.º, n.º 2 do CP, nos casos subsumíveis a este, deverão ser cumpridos (art. 93.º, n.º 3 do CP). Por este motivo, caso estejamos perante um inimputável que tenha praticado um crime contra as pessoas ou um crime de perigo comum¹⁰¹ e se preveja, no tipo legal de crime, a possibilidade de punição com pena de prisão superior a cinco anos, o internamento terá, obrigatoriamente, de perfazer três anos, excepcionando-se, todavia, os casos em que a colocação em liberdade do inimputável se compaginar com a defesa da ordem jurídica e da paz social. Tal opção parece visar assegurar o cumprimento da finalidade de prevenção geral positiva¹⁰² do ordenamento jurídico-penal português, mesmo no que às medidas de segurança diz respeito.

3.3 Liberdade para prova

A liberdade para prova é um incidente de execução da medida de segurança de internamento (art. 94.º do CP), à semelhança do que ocorre com a liberdade condicional, que se afigura como um incidente de execução da pena de prisão¹⁰³ (art. 61.º do CP). Desta maneira, se aquando da reavaliação da manutenção da medida de segurança de internamento, o TEP constatar que se encontram reunidas as condições necessárias para que a finalidade da medida de segurança seja capaz de ser alcançada em meio aberto, o inimputável poderá ser colocado em liberdade para prova. Para que tal ocorra, é preciso que o agente continue a ser criminalmente perigoso¹⁰⁴, ainda que em menor grau, para que se possa, em meio aberto, prosseguir a finalidade de prevenção especial inerente à medida de segurança de internamento¹⁰⁵. Destarte, sendo o inimputável colocado em liberdade para

¹⁰⁰ Carvalho, 2022a, p. 89.

¹⁰¹ Vide Parte Especial do CP, Título I e Título IV, Capítulo III.

¹⁰² Cunha, 2022, pp. 348-349.

¹⁰³ Antunes, 2024, p. 152.

¹⁰⁴ Se a perigosidade criminal do inimputável cessasse, terminaria também a medida de segurança de internamento (art. 92.º, n.º 1 do CP).

¹⁰⁵ Antunes, 2024, p. 152.

prova, o TEP¹⁰⁶ terá, obrigatoriamente, de determinar o período de duração da mesma, fixando-o entre um limite mínimo de dois anos e um limite máximo de cinco anos, estando terminantemente proibida a possibilidade de se exceder o tempo que falta para alcançar o limite máximo de duração do internamento¹⁰⁷, ou seja, sem a possibilidade de ser ultrapassado o limite máximo aplicável ao tipo legal de crime em causa, tal como impõe o art. 92.º, n.º do 2 CP. Para além disto, o inimputável, durante o período de liberdade para prova, ficará adstrito a regras de conduta, terá de realizar tratamentos, regimes de cura ambulatoriais e sujeitar-se aos exames e observações nos locais designados para o efeito, ficando sob vigilância tutelar dos serviços de reinserção social (art. 94.º, n.º 3 e 4 do CP)¹⁰⁸.

Tal como ocorre na liberdade condicional, caso o inimputável não cumpra as obrigações associadas ao regime de liberdade para prova, esta poderá sempre ser revogada (art. 95.º do CP). Para que tal ocorra, bastará que, através da observação das condutas do agente, se considere que este ainda necessita de estar a cumprir a medida de segurança de internamento em regime fechado ou, noutra eventualidade, que o agente venha a ser condenado a uma pena de prisão e os requisitos para que esta seja substituída pela pena de substituição de suspensão da execução da pena de prisão não estejam reunidos, tendo este de cumprir a pena de prisão efetiva (art. 95.º, n.º 1, alíneas a) e b) do CP)¹⁰⁹.

3.4 Suspensão de execução do internamento

Relativamente à medida de segurança de internamento, também se prevê a hipótese de esta ser substituída. Desta forma, tal como a pena de prisão, enquanto pena principal, poderá ser substituída pela suspensão da execução da pena de prisão (art. 50.º do CP), desde que determinados requisitos se encontrem reunidos. O mesmo acontecerá com a medida de segurança de internamento, também ela passível de ser substituída pela suspensão de execução do internamento (art. 98.º do CP), que poderá substituir a medida de segurança de internamento do inimputável por anomalia psíquica (art. 91.º do CP)¹¹⁰, desde que os pressupostos para tal se encontrem verificados (art. 98.º do CP). Tal opção parece dar cumprimento, mais uma vez, ao princípio da menor restrição possível de direitos do cidadão¹¹¹.

Deste modo, para que a suspensão da execução do internamento venha a ser decretada, é necessário que o tribunal que aplique a medida de segurança de internamento ao inimputável considere que através da suspensão desta se poderá, ainda assim, prosseguir

¹⁰⁶ Vide art. 114.º da LOSJ.

¹⁰⁷ Antunes, 2024, pp. 152-153.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Antunes, 2024, p. 153.

¹¹⁰ Cunha, 2022, p. 365.

¹¹¹ Santos & Henriques, 2015, pp. 437-438.

a finalidade de prevenção especial positiva, de forma a poder neutralizar-se a perigosidade criminal do inimputável¹¹².

No entanto, nos casos subsumíveis ao art. 91.º, n.º 2 do CP, em que está em causa a prática de um crime contra as pessoas ou de perigo comum em que o limite máximo da moldura legal do tipo legal de crime é superior a cinco anos, para que a medida de segurança de internamento por anomalia psíquica possa ser substituída pela medida de suspensão da execução do internamento, é necessário que a aplicação da medida de suspensão da execução do internamento possibilite preservar a ordem jurídica e assegurar a paz social¹¹³.

Todavia, existem situações nas quais a aplicação da suspensão de execução de internamento se encontra vedada, designadamente naqueles casos em que ao mesmo agente, pela prática de ilícitos penais distintos, são aplicadas uma pena de prisão e uma medida de segurança de internamento, mas não se reúnem condições para a substituição da pena de prisão por uma pena de suspensão da execução da pena de prisão (art. 98.º, n.º 5 do CP).

Ainda assim, a esta suspensão de execução do internamento estarão sempre associadas regras de conduta que o agente terá de cumprir, tais como o dever de se sujeitar à realização dos exames, observações, tratamentos e regimes de cura ambulatoriais que lhe sejam prescritos (art. 98.º, n.º 3 do CP), bem como a imposição de vigilância tutelar (art. 98.º, n.º 4 do CP), realizada pelos serviços de reinserção social, procurando-se sempre neutralizar a perigosidade criminal do inimputável¹¹⁴.

A medida de suspensão de execução de internamento poderá ser revogada, caso o tribunal conclua pela imprescindibilidade do cumprimento da medida de segurança de internamento pelo inimputável ou em razão de uma condenação diversa do agente em pena de prisão, não estando os requisitos inerentes à aplicação da pena de substituição de suspensão da execução da pena de prisão reunidos (art. 95.º, n.º 1, alíneas a) e b) do CP)¹¹⁵. Naturalmente, com a revogação da suspensão da execução do internamento, o inimputável terá de cumprir a medida de segurança de internamento, não lhe sendo descontado o período que esteve a cumprir a medida de suspensão de execução de internamento¹¹⁶.

Tal como ocorre com a medida de segurança de internamento, a suspensão da execução do internamento cessará quando a perigosidade criminal do inimputável se extinguir ou, no caso de tal não ocorrer, quando for alcançado o limite máximo previsto na moldura legal concreta do crime que desencadeou a sua aplicação¹¹⁷. Ainda assim, o

¹¹² Antunes, 2024, p. 155.

¹¹³ Cunha, 2022, p. 365.

¹¹⁴ Cunha, 2022, pp. 365-366.

¹¹⁵ Cunha, 2022, p. 366.

¹¹⁶ Albuquerque, 2022, pp. 485-489.

¹¹⁷ Cunha, 2022, p. 366.

inimputável gozará também de uma revisão anual da manutenção da suspensão de execução do internamento, analisando o TEP se a perigosidade criminal deste se mantém ou cessou¹¹⁸ (art. 98.º, n.º 6, alínea a) do CP).

¹¹⁸ Antunes, 2024, p. 156.

Capítulo 4. Lei n.º 35/2023, de 21 julho de 2023

4.1 Antecedentes

No seguimento da entrada em vigor da nova Lei de Bases da Saúde, a Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, vincou-se a necessidade de uma nova Lei de saúde mental, uma vez que a Lei n.º 36/98, de 24 de julho, demonstrava estar obsoleta, em razão dos avanços da medicina e da desestigmatização da doença mental.

Nesta senda, o Governo apresentou a Proposta de Lei n.º 24/XV/1.^a, que procurou acolher os ditames da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹¹⁹, do Plano de Ação Global de Saúde Mental¹²⁰, das Linhas de Ação Estratégica para a Saúde Mental e Bem-estar¹²¹ e do *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning the protection of human rights and dignity of persons with regard to involuntary placement and involuntary treatment within mental healthcare services*¹²².

Já em 2018, e após a inquirição de magistrados e psiquiatras que faziam uso corrente do diploma, os psiquiatras Fernando Vieira e Ana Sofia Cabral elencaram alterações que deveriam ser introduzidas numa reforma da lei de saúde mental, destacando-se: a necessidade de autonomização inequívoca do tratamento compulsivo em ambulatório do internamento compulsivo; o esclarecimento dos casos em que, apesar de o doente aceitar voluntariamente o tratamento, existam razões para crer que ele não o seguirá e, consequentemente, se justifique o seu internamento compulsivo; explicitar o que se entende por urgência psiquiátrica, destrinchando o legislador se se refere a um local de urgência psiquiátrica ou a uma situação de urgência psiquiátrica, de forma a evitar interpretações contrárias ao espírito da lei; e o fim das medidas de segurança de internamento que, em casos delimitados e em virtude de sucessivas prorrogações, acabavam por ultrapassar o limite máximo da moldura legal previsto para a o ilícito concretamente praticado, podendo, na prática, tornar-se perpétuas¹²³.

Em 2003, Maria João Antunes, referindo-se à medida de segurança de internamento por anomalia psíquica, questionava a intervenção da justiça penal nesta matéria, cogitando a possibilidade de estas sanções passarem para a tutela da justiça administrativa¹²⁴. A autora sublinhou ainda que a abordagem psiquiátrica portuguesa continuava desfasada das

¹¹⁹ Governo, 2022, pp. 13-14.

¹²⁰ Governo, 2022, p. 14.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Governo, 2022, p. 14.

¹²³ Vieira & Cabral, 2018, pp. 183-189.

¹²⁴ Antunes, 2003, p. 361.

melhorias alcançadas nos últimos anos e se insistia em continuar a tratar os doentes, regra geral, em meio hospitalar, resultando esta opção em internamentos muito longos¹²⁵.

Desta forma, ficaram assentes na Proposta de Lei n.º 24/XV/1.^a (GOV)¹²⁶ as alterações que se visavam realizar, sobressaindo, entre outras, a substituição da designação de internamento compulsivo pela de tratamento involuntário (art. 14.º), a eliminação do conceito de anomalia psíquica grave, substituído pelo termo doença mental, enquanto pressuposto da sujeição de um indivíduo a tratamento involuntário (art. 15.º, n.º 1, alínea a)), a autonomização definitiva do tratamento involuntário em ambulatório do internamento involuntário (art. 15.º, n.º 3) e as previstas para legislação conexa à nova lei de saúde mental, com especial destaque para as alterações realizadas aos arts. 128.º, 138.º e 171.º do CEPMPL e aos arts. 93.º, n.º 2 e 96.º do CP¹²⁷.

No entanto, a proposta de lei, para além de procurar efetuar alterações à legislação vigente, foi mais longe, visando, inclusive, revogar normas contidas em diversos diplomas. Desta maneira, para além da evidente revogação da anterior lei de saúde mental, foi ainda proposta a revogação do art.162.º do CEPMPL, da alínea b) do art. 4.º da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, do art. 148.º do CC, da alínea e) do n.º 1 do art. 9.º do Decreto-Lei n.º 137/2019, de 13 de setembro e a revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP¹²⁸.

4.2 Pareceres à Proposta de Lei n.º 24/XV/1.^a (GOV.)

Várias entidades emitiram parecer acerca do conteúdo da Proposta de Lei n.º 24/XV/1.^a, destacando-se os pareceres de Henrique Prata Ribeiro, do CNS, do CSM, do CSMP e de Helena Morão e António Brito Neves¹²⁹. Daremos especial importância às ilações tecidas por estas entidades a respeito da proposta de revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP e das alterações pretendidas para os arts. 93.º, n.º 2 do CP e 96.º, n.º 1 do CP.

Deste modo, o psiquiatra Henrique Prata Ribeiro afirma, quanto à revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP, que o legislador coloca a tónica na importância do tratamento dos doentes mentais e fá-lo, sublinhando a necessidade deste não se cingir à privação da liberdade destes¹³⁰, indo no mesmo sentido as considerações do CNS¹³¹.

Por um lado, o CSM manifestou preocupação com as reformas que o legislador queria realizar, não tendo emitido parecer favorável à revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP, ao

¹²⁵ Antunes, 2003, p. 359.

¹²⁶ Governo, 2022, pp. 14-16.

¹²⁷ Apesar de terem sido feitas outras alterações a legislação conexa, só mencionamos aqui as pertinentes para o tema em análise.

¹²⁸ Governo, 2022, pp. 35-36.

¹²⁹ Outras entidades emitiram parecer relativamente a este diploma, mas optámos por fazer menção apenas àqueles que se afiguram mais importantes para o tema em tratamento.

¹³⁰ Ribeiro, 2023, p. 1.

¹³¹ CNS, 2023, p. 2.

relembrar que a prorrogação da medida de segurança só era admitida nos casos em que a pena aplicável ao ilícito praticado pelo inimputável se tratava de uma pena superior a oito anos, e em que a perigosidade criminal elevada do agente o justificava¹³². Mencionou, ainda, que tal possibilidade era expressamente admitida pelo art. 30.º, n.º 2 da CRP, tendo considerado a revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP inadequada, pois, ao permitir a libertação de um inimputável criminalmente perigoso, alcançado o limite máximo da moldura legal prevista para o facto por ele praticado, poderia estar-se a colocar em causa a segurança dos demais cidadãos¹³³.

Por outro lado, o CSM apresentou também reservas à alteração do art. 93.º, n.º 2 do CP, invocando que tanto o internado, o seu representante legal, o MP ou o Diretor do estabelecimento em que o inimputável se encontre a cumprir a medida de segurança de internamento poderão, a qualquer momento, pedir a revisão da medida, caso considerem que a perigosidade criminal que deu aso à aplicação da medida de segurança de internamento cessou ou que, apesar de a perigosidade criminal do inimputável se manter, já seria possível colocá-lo em regime de liberdade para prova¹³⁴. Por fim, o CSM alertou que para que esta redução do prazo de revisão da medida de segurança de internamento de inimputável se efetuasse, os tribunais de execução de penas e medidas privativas da liberdade precisariam, indubitavelmente, de mais meios para fazer face ao aumento de processos que careceriam, mais frequentemente, de ser reanalisados¹³⁵.

Em sentido oposto, emitiu o CSMP parecer sobre as alterações ao CP, visadas pela Proposta de Lei n.º 24/XV/1.^a, sublinhando que a revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP e a alteração dos arts. 93.º, n.º 2 do CP e 96.º do CP vão ao encontro das recomendações expressas pelo Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos Degradantes e das obrigações internacionais assumidas pelo Estado português¹³⁶.

Helena Morão e António Brito Neves também elaboraram parecer sobre a Proposta de Lei n.º 24/XV/1.^a, não manifestando reservas às alterações pretendidas pelo legislador. Por conseguinte, consideraram que a revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP permitiria garantir o direito à liberdade dos cidadãos inimputáveis, ao promover a igualdade entre imputáveis e inimputáveis¹³⁷. Entendem os autores que o art. 30.º, n.º 2 da CRP, ao permitir a prorrogação das medidas de segurança de internamento por anomalia psíquica, se compatibiliza de forma dúbia com o art. 30.º, n.º 1 CRP, que proíbe medidas privativas da

¹³² CSM, 2023, p. 15.

¹³³ CSM, 2023, pp. 17-18.

¹³⁴ CSM, 2023, p. 23.

¹³⁵ CSM, 2023, p. 24.

¹³⁶ CSMP, 2023, p. 19.

¹³⁷ Morão & Neves, 2023, pp. 1-2.

liberdade com caráter perpétuo ou com duração indefinida ou ilimitada¹³⁸. Para além disto, relembraram que tal alteração encontra respaldo no *Draft Additional Protocol concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder with regard to involuntary placement and involuntary treatment* e a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina, a designada Convenção de Oviedo, aos quais Portugal se encontra vinculado¹³⁹. Por fim, e no que concerne à alteração dos prazos para revisão da medida de segurança de internamento, Helena Morão e António Brito Neves consideram que a diminuição do prazo de reexame da medida de segurança de internamento de dois anos para um ano dá resposta a uma recomendação feita pelo Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes¹⁴⁰.

4.3 Alterações introduzidas pela Lei n.º 35/2023, de 21 julho

Deste modo, a Lei n.º 35/2023 entrou em vigor no dia 20 de agosto de 2023, tendo sido feitas alterações ao CP, destacando-se a revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP, passando a regra do art. 92.º, n.º 2 do CP a aplicar-se a todos os casos de aplicação de uma medida de segurança de internamento a um inimputável, o que significa que o cumprimento desta medida privativa da liberdade deverá cessar no momento em que se atingir o limite máximo da moldura legal previsto para o tipo legal de crime concretamente praticado pelo agente (art. 54.º da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho). Além disto, a alteração ao art. 93.º, n.º 2 do CP também foi acolhida, passando a revisão obrigatória da medida de segurança de internamento a ser feita anualmente. Por fim, no que às mudanças efetuadas ao CP diz respeito, foi ainda modificado o art. 96.º do CP, dando cumprimento ao que já havia sido avançado quanto a este na Proposta de Lei n.º 24/XV/1.^a, tornando-se proibido que, passado um ou mais anos da decisão que aplicou a medida de segurança de internamento ao inimputável, se inicie o cumprimento da mesma sem que seja feita, previamente, uma análise que ateste se os pressupostos que a motivaram se mantêm verificados, isto é, se a perigosidade criminal do inimputável continua a existir ou se, com o decurso do tempo, acabou por se extinguir.

Noutra linha, foram também confirmadas todas as modificações pretendidas pelo legislador, na Proposta de Lei n.º 24/XV/1.^a ao CEPMPL. Desta maneira, foram efetivadas modificações nos arts. 128.º, n.º 6, 138.º, alíneas m) e bb) e no 171.º, n.º 1 do mesmo, tal como se encontra previsto no art. 47.º da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho. No art. 128.º, n.º 6 do CEPMPL, passou a estipular-se que tanto aos inimputáveis, como aos imputáveis

¹³⁸ Morão & Neves, 2023, p. 1.

¹³⁹ Morão & Neves, 2023, pp. 1-2.

¹⁴⁰ Morão & Neves, 2023, p. 2.

que se encontram internados em estabelecimento de cura lhes serão reconhecidos os direitos expressamente previstos na Lei n.º 35/2023, de 21 de julho (arts. 8.º e 9.º da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho).

De outro modo, no art. 138.º, n.º 6, alínea m) do CEPMPL, relativo à competência material do Tribunal de execução de penas e medidas privativas da liberdade, onde outrora se previa que este podia rever e prorrogar a medida de segurança de internamento em razão de anomalia psíquica, passou somente a admitir-se que este faça a revisão da manutenção da medida de segurança de internamento, em consequência da revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP. Ao art. 138.º, n.º 6 do CEPMPL foi adicionada uma nova alínea, a alínea bb), sendo atribuída uma nova competência ao Tribunal de execução de penas e medidas privativas da liberdade, passando este a ter capacidade para decidir quanto ao tratamento involuntário de um condenado que apresente necessidade de cuidados de saúde mental. Por fim, foi alterado o art. 171.º, n.º 1 do CEPMPL, no qual se deixou de incluir a admissibilidade de recurso da decisão que prorroga a medida de segurança de internamento, em razão da extinção desta possibilidade, com a revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP.

4.4 Considerações acerca das alterações feitas pela Lei n.º 35/2023, de 21 de julho

Expostas as alterações ao CP promovidas pela Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, iremos focar-nos na revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP. A hipótese de prorrogação sucessiva da medida de segurança em casos especialmente gravosos¹⁴¹ encontrava respaldo no art. 30.º, n.º 2 da CRP. Este número introduz uma ressalva ao art. 30.º, n.º 1 da CRP¹⁴², permitindo que, nos casos em que a perigosidade criminal do agente esteja fundamentada numa anomalia psíquica grave e seja impossível efetuar o tratamento deste em meio aberto, a medida privativa da liberdade que lhe foi aplicada possa ser prorrogada sucessivamente, desde que a perigosidade criminal do agente se mantenha e tal opção seja feita através de decisão judicial. Parece plasmar-se uma solução paradoxal, na qual se proíbem medidas privativas da liberdade perpétuas para agentes imputáveis (art. 30.º, n.º 1 da CRP), mas se admite a possibilidade de aplicar medidas privativas da liberdade com duração indefinida ou mesmo perpétua a agentes inimputáveis¹⁴³ em razão de uma anomalia psíquica e da perigosidade criminal a ela associada.

¹⁴¹ Na redação do art. 92.º, n.º 3 do CP podia ler-se: “Se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com pena superior a oito anos e o perigo de novos factos da mesma espécie for de tal modo grave que desaconselhe a libertação, o internamento pode ser prorrogado por período sucessivos de dois anos até se verificar a situação prevista no n.º 1”.

¹⁴² Cunha, 2017, pp. 495-496.

¹⁴³ Cunha, 2022, p. 355.

Portugal ratificou a DUDH e a CEDH, em 1976 e em 1978, respetivamente, procurando ambas proteger os direitos humanos. Destarte, tanto o art. 5.º da DUDH, como o art. 3.º da CEDH instituem a proibição de sujeitar qualquer pessoa a tortura, tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. A jurisprudência do TEDH tem tecido diversas considerações no que concerne às medidas privativas da liberdade com caráter perpétuo, o *life imprisonment*, e a sua conformidade com a CEDH, em especial com o art. 3.º da CEDH. Tal sucedeu no caso *Vinter and Others v. the United Kingdom* (2013)¹⁴⁴, no qual o TEDH considerou que a condenação a uma pena de prisão perpétua não viola o art. 3.º da CEDH, desde que o ordenamento jurídico em causa preveja a possibilidade de revisão da sentença que a aplicou. Contudo, apesar de não estipular qualquer momento para o reexame da situação do condenado, o TEDH sublinha que os Estados vinculados à CEDH que preveem a pena de prisão perpétua tendem a admitir que este ocorra, volvidos vinte e cinco anos do início do cumprimento da pena.

Por outro lado, no caso *László Magyar v. Hungary* (2014)¹⁴⁵, o TEDH decidiu que a pena de prisão perpétua, sem hipótese de concessão de liberdade condicional, representa uma violação do art. 3.º da CEDH, devendo ser tidas em conta, durante a execução desta, as alterações na vida do condenado e os progressos alcançados na sua ressocialização. Todavia, o TEDH considerou que a revisão da sanção perpétua do agente não tem de corresponder, necessariamente, a uma libertação do mesmo e que o cumprimento na totalidade dessa pena não constitui uma violação do art. 3.º da CEDH.

Em 2016, relativamente ao caso *Murray v. The Netherlands*¹⁴⁶, em que o TEDH considerou estar a ser violado o art. 3.º da CEDH, o TEDH sublinhou, mais uma vez, que a admissão de medidas privativas da liberdade com caráter perpétuo *per si* não viola o art. 3.º da CEDH, desde que sejam dadas garantias *de jure* e *de facto* ao condenado de que terá hipótese de vir a ser libertado.

Mais recentemente, no caso *Horion v. Belgium* (2023)¹⁴⁷, o TEDH voltou a frisar, a propósito de uma pena de prisão perpétua, que ainda que um Estado admita medidas privativas da liberdade com caráter perpétuo, é necessário que o condenado continue a ter a real possibilidade de, mediante revisão da sua situação, poder ser libertado. Só assim a previsão de uma sanção com duração perpétua é passível de ser compatível com o art. 3.º da CEDH.

¹⁴⁴ Vide [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-122664%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-122664%22]}).

¹⁴⁵ Vide [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-144109%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-144109%22]}).

¹⁴⁶ Vide [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-162614%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-162614%22]}).

¹⁴⁷ Vide [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-224563%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-224563%22]}).

Ainda que estas decisões incidam sobre penas de prisão, é possível estabelecer um paralelismo entre as considerações feitas pelo TEDH acerca da conformidade das medidas privativas de liberdade com caráter perpétuo com a CEDH e o art. 92.º, n.º 3 do CP.

Ao retomarmos o regime do art. 92.º, n.º 3 do CP, percebemos que este admitia prorrogações sucessivas da medida de segurança de internamento se o inimputável continuasse a ser criminalmente perigoso, mas, em contrapartida, tal solução era balanceada pela previsão de revisões periódicas obrigatórias desta sanção, realizadas de dois em dois anos (art. 93.º, n.º 2 CP, na sua anterior redação¹⁴⁸). Aliás, a qualquer momento poderia ser pedida a revisão da medida de segurança de internamento, desde que houvesse justificação para tal (art. 92.º, n.º 1 CP). Apesar de as sucessivas prorrogações da medida de segurança poderem conduzir a uma sanção com duração perpétua, à luz do que tem sido o entendimento do TEDH, a hipótese de revisão desta pelo TEP tornava tal solução compatível com o art. 3.º da CEDH.

Contudo, apesar desta aparente conformidade do art. 92.º, n.º 3 do CP com a CEDH, há que atender a outros aspetos associados à execução das medidas de segurança, quando confrontados com aspetos similares da execução das penas¹⁴⁹. Tanto as penas, como as medidas de segurança têm incidentes de execução a liberdade condicional (art. 61.º do CP) e a liberdade para prova (art. 94.º do CP), respetivamente¹⁵⁰.

Assim, a liberdade condicional poderá ser concedida ao agente que tiver, no mínimo, cumprido seis meses de pena de prisão¹⁵¹ e desde que esteja cumprida metade da pena, dois terços da pena, cinco sextos da pena ou se esteja em momento de renovação anual da instância (art. 61.º do CP). No entanto, a cada momento em que é possível conceder liberdade condicional, estão associados diferentes requisitos. Desta maneira, é necessário, para que possa ser concedida liberdade condicional, cumprida que esteja metade da pena, que estejam reunidas condições de prevenção geral positiva e de prevenção especial positiva, cumulativamente (art. 61.º, n.º 2, alíneas a) e b) do CP)¹⁵². Caso contrário, o TEP não poderá colocar o agente em liberdade condicional, havendo renovação anual da instância até se atingirem os dois terços da pena.

Novamente, o agente poderá ser colocado em liberdade condicional, cumpridos dois terços da pena, se estiverem reunidas condições de prevenção especial positiva para tal (art. 61.º, n.º 3 do CP). Se tal não ocorrer, o TEP não poderá conceder liberdade condicional ao agente, havendo renovação anual da instância, até estarem cumpridos cinco sextos da pena.

¹⁴⁸ Antes da entrada em vigor da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho.

¹⁴⁹ Cunha, 2022, pp. 354-355.

¹⁵⁰ Antunes, 2024, p. 148.

¹⁵¹ Antunes, 2024, p. 120.

¹⁵² Antunes, 2024, p.122.

Todavia, se estivermos perante uma pena superior a seis anos, cumpridos cinco sextos da pena, há uma obrigação de concessão de liberdade condicional ao agente, sem necessitarem de ser equacionadas finalidades preventivas (art. 61.º, n.º 4 do CP)¹⁵³. Em todos os casos, a concessão de liberdade condicional carece sempre do consentimento do condenado (art. 61.º, n.º 1 do CP).

Contrariamente, a liberdade para prova, aplicável à medida de segurança de internamento, não obedece aos mesmos requisitos, nem sequer é, em qualquer momento da execução da sanção, de concessão obrigatória. De acordo com o art. 94.º, n.º 1 do CP, o agente será colocado em liberdade para prova se, aquando da revisão do internamento, o TEP verificar que se encontram reunidas as condições para que este possa cumprir a sanção em meio aberto. Todavia, se não houver condições para tal, o agente continua a cumprir o internamento em meio fechado, até que, quiçá, surja a hipótese de o colocar a executar a sanção em meio aberto, sem nunca ser obrigatório fazê-lo. Destarte, é possível concluir que a medida de segurança de internamento por anomalia psíquica tem um regime de execução mais penoso¹⁵⁴ e menos garantístico do que o da pena de prisão, o que não deixa de se nos oferecer como um paradoxo, face às finalidades visadas, primordialmente, por cada uma destas reações criminais¹⁵⁵. Se a finalidade primordial da pena de prisão é a prevenção geral positiva e a da medida de segurança de internamento é a prevenção especial positiva, logicamente, consideramos que, a prever um regime mais gravoso, este teria de se aplicar à pena de prisão e não à medida de segurança de internamento.

Este argumento é novamente validado se atendermos aos pressupostos subjacentes à aplicação de cada uma das sanções, pois as penas pressupõem a prática de um ilícito e a culpa do agente, enquanto as medidas de segurança pressupõem a prática de um ilícito e a perigosidade criminal. Com isto, percebemos que o agente condenado a uma pena é um agente que preenche todas as categorias da doutrina geral do crime¹⁵⁶, com especial destaque para a culpa. Este trata-se de um imputável, de um agente que, com a prática do crime, demonstrou uma personalidade desvaliosa e a quem o sistema penal dirige um juízo de censura. Em sentido diametralmente oposto, encontra-se o inimputável, um agente incapaz de culpa e único a quem será aplicável a medida de segurança de internamento. Esta medida é a única em que, para além da prática do ilícito e da perigosidade criminal, se requer o preenchimento de um outro requisito, isto é, de uma declaração de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica (art. 20.º, n.º 1 e art. 91.º, n.º 1 do CP), visando o internamento tratar esta anomalia psíquica. Esta constatação reforça a ilogicidade de admitir medidas de

¹⁵³ Antunes, 2024, p. 123.

¹⁵⁴ Cunha, 2022, p. 354.

¹⁵⁵ Antunes, 2024, p. 148.

¹⁵⁶ Dias, 2019, pp. 308-325.

segurança de internamento com duração ilimitada, enquanto se proíbem penas de prisão perpétuas (art. 30.º, n.º 1 da CRP)¹⁵⁷.

Nesta senda, questionou-se se a admissão de medidas de segurança de internamento com duração ilimitada, enquanto se proíbem penas de prisão perpétuas, constituiria uma violação do princípio da igualdade em sentido material, tal como consideram Taipa de Carvalho¹⁵⁸ e Conceição Cunha¹⁵⁹.

O princípio da igualdade está consagrado no art. 13.º da CRP, impondo, em sentido formal, que os cidadãos sejam tratados por igual, quer pela lei, quer pelos tribunais¹⁶⁰ e, em sentido material, que seja dado o mesmo tratamento a situações iguais e tratamento diferente a casos distintos. É possível distinguir entre os sentidos negativo e positivo do princípio da igualdade, pois enquanto o sentido negativo proíbe a atribuição de regalias e a realização de discriminações arbitrárias entre os cidadãos, o sentido positivo impõe que as situações iguais sejam tratadas da mesma forma e que as diferentes recebam tratamento diferente entre si¹⁶¹.

Por isto, mobilizam-se os parâmetros utilizados pelo TC, para garantir a observância do princípio da igualdade: a proibição do arbítrio, a proibição da discriminação e a obrigação de diferenciação. A proibição do arbítrio visa garantir o tratamento igualitário dos casos iguais¹⁶²; a proibição da discriminação veda a diferenciação de trato dos cidadãos, com fundamento na ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, condição social ou orientação sexual¹⁶³ (art. 13.º, n.º 2 da CRP); a obrigação de diferenciação impõe a correção de assimetrias entre os cidadãos no acesso a oportunidades¹⁶⁴.

No entanto, consideramos que, enquanto as penas de prisão com carácter ilimitado ou perpétuo são proibidas, a admissibilidade de medidas de segurança de internamento com duração perpétua não viola o princípio da igualdade em sentido material. Este princípio impõe que sejam tratadas de forma igual as situações iguais e de forma diferente os casos diferentes, sendo que a pena e a medida de segurança, ao terem pressupostos de aplicação distintos, dizem respeito a realidades distintas. Aliás, o princípio da igualdade em sentido material era respeitado quando o art. 92.º, n.º 3 do CP se encontrava em vigor, pois era dado um tratamento diferente a um ilícito penal cometido por um imputável e a um praticado por um inimputável. O problema não residia na não observância do princípio da igualdade em

¹⁵⁷ Cunha, 2022, pp. 354-355.

¹⁵⁸ Vide Carvalho, 2022a, p. 98.

¹⁵⁹ Vide Cunha, 2022, pp. 355-356.

¹⁶⁰ Miranda & Medeiros, 2017, pp. 164-165.

¹⁶¹ Miranda & Medeiros, 2017, p. 166.

¹⁶² Canotilho & Moreira, 2014, p. 339.

¹⁶³ Canotilho & Moreira, 2014, p. 340.

¹⁶⁴ Canotilho & Moreira, 2014, pp. 341-342.

sentido material, dado que este era respeitado. O problema associado a tal regime era poder redundar, na prática, num tratamento mais penoso para um inimputável, a quem o direito penal não consegue dirigir sequer um juízo de censura, por comparação ao dado a um agente imputável¹⁶⁵.

Por outro lado, a obrigação de não discriminação, presente no art. 13.º, n.º 2 da CRP, deverá ser respeitada¹⁶⁶. Este artigo elenca elementos que costumam gerar discriminação, como a ascendência, o sexo, a raça, a língua, o território de origem, a religião, as convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Contudo, este elenco não é exaustivo, existindo outras causas passíveis de serem invocadas para fundamentar a obrigação de não discriminação. Deste modo, apesar de não estarem aqui previstas a saúde mental, a doença mental e a anomalia psíquica, estas são causas passíveis de serem invocadas em razão da obrigação de não discriminação, comprovando-se que a solução adotada pelo art. 92.º, n.º 3 do CP não era admissível¹⁶⁷. Se é verdade que são distintas as situações em que se encontram o imputável e o inimputável, merecendo tratamento diferenciado, é preciso mencionar que o inimputável a quem é aplicada a medida de segurança de internamento se trata de um agente criminalmente perigoso, por sofrer de uma anomalia psíquica, ainda que esta perigosidade criminal só assuma relevância para o direito penal se ele praticar um ilícito¹⁶⁸. Por isso, consideramos que, ao poder culminar numa sanção concretamente mais gravosa que a aplicável a um imputável, a medida de segurança de internamento por anomalia psíquica, com as sucessivas prorrogações, constituía uma forma de discriminação, em razão de anomalia psíquica¹⁶⁹. Tal facto assume particular relevância em virtude do consagrado pela CIDPD, na qual se proíbe a discriminação de pessoas com base em deficiência (art. 5.º).

Parece-nos que a admissibilidade de uma medida de segurança de internamento que possa culminar numa sanção de duração perpétua atentará contra o princípio da proporcionalidade¹⁷⁰ (art. 18.º, n.º 2 da CRP), tendo de se recorrer aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para o atestar. Deste modo, a adequação trata de aferir se uma solução legislativa é idónea a tratar determinada problemática¹⁷¹; a necessidade averigua se a medida, no universo das disponíveis, não é exagerada¹⁷²; a proporcionalidade em sentido estrito implica realizar uma confrontação dos bens jurídicos em causa, o bem jurídico que está a ser limitado e aquele que se visa proteger

¹⁶⁵ Antunes, 2024, p. 148.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ Antunes, 2024, p. 148.

¹⁶⁸ Antunes, 2024, pp. 142-143.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Cunha, 2022, p. 355.

¹⁷¹ Canotilho, 2003, p. 457.

¹⁷² *Ibidem*.

com tal limitação, de modo a atestar se essa restrição é justificável e de que forma deverá ser feita¹⁷³. Inicialmente, a medida de segurança de internamento pode ser necessária, adequada e proporcional em sentido estrito à situação do inimputável por anomalia psíquica, mas com o decurso da sua execução¹⁷⁴, tenderá a deixar de o ser, havendo outras soluções que permitem, se tal for preciso, conter a perigosidade do inimputável de forma menos lesiva¹⁷⁵.

Todavia, a revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP implicará a libertação, atingido o limite máximo da moldura legal do tipo legal de crime, de agentes ainda criminalmente perigosos, expondo a comunidade a riscos. Aliás, autores como Damião da Cunha¹⁷⁶ e Pinto de Albuquerque¹⁷⁷ consideravam que era essa impossibilidade de saber quando cessaria a perigosidade criminal do agente que justificava a indefinição da duração da medida de segurança de internamento.

Contudo, após o término da medida de segurança de internamento, se a perigosidade constituir um risco para os bens jurídicos do próprio ou dos demais, poderá ser-lhe aplicado o tratamento involuntário, se os restantes requisitos para tal se encontrarem reunidos (art. 15.º da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho)¹⁷⁸. Tal solução é benéfica para o inimputável, pois deixa de estar sob o jugo do sistema penal e dos efeitos estigmatizantes das sanções por este aplicadas¹⁷⁹, constituindo o internamento, no âmbito do tratamento involuntário, uma solução de *ultima ratio*, pois é dada primazia, sempre que possível, ao tratamento involuntário realizado em ambulatório (art. 4.º, n.º 1, alínea b) da Lei 35/2023, de 21 de julho). Antes da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, esta solução já era mencionada por Taipa de Carvalho¹⁸⁰ e Conceição Cunha¹⁸¹ como forma de pôr cobro às medidas de segurança de internamento por anomalia psíquica com duração perpétua.

Por conseguinte, e tendo em conta todos os motivos expostos, consideramos que a revogação do art. 92.º, n.º 3 do CP, pela Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, foi uma decisão correta do legislador.

Relativamente à alteração do art. 93.º, n.º 2 do CP, a revisão obrigatória do internamento passou a ter de ser realizada com uma periodicidade anual, em vez de ser feita de dois em dois anos, solução já antes defendida por Taipa de Carvalho¹⁸². Contudo, já anteriormente podia ser requerida, a qualquer momento, a reavaliação da situação do

¹⁷³ Miranda & Silva, 2017, pp. 274-277.

¹⁷⁴ Sobretudo, nos casos em que estiver a ser executada há muitos anos.

¹⁷⁵ Tais como as que se encontram previstas na Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, o tratamento involuntário em ambulatório (art. 14.º da LSM) e o internamento involuntário (arts. 28.º e ss. da LSM).

¹⁷⁶ Vide Cunha, 2017, pp. 495-496.

¹⁷⁷ Vide Albuquerque, 2022, p. 479.

¹⁷⁸ Carvalho, 2022a, pp. 98-99.

¹⁷⁹ Cunha, 2022, pp. 360-362.

¹⁸⁰ Vide Carvalho, 2022a, pp. 98-99.

¹⁸¹ Vide Cunha, 2022, pp. 359-363.

¹⁸² Carvalho, 2022a, p. 102.

internado, desde que se verificasse a diminuição ou fim da perigosidade criminal do agente (art. 93.º, n.º 1 do CP).

O art. 96.º, n.º 1 do CP passou a proibir o início da execução da medida de segurança de internamento volvidos um ano ou mais sobre a decisão que a tiver decretado sem a realização de uma reavaliação dos pressupostos subjacentes à aplicação desta medida de segurança. Na sua anterior redação, esta reavaliação dos pressupostos do internamento só seria realizada se já tivessem decorrido dois ou mais anos sobre a decisão que o tivesse decretado. Saudamos esta mudança, pois neste hiato temporal de um ano agora previsto pelo art. 96.º, n.º 1 do CP, a perigosidade criminal do inimputável poderá já ter cessado.

Em suma, cremos que as mudanças introduzidas pelo legislador através da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, ao regime de execução da medida de segurança de internamento por anomalia psíquica (art. 91.º e ss. do CP) são positivas, indo ao encontro de uma evolução nacional e internacional na compreensão da doença mental e tendo sempre como referente o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP). Não obstante, consideramos que, aquando de uma Revisão Constitucional (arts. 284.º a 289.º da CRP), deverá ser revogado o art. 30.º, n.º 2 da CRP, de modo a afastar, definitivamente, a hipótese de serem permitidas, em qualquer circunstância, medidas de segurança de internamento com duração perpétua. Desta forma, o art. 30.º, n.º 1 do CP deveria passar a valer para todas as reações criminais.

Conclusão

Analisado o sistema sancionatório português, a inimizabilidade, o regime aplicável às medidas de segurança de internamento, nomeadamente os princípios constitucionais associados à aplicação destas sanções, e as alterações realizadas à legislação penal pela Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, estamos em condições de tecer algumas considerações.

Como observámos, até à entrada em vigor da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, a medida de segurança de internamento poderia adquirir carácter perpétuo, em razão da admissibilidade da prorrogação sucessiva desta sanção, nos casos em que o inimputável tivesse praticado um facto punível com pena máxima superior a oito anos e fosse expectável que este voltasse a incorrer na prática de ilícitos (art. 92.º, n.º 3 do CP).

Todavia, com a revogação do art. 92.º, n.º 3 da CP, tal hipótese deixou de ser consagrada, respondendo-se, como consideramos, a diversos problemas que estavam associados à existência de medidas de segurança de internamento com duração ilimitada, nomeadamente às violações que este regime efetuava ao princípio da igualdade na sua vertente de obrigação de não discriminação (art. 13.º, n.º 2 da CRP), à violação do princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP) e à contemplação de um regime que permitia que, na prática, um agente inimputável a cumprir uma medida de segurança de internamento estivesse sujeito a um regime mais penoso do que aquele que é admitido para os agentes imputáveis que se encontram a cumprir uma pena de prisão. Para além disso, corresponde, necessariamente, a um marco no tratamento das pessoas afetadas por anomalias psíquicas, tendo sempre como bastião o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP).

Por outro lado, não podemos deixar de frisar a importância das alterações feitas aos arts. 93.º, n.º 2 e 96.º, n.º 1 do CP. O art. 93.º, n.º 2 do CP, ao passar a consagrar revisões anuais obrigatórias para a medida de segurança de internamento, e o art. 96.º, n.º 1 do CP, ao consagrar que a reavaliação dos pressupostos subjacentes à aplicação da medida de segurança é obrigatória, caso entre a sua aplicação e o início da sua execução tenha passado um ano ou mais tempo, permitem reforçar as garantias do agente inimputável que se encontre a cumprir uma medida de segurança de internamento. Contudo, devemos frisar que, ainda que estas alterações ao regime da medida de segurança de internamento, efetuadas pela Lei n.º 35/2023, de 21 de julho, tenham sido um marco importante no tratamento condigno do inimputável, há ainda uma alteração fundamental a ser feita neste mesmo âmbito.

Deste modo, concluímos que, no futuro, em sede de Revisão Constitucional, deverá ser revogado o 30.º, n.º 2 da CRP, de forma a que a proibição constitucional de medidas privativas da liberdade, prevista pelo art. 30.º, n.º 1 da CRP, passe a ser aplicável a todas as reações criminais privativas da liberdade.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, P. P. (2022). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.^a edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALMEIDA, A. M. & NETO, F. L. (2003). Diretrizes metodológicas para investigar estados alterados e experiências anômalas. *Revista de Psiquiatria Clínica*, vol. 30, n.º 1, pp. 21-28. Retirado de: <https://www.scielo.br/j/rpc/a/zCrtnCxCQG3hTcQ4DCmXxRZK/?format=pdf>.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2023). *Manual de diagnóstico e estatística das perturbações mentais DSM-5-TR (Texto Revisto)*, 5.^a edição. Forte da Casa: Climepsi Editores.
- ANTUNES, M. J. (2002). *Medida de Segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, 1.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. J. (2003). O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, pp. 347-363.
- ANTUNES, M. J. (2024). *Penas e medidas de segurança*, 3.^a edição. Coimbra: Almedina.
- BINS, H. D. C. & TABORDA, J. G. V. (2016). Psicopatia: Influências ambientais, interações biossociais e questões éticas. *Revista debates em psiquiatria*, vol. 6, n.º 1, pp. 8-16. Retirado de: <https://revistardp.org.br/revista/article/view/143>.
- CANOTILHO, J. J. G. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa anotada: Volume I*, 4.^a edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A. T. (2022a). *Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 4.^a edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CARVALHO, A. T. (2022b). Anotação ao art. 295.º CP. In Dias, J. F. *Comentário conimbricense do Código Penal: Parte Especial, Tomo I, Volume II – Artigos 255.º a 307.º*, 2.^a edição, pp. 744-771. Coimbra: Gestlegal.
- CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (2023). Parecer do Conselho Nacional de Saúde à Proposta de Lei 24/XV/1.^a, aprova a Lei de Saúde Mental e altera legislação conexa. Retirado de: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a793944543030764f554e544c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a59573876597a466b597a55334f4755744f47597a5a4330304f4455334c546869597a6b744f54466a4f44686a4e3251344f446b354c6e426b5a673d3d&fich=c1dc578e-8f3d-4857-8bc9-91c88c7d8899.pdf&Inline=true>.
- CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA (2023). Parecer à Proposta de Lei 24/XV/1.^a. Retirado de: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a793944543030764f554e544c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764d574d77593245354d575574596a41324f5330304d4746684c5749305a5745744f5745314f5455344d6d59314>

e3251354c6e426b5a673d3d&fich=1coca91e-b069-40aa-b4ea-9a59582f57d9.pdf&Inline=true.

- CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2023). Parecer à Proposta de Lei 24/XV/1.^a. Retirado de: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a793944543030764f554e544c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764f546b3559324d334f4745744d5467304d4330305a4755304c574931597a55744f5752685a475978596a646d596d4e6a4c6e426b5a673d3d&fich=999cc78a-1840-4de4-b5c5-9dadf1b7fbcc.pdf&Inline=true>.
- CORREIA, E. (1971). *Direito criminal*, reimpressão. Coimbra: Almedina.
- CORTESÃO, E. L. (1980). Diagnóstico das neuroses e estados afins na praxis policlínica. *Revista de Ciências Médicas*, vol. 2, n.º 5-6, pp. 413-426. Retirado de: <https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/download/4176/3292>.
- CUNHA, J. M. D. (2017). Anotação ao art. 30.º da CRP. In Miranda, J., Medeiros, R., *Constituição da República Portuguesa anotada – Volume I: Preâmbulo, princípios fundamentais, direitos e deveres fundamentais*, 2.ª edição revista, pp. 492-502. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, M. C. F. (2022). *As reações criminais no direito português*, 1.ª edição. Porto: Universidade Católica Editora.
- DAMÁSIO, A. (2010). *O livro da consciência: A construção do cérebro consciente*, 1.ª edição. Lisboa: Círculo de Leitores.
- DIAS, D. A. S. & NETO, O. F. (2014). O psicanalista frente algumas especificidades do trabalho em saúde mental. *Revista Subjetividades*, vol. 14, n.º 2, pp. 225-234. Retirado de: <https://pepsic.bvsalud.org/pdf/rs/v14n2/05.pdf>.
- DIAS, J. F. (1993). *Direito penal português: As consequências jurídicas do crime*, 1.ª edição. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias.
- DIAS, J. F. (2019). *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 3.ª edição. Coimbra: Gestlegal.
- FERREIRA, M. C. (1988). *Lições de Direito Penal – Parte Geral I. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 3.ª edição. Lisboa: Editorial Verbo.
- GONÇALVES, M. M. (2007). *Código Penal Português*, 18.ª edição. Coimbra: Almedina.
- GOVERNO (2022). Proposta de Lei 24/XV/1.^a. Retirado de: <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/15/01/065/2022-07-22/13?pgs=13-36&org=PLC>.
- GUIGNARD, F. (2020). Atualidade da neurose. *Revista de Psicanálise da SPPA*, vol. 27, n.º 1, pp. 13-29. Retirado de: https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/08/1117967/02-atualidade_florence-guignar_sppa_v27_n1_2020.pdf.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2017). *Constituição Portuguesa anotada – Volume I: Preâmbulo, princípios fundamentais, direitos e deveres fundamentais*, 2.ª edição revista. Lisboa: Universidade Católica Editora.

- MIRANDA, J. & SILVA, J. P. (2017). Anotação ao art. 18.º da CRP. In Miranda, J., Medeiros, R. *Constituição da República Portuguesa – Volume I: Preâmbulo, princípios fundamentais, direitos e deveres fundamentais*, 2.ª edição revista, pp. 229-296. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MORÃO, H. & NEVES, A. B. (2023). Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 24/XV/1ª (Aprova a Lei de Saúde Mental e altera legislação conexa). Retirado de: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a793944543030764f554e544c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a59573876597a59304e3245774d5467744e6a63354d7930304d4755324c546c6d595751744e7a6c6b4d6d4d305a574a69596d526b4c6e426b5a673d3d&fich=c647a01867940e69fad79d2c4ebbbdd.pdf&Inline=true>.
- MOUTINHO, J. L. (2017). Anotação ao art. 27.º da CRP. In Miranda, J., Medeiros, R. *Constituição da República Portuguesa – Volume I: Preâmbulo, princípios fundamentais, direitos e deveres fundamentais*, 2.ª edição revista, pp. 461-477. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- NEVES, C. (2008). *A problemática dos crimes passionais*, 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- RIBEIRO, H. P. (2023). Parecer à Proposta de Lei 24/XV/1.ª. Retirado de: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a793944543030764f554e544c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a59573876596a59355a5755334e5455744e6a4d794e7930304e7a4e6a4c5468684e574974597a67325a57526a4d6a51344f474d794c6e426b5a673d3d&fich=b69ee755-6327-473c-8a5b-c86edc2488c2.pdf&Inline=true>.
- SANTOS, M. S. & HENRIQUES, M. L. (2014). *Código Penal anotado*, vol. I, 4.ª edição. Lisboa: Rei do Livros.
- SANTOS, M. S. & HENRIQUES, M. L. (2015). *Código Penal anotado*, vol. II, 4.ª edição. Lisboa: Rei dos Livros.
- SILVA, G. M. (2020). *Direito penal português – Introdução e teoria da lei penal*, 1.ª edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- SIMÕES, M. (1996). Consciência e estados modificativos da consciência em psicoterapias. *Revista Psicologia*, vol. 11, n.º 2-3, pp. 15-50. Retirado de: <https://revista.appsicologia.org/index.php/rpsicologia/article/view/602/348>.
- VIEIRA, F. & CABRAL, A. S. (2018). A propósito de uma eventual revisão da Lei de Saúde Mental. *Revista Julgar*, n.º 36, pp. 175-195. Retirado de: <https://julgar.pt/a-proposito-de-uma-eventual-revisao-da-lei-de-saude-mental/>.

Jurisprudência

TEDH (9 de julho de 2013). Caso *Vinter and Others v. The United Kingdom*. Retirado de:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-122664%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-122664%22]}).

TEDH (20 de maio de 2014). Caso *László-Magyar v. Hungary*. Retirado de:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-144109%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-144109%22]}).

TEDH (20 de maio de 2016). Caso *Murray v. The Netherlands*. Retirado de:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-162614%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-162614%22]}).

TEDH (9 de maio de 2023). Caso *Horion v. Belgium*. Retirado de:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-224563%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-224563%22]}).

**A responsabilidade da Administração Pública da Saúde por
erro médico em diagnóstico pré-natal**

Considerações e coordenadas jurídico-públicas

Daniela Alexandra Silva Machado

Sob a orientação da Professora
Doutora Carla Amado Gomes

Agradecimentos

À Doutora Carla Amado Gomes, por quem nutro uma grande admiração enquanto pensadora do Direito, e a quem muito tenho de agradecer por toda a prontidão e ajuda ao longo do processo.

À minha mãe, a quem devo um agradecimento por tudo e mais alguma coisa, mas, sobretudo, por sempre me deixar voar. Ao meu pai, que nunca deixou que nada me faltasse e sempre me motivou a ser mais e melhor. Ao meu irmão, que sempre foi sinónimo de uma amizade e cumplicidade inexplicáveis.

À minha avó Antonieta, por ter um coração de ouro e por fazer tudo pela minha felicidade e bem-estar. A minha avó Armínia, uma verdadeira amiga, com quem sei que vou ter para sempre uma conexão especial. Ao meu avô Jaime, para quem não tenho palavras para agradecer o Avô que sempre foi.

Ao Tiago, o melhor companheiro nesta viagem que é a vida, pela paciência, pelo apoio incondicional e por ter estado comigo desde o primeiro dia.

À Elsa, pela ajuda e por ser um verdadeiro exemplo de sucesso.

À Doutora Elizabeth Fernandez, por quem nutro grande estima, e a quem só tenho de agradecer por me ter permitido caminhar a seu lado, naqueles que foram os meus primeiros passos no mundo do Direito.

À minha professora Anabela, por ser o maior exemplo que tive do que é ser Educador.

Resumo

A presente investigação – na sua essência despertada pela originalidade que o tema em apreço acarreta no cruzamento com a homóloga solução civilista – tem como ímpeto fazer uma incursão crítica pelo plano da interseção dos pressupostos da responsabilidade civil da Administração Pública da Saúde, com os casos de erro médico no processo de diagnóstico pré-natal, de gestantes acompanhadas em entidades que atuem ao serviço daquela Administração.

Não obstante continuem a existir vozes doutrinárias que teimam em despojar a temática de relevância teórico-prática, parece imperativo que se reconheça que, no contexto de um mundo em que o progresso científico é constante, o redefinir de fronteiras, no domínio da disciplina jurídica, se afigura crucial para que não se criem entraves à tutela jurídico-indemnizatória dos particulares lesados à luz de condutas clínicas ilícitas e culposas.

À semelhança daquele que tem sido o papel da jurisprudência, também este trabalho pretende desmistificar algumas das objeções que têm estado na origem da recusa da procedência de ações por *wrongful birth*, contribuindo com a exposição de coordenadas que possam auxiliar os tribunais da jurisdição administrativa, na aplicação prática dos pressupostos da responsabilidade civil, à identificação das praxis médicas faltosas em sede de acompanhamento pré-natal.

Palavras-chave: responsabilidade civil extracontratual do Estado; Administração Pública da Saúde; diagnóstico pré-natal; *wrongful birth actions*.

Abstract

The present study aims to make a critical incursion into the level of intersection of the assumptions of the Public Health Administration's civil responsibility in cases of medical error in the prenatal diagnosis process of pregnant women monitored in entities at the service of said Administration.

Despite the existence of doctrinal voices that insist on depriving the theme of theoretical-practical relevance, it seems imperative to recognize that, in a world where scientific progress is constant, redefining borders in the legal field appears to be crucial to avoid obstacles to the legal and compensatory protection of individuals damaged in the light of illicit and culpable clinical conduct.

Similar to what has been the role of jurisprudence, this work also intends to demystify some of the objections at the origin of the refusal to grant actions due to wrongful birth, contributing to the exposure of coordinates that can assist the courts of administrative jurisdiction in the practical application of the assumptions of civil liability to faulty medical practices in prenatal care.

Keywords: State's non-contractual civil liability; Public Health Administration; prenatal diagnosis; wrongful birth actions.

Nota prévia

A presente dissertação incidirá apenas sobre ações de efetivação da responsabilidade civil extracontratual pública propostas pelos progenitores do feto nascido com malformações, também denominadas “wrongful birth actions”. Pelo facto de as ações interpostas pela própria criança (“wrongful life actions”) – ainda que, funcionalmente, também partam de um erro médico no diagnóstico pré-natal, e sem embargo do seu inegável interesse teórico – serem tendencialmente desatendidas pela jurisprudência, optou-se por trabalhar apenas as ações em que os demandantes são os progenitores.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
CC	Código Civil
Cfr.	Confrontar
Coord.	Coordenação
Op. cit.	Obra citada
P.	Página
Proc.	Processo
RRCEEP	Regime da Responsabilidade Civil do Estado e Demais Entidades Públicas
SNS	Sistema Nacional de Saúde
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
Vol.	Volume

Índice

Introdução	8
1. As pretensões por erro no diagnóstico pré-natal na linha de continuidade do direito à autodeterminação	10
2. A responsabilidade do Estado por erro médico: natureza contratual ou extracontratual?	14
3. A responsabilidade da Administração Pública da Saúde por erro médico no diagnóstico pré-natal	20
3.1 Facto	21
3.2. Ilícitude	23
i. Da violação do dever de informar	26
3.3. Culpa	28
3.4. Dano	32
3.5. Nexo de causalidade	34
Conclusão	36
Bibliografia	38
Jurisprudência consultada	42

Introdução

Até meados do século XX, em consonância com uma lógica de “paternalismo clínico”, a relação que se estabelecia entre o paciente e o médico era de tal forma estreita, que por muitos era vista como “não litigante” – assim espelhando uma postura permissiva, alheia a qualquer indagação dos contornos de competência da atuação do profissional de saúde.

Parece inevitável reconhecer que o modo como se encontra concebido o exercício da medicina, pelas concretas características que lhe são inerentes, impede que se a não pense como uma atividade particularmente suscetível de causar danos na esfera jurídica do utente e como uma atividade em que o dano iatrogénico ocorre com alguma frequência. O avanço da ciência médica e das técnicas de deteção e tratamento de patologias, porém, tem permitido dotar a prática clínica de mecanismos capazes de incrementar a previsibilidade e diminuir os riscos associados à própria natureza da prestação, e, conseqüentemente, dotar as relações dos utentes com o universo médico de maior proximidade, longe do arbítrio característico de outrora.

No concreto campo dos cuidados de saúde reprodutiva, a dita progressão tecnológica reveste particular valor quando pensada como instrumento essencial na conformação da liberdade de autodeterminação e do planeamento familiar dos indivíduos (hoje elevado a direito constitucionalmente garantido¹). As técnicas de diagnóstico pré-natal, graças ao avanço científico operado no âmbito da medicina obstetrícia, permitem que o atual grau de exatidão dos procedimentos empreendidos, para detetar anomalias no período que antecede o parto, seja praticamente irrepreensível. Acontece que, apesar de tal precisão, se o uso dos dispositivos disponíveis não for acompanhado pela corresponsável diligência humana, o diagnóstico pré-natal não estará isento de irregularidades – o que se afigura especialmente grave na conjuntura que supra se referiu. Isto porque a consciência cívica de que a medicina está hoje dotada de mecanismos com capacidade de revelar resultados minuciosos tem como reverso um redefinir de expectativas. A tendência nas sociedades modernas é para uma maior consciencialização dos direitos adquiridos, tendência essa que mais não tem como corolário um crescer das demandas judiciais, no sentido de responsabilizar aqueles que causam danos a outrem ao não cumprir com os deveres profissionais a que estão adstritos.

Ora, em países em que existe uma forte intervenção pública na área da saúde, como é o caso de Portugal, para o referido panorama de gradual litigância nesse setor, contribui, de igual forma, a ideia de que são os próprios utilizadores dos serviços quem

¹ Cfr. artigo 67.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

os sustentam, pelo que se presencia uma reivindicação acrescida no plano da prestação. Em particular, nos campos em que a ciência médica está mais evoluída em termos de técnicas de diagnóstico e tratamento, como será o da saúde reprodutiva, essas pretensões parecem ser ainda mais avultadas, face ao entendimento de que o universo médico especializado deve agir em conformidade com os instrumentos tecnológicos de que se faz munir.

Nessa senda, o aparecimento de ações de responsabilidade contra as instituições que façam parte da Administração Pública da Saúde encontra-se potenciado no caso de erro médico no diagnóstico pré-natal das grávidas seguidas por tal Administração – erro que, embora se situe a montante do parto e apresente um nexo de causalidade *suís generis*, é fonte de danos (e, por isso, gerador de responsabilidade). Esta conjuntura de litigância beneficia, por um lado, de mudanças no pensamento ético da sociedade, mas, por outro lado, encontra dificuldades ao mover-se num sistema em que o direito não está ainda completamente alinhado com essas novas concepções, confrontando-se com problemas de articulação com os requisitos da responsabilidade civil (assim requerendo uma jurisprudência maleável, capaz de encontrar soluções justas para pretensões judiciais controversas).

Ver-se-á, como traz à colação André Gonçalo Pereira, que “em Portugal, temos um complexo sistema de responsabilidade civil (médica) (...), o que significa a manutenção de regimes bastante diferenciados a regular uma atividade materialmente semelhante, a prestação de cuidados de saúde”². Ainda que se encontrem semelhanças e o caráter eminentemente fronteiriço da matéria seja inegável, as diferenças nos regimes substantivos aplicáveis impedem que a abordagem jurisprudencial, nas jurisdições cível e administrativa, seja a mesma. É com base nesta premissa que se procurará, com a presente dissertação, expor as coordenadas pelas quais se deverá reger a análise das ações de responsabilidade civil contra a Administração Pública da Saúde com base em erro médico no processo de diagnóstico pré-natal que decorra em instituições ao serviço daquela administração. Procurar-se-á, com base neste desígnio, encontrar resposta às seguintes questões de investigação: Deverá ser aberto espaço ao provimento destas pretensões indemnizatórias? Estão reunidas, no terreno jurídico, as condições necessárias à sua admissibilidade?

² Pereira, 2020, p. 129.

1. As pretensões por erro no diagnóstico pré-natal na linha de continuidade do direito à autodeterminação

Como tem vindo a ficar patente, as transformações científicas que tomaram o mundo da medicina nas últimas décadas têm desempenhado um papel fulcral no progresso dos meios e saberes de que hoje a medicina obstetrícia se mune. Em especial, no plano de atuação a montante, o processo de aconselhamento genético associado à utilização de técnicas de deteção precoce de malformações e doenças congénitas dos fetos (comummente designadas de técnicas de diagnóstico pré-natal) tem permitido o conhecimento prévio de patologias e deficiências³ e, bem assim, o antecipar de dissabores aos progenitores aquando do parto.

A doutrina e a jurisprudência têm pacificamente reconduzido o processo de diagnóstico pré-natal ao conjunto de técnicas utilizadas para detetar anomalias fetais, durante a gestação, com recurso a exames médicos que assumem “várias finalidades, nomeadamente, a de tranquilizar ou preparar os progenitores acerca da saúde do feto; permitir, quando possível, o tratamento do feto; indicar o modo mais adequado para a realização do parto; determinar o tratamento a ser dirigido ao recém-nascido; e, nos países onde o aborto é permitido, o diagnóstico de uma deficiência fetal incurável possibilita ainda o exercício do direito à interrupção voluntária da gravidez”⁴. Trata-se de métodos de controlo, reconhecidos pela comunidade médica como os idóneos para a deteção de irregularidades, aos quais a mulher grávida pode ser submetida durante o período de gestação, com o efeito de monitorizar o desenvolvimento e saúde do feto.

Atualmente, diversos são os exames que o serviço nacional de saúde coloca à disposição das gestantes (a par das consultas de obstetrícia e aconselhamento genético) no sentido de providenciar o referido acompanhamento. Entre eles, discernem-se técnicas não invasivas, como será o caso dos exames laboratoriais e das ecografias, de técnicas invasivas, dentro das quais se destacam a amniocentese, a biopsia das vilosidades coriônicas, a citogenética molecular e a cordocentese⁵. Não obstante estas últimas serem consideradas as únicas aptas a diagnosticar determinadas patologias, carregam consigo a evidência de que existe um risco acrescido de provocar um aborto espontâneo ou instigar ao aparecimento de infeções, pelo que a sua prescrição está sujeita a condições, bem como ao devido consentimento informado da grávida para a sua realização. Face a esta conjuntura, o recurso a técnicas invasivas de diagnóstico é de carácter subsidiário, e está subordinado ao preenchimento de um dos preceitos

³ Rocha, 2018, p. 6.

⁴ Ac. do STJ, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

⁵ Cfr. Despacho n.º 5411/97, de 6 de agosto de 1997 do Ministério da Saúde e Parecer n.º 39/2018, de 3 de dezembro de 2018, da Mesa do Colégio da Especialidade de Enfermagem de Saúde Materna e Obstétrica da Ordem dos Enfermeiros.

enumerados no ponto 2 do Despacho n.º 5411/97 do Ministério da Saúde, nomeadamente a idade da gestante ser superior a 35 anos, existir um progenitor e/ou um filho anterior portador de cromossomopatia, haver suspeita ecográfica de anomalia fetal congénita, verificar-se uma alteração dos valores dos marcadores serológicos maternos, existir um risco elevado de recorrência de doença genética não cromossómica ou um risco elevado de efeito teratogénico.

Nestes termos, não olvidando a inegável utilidade, nem tampouco os riscos associados às terapêuticas pré-natais invasivas supramencionadas⁶, é consensual que o recurso a tais exames médicos há de ser precedido de ponderações entre os seus riscos e benefícios, só se prosseguindo com a sua realização quando a probabilidade de diagnóstico do feto com alguma malformação for superior ao risco inerente à execução do exame⁷. Seguindo de perto Luís Baptista Manso, importa nestes casos “justificar o alcance diagnóstico do exame em questão, indicando a sua concreta finalidade, a eventualidade de ocorrência de efeitos secundários e limitações na qualidade de vida da grávida (...), [sendo igualmente fundamental] informá-la dos benefícios e riscos do respetivo ato médico”⁸ – para que, uma vez na posse de todos os elementos, possa tomar uma decisão livre e esclarecida sobre a (não) realização do exame, bem como estar ciente do leque de opções ao seu dispor no caso de um eventual resultado indesejado.

Como bem explana Vera Lúcia Raposo, no específico domínio da medicina materno-fetal, sob o médico que esteja a prestar cuidados de saúde recaem deveres de “i) prescrever a realização de todos os exames que considere pertinentes no caso concreto (...); ii) realizá-los de forma correta, tal como estipulado pelas regras técnicas aplicáveis; iii) proceder à sua adequada interpretação, de acordo com as regras cientificamente vigentes em cada momento, e sublinhando nos resultados apurados eventuais limites técnicos à respetiva fiabilidade; iv) comunicar na íntegra os resultados dos referidos exames aos pais, acompanhados dos devidos esclarecimentos, para que estes possam tomar uma decisão livre e informada quanto ao prosseguimento da gravidez”⁹. Acontece que, apesar de as *leges artis* e os deveres objetivos de cuidado assim o imporem, nem sempre o profissional de saúde atua em conformidade com os deveres a que está adstrito, incorrendo em erros de má prática clínica – o que, no âmbito da medicina obstetrícia de diagnose pré-natal, se materializa na não realização dos testes e exames genéticos que se revelariam pertinentes no caso concreto, na incorreta realização de exames (cuja consequência é a produção de resultados não fidedignos), na defeituosa interpretação dos resultados dos exames efetuados, ou na falta de comunicação, aos progenitores, do

⁶ Noivo, 2022, p. 1418.

⁷ Oliveira, 1999, pp. 7 e 8.

⁸ Manso, 2011, pp. 144 e 145.

⁹ Raposo, 2012, p. 72.

respetivo resultado dos testes a que a gestante foi submetida (seja porque não houve, de todo, uma comunicação; seja porque a informação foi deficientemente veiculada; seja porque a informação foi intempestivamente transmitida)¹⁰.

Este quadro de más práticas médicas no processo de acompanhamento pré-natal, associado que está aos fatores supra descritos (de transformação científico-tecnológica do mundo clínico e de mudança no pensamento ético da sociedade), tem potenciado a eclosão de demandas judiciais de responsabilização das instituições de saúde onde operam os profissionais autores das praxis clínicas faltosas. Ainda que não isentas de controvérsia, quer quanto ao fundamento, quer no que concerne ao cruzamento com os requisitos da responsabilidade civil, estas são ações cujos destaque e volume no terreno jurídico têm sido crescentes. Tomam como pressuposto a falha no diagnóstico (ou na respetiva transmissão aos progenitores) de uma patologia fetal no período pré-parto (quando a sua deteção seria viável com recurso aos meios técnicos disponíveis), assim privando a gestante de tomar uma decisão livre e esclarecida quanto ao destino da gravidez.

Frequentemente denominadas pela doutrina por “ações *wrongful birth*”, estas pretensões indemnizatórias reconduzem-se a reações judiciais contra a conduta negligente do médico, que frustrou o exercício da liberdade da gestante de optar (ou não) pela interrupção da gravidez (nos respetivos termos legais)¹¹, dando azo a uma violação do direito à autodeterminação daquela, na sua vertente de direito ao planeamento familiar e direito à liberdade reprodutiva¹². Tal como assumido pelo Acórdão N.º 55/16 do Tribunal Constitucional (o qual se segue de perto, pela primordial e notável abordagem ao tema em apreço), e à semelhança daquele que tem sido o entendimento da doutrina nacional e estrangeira¹³ sobre o tema, é de remeter o conceito de *wrongful birth actions* “[a]os processos em que se deduz uma pretensão indemnizatória dos pais de uma criança nascida com uma deficiência congénita, não atempadamente detetada ou relatada aos mesmos em função de um erro médico, a serem ressarcidos (eles os pais) pelo dano resultante da privação do conhecimento dessa circunstância, no quadro das respetivas opções reprodutivas, quando esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar essas mesmas opções”¹⁴.

Trata-se de demandas judiciais instigadas por uma violação das *leges artis* num período pós-concepcional (e pré-parto), que se traduz num erro de omissão no processo

¹⁰ Raposo, 2012, p. 163.

¹¹ Refere o Ac. do TRP, de 1.07.2021 (Proc. N.º 5397/16.8T8PRT.P1), que “o interesse protegido e indemnizável, nas ações de nascimento não desejado (*wrongful birth*), é a liberdade de decisão sobre o direito de procriação, que inclui a faculdade, nas condições legais, de interromper voluntariamente a gravidez”.

¹² Cardeira, 2022, p. 1353.

¹³ Cfr. Leightman, 1982, p. 725.

¹⁴ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

de monitorização e acompanhamento da gravidez (ou porque não foram prescritos os exames pertinentes, ou porque há uma interpretação errónea dos mesmos, ou porque os resultados dos exames efetuados não foram devidamente comunicados). A conduta ilícita e faltosa do profissional de saúde motiva os progenitores a reagir judicialmente contra este e a respetiva instituição hospitalar, no sentido de obter uma indemnização pela privação da prestação de um consentimento informado, que poderia traduzir-se na interrupção voluntária da gravidez¹⁵. Sem embargo de o dano indemnizável não proceder de um erro iatrogénico *stricto sensu* (pois a patologia de que a criança padece não foi diretamente causada pelo médico), é a conduta omissiva do profissional, o erro no diagnóstico pré-natal, que ocasiona a lesão do direito à autodeterminação da gestante. Se as malformações ou patologia congénita tivessem sido detetadas ou devidamente comunicadas aos progenitores dentro do prazo legal para a interrupção da gravidez, estariam aqueles em posição de equacionar o término da gestação¹⁶ – daí que este género de ações seja comumente apelidado de “ações por nascimento indevido”, numa lógica de nascimento potencialmente qualificado retrospectivamente como indesejado.

A propósito da expressão “wrongful birth”, embora a tradução literal se reconduza ao termo “nascimento indevido”, importa que se desmistifique o conceito, sob pena de incorrer num despejo do valor da vida humana. Paulo Mota Pinto, debruçando-se especificamente sobre a questão, apoia-se no supracitado Acórdão N.º 55/16 do Tribunal Constitucional para refutar a ideia de que o reconhecimento de uma indemnização aos progenitores de uma criança surpreendentemente nascida com deficiências afeta a indisponibilidade da vida humana¹⁷. Em causa não está qualquer intenção presente que se reporte à não existência da criança; antes se trata de uma construção intelectual, esgotada no domínio da abstração e do plano hipotético, atinente “à caracterização de um facto passado que se tornou num dado imutável do presente e cuja abordagem indemnizatória se esgota na fixação de uma indemnização em dinheiro (...), sempre atribuída em função de uma efetiva situação de existência e sempre estabelecida por referência a desvalores decorrentes das peculiaridades da atividade de médicos agindo no quadro de um diagnóstico pré-natal”¹⁸ (porquanto não se justifica, nem se afigura como justo, que se prive de tutela jurídico-indemnizatória os indivíduos colocados em forte posição de carência em virtude de um erro médico culposos com inevitáveis repercussões financeiras)¹⁹.

¹⁵ Cfr. Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

¹⁶ Veja-se o seguinte exemplo. “Os pais requerem uma indemnização pelos danos morais e patrimoniais resultantes do nascimento de um filho portador de deficiências graves. Alegam que se houvessem sido (...) informados da doença que o embrião/feto desenvolveu durante a gestação (trissomia 21, por exemplo) teriam optado por interromper a gravidez”. RAPOSO, 2010, p. 64.

¹⁷ Mota Pinto, 2021, p. 555.

¹⁸ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

¹⁹ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

Claro está que esta conjuntura de eventual admissibilidade de concessão de indenizações ao abrigo de condutas faltosas em diagnóstico pré-natal mais não é do que um contínuo da progressiva liberalização dos regimes legais da liberdade reprodutiva, nomeadamente os referentes à licitude da interrupção voluntária de gravidez. Com efeito, para que as pretensões por *wrongful birth* prosperem em determinado ordenamento jurídico, para além de o direito à autodeterminação reprodutiva atuar como pressuposto no plano de fundo, deve estar conjecturado como conduta lícita o aborto fetopático (aborto desse que, no plano casuístico, se terá de afigurar como tempestivamente viável à data em que a anomalia deveria/poderia ter sido detetada em sede de diagnóstico pré-natal) ²⁰.

No ordenamento português, nos termos do artigo 142.º, n.º 1, c) do Código Penal, a interrupção de gravidez fetopática é lícita nas primeiras 24 semanas de gestação, no caso de patologia grave ou malformação congénita do feto incuráveis. Destarte, e uma vez que não existe um catálogo de doenças graves ou malformações congénitas, é à Comissão de Ética de cada unidade hospitalar que cabe a análise casuística e respetiva qualificação das patologias como “graves”. Se determinada doença for descartada de tal denominação, a pretensão indemnizatória não poderá ter como substrato a hipótese da alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal. Todavia, a ação por *wrongful birth* é ainda viável se pensada nos termos da alínea e) do mesmo artigo²¹, porquanto se assistirá a uma lesão do direito à autodeterminação reprodutiva da gestante quando aquela não tenha sido devida e tempestivamente informada (se cientificamente possível) da doença do feto dentro das primeiras 10 semanas de gravidez (período temporal em que não é punível a interrupção da gravidez por mero desejo da mulher).

2. A responsabilidade do Estado por erro médico: natureza contratual ou extracontratual?

Pensar a admissibilidade e eventual procedência de ações contra a Administração Pública da Saúde por erro médico no diagnóstico pré-natal implica que se indague a natureza da responsabilidade a vir a ser efetivada. A questão reconduz-se à determinação da abordagem legal e do regime substantivo aplicável à responsabilidade dos atos médicos (faltosos) praticados em instituições públicas de saúde (entendidas em sentido amplo), solução que passa pela submissão da matéria a um regime de responsabilidade civil contratual ou de responsabilidade civil extracontratual.

Importa recordar que da prestação de cuidados de saúde geradora de danos, no seio daquela que se define como uma relação obrigacional complexa, tanto pode resultar

²⁰ Raposo, 2012, pp. 100 e 116.

²¹ Borges, 2019, p. 160.

a aplicação da disciplina da responsabilidade extracontratual (fruto da violação de direitos de personalidade do utente – como seja, do direito à vida e do direito à integridade física e moral), como a aplicação de preceitos de responsabilidade contratual como consequência da violação de deveres profissionais (principais e acessórios) por parte do universo médico, nomeadamente o de atuar de acordo com as *leges artis* e em tempo útil, de desenvolver a atividade com as cautelas impostas pela arte, de obter o consentimento informado e esclarecido do utente, de prestar informação e de se deter ao sigilo profissional²².

O tratamento, na jurisdição civilística, da problemática da aferição do regime jurídico aplicável à responsabilidade por atos médicos (praticados em âmbito de medicina privada), ainda que alvo de debate doutrinal, tem-se afigurado de simples resolução. A existência de um contrato de prestação de serviços médicos celebrado entre o utente e o estabelecimento de saúde ou o médico conduz à constituição de uma relação jurídico-contratual, da qual emergem obrigações de cumprimento de deveres de prestação principais e acessórios – pelo que o mesmo paciente pode ver violado o vínculo contratual e ver-se lesado nos seus direitos de personalidade. No plano específico das ações por erro no diagnóstico pré-natal, assistir-se-á, em simultâneo, a um incumprimento, ou cumprimento defeituoso, do contrato de prestação de serviços médicos de acompanhamento de gravidez (contrato do qual se espera uma adequada supervisão e a transmissão de informações que permitam à gestante decidir sobre a interrupção da gravidez)²³ e, bem assim, à violação de direitos de personalidade da paciente (por falha no consentimento esclarecido imposto pelo artigo 157.º do Código Penal, e consequente violação do direito à autodeterminação reprodutiva e de planeamento familiar).

Com efeito, e como já assumido pelo STJ, “a responsabilidade civil médica pode ter, simultaneamente, natureza extracontratual e contratual, pois o mesmo facto pode constituir, a um tempo, uma violação do contrato e um facto ilícito lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física”²⁴. Este concurso de responsabilidades tem sido comumente resolvido pela jurisprudência civil pelo recurso ao princípio da consunção do regime de responsabilidade contratual²⁵ (do artigo 798.º e seguintes do Código Civil), que se sobrepõe à aplicação das normas do artigo 483.º e seguintes do mesmo Código, pelo facto de aquele se mostrar a “solução mais ajustada aos interesses do lesado e mais conforme ao princípio geral da autonomia privada”²⁶ (nomeadamente, no que concerne

²² Monge, 2012, p. 96.

²³ Noivo, 2022, pp. 1426 e 1427.

²⁴ Ac. do STJ, de 7.03.2017 (Proc. N.º 6669/11.3TBVNG.S1).

²⁵ A título de exemplo, ver Ac. do STJ, de 22.09.2011 (Proc. N.º 674/2001.PL.S1).

²⁶ Ac. do STJ, de 7.03.2017 (Proc. N.º 6669/11.3TBVNG.S1).

às normas em matéria de ónus da prova²⁷). Um setor dissonante da doutrina e da jurisprudência, porém, é da opinião de que deverá imperar a “doutrina do cúmulo”²⁸, segundo a qual é facultada ao lesado a seleção das normas que mais lhe forem benéficas, como serão as referentes ao regime de solidariedade passiva e de demanda de danos não patrimoniais, no caso da responsabilidade civil extracontratual, e as atinentes ao ónus da prova do lesante e ao prazo de prescrição alargado, de que goza o regime da responsabilidade contratual²⁹.

Na jurisdição administrativa, a querela da natureza do regime de responsabilidade civil adequado às situações de erros médicos cometidos nos serviços públicos de saúde apresenta-se como análoga à precedente abordada em termos civilísticos. A doutrina acha-se dividida entre teses adeptas da subsunção a um regime de responsabilidade civil contratual e teses que propugnam uma perspetiva extracontratual da responsabilidade dos entes públicos.

Para uma facção minoritária da doutrina³⁰, tendo por base a destrição supra assinalada (entre violação de obrigações profissionais e violação de direitos de personalidade), a responsabilidade por atos médicos faltosos praticados em instituições públicas de saúde não terá natureza administrativa, antes deverá ter por referência a disciplina jurídica da responsabilidade civil contratual. Argumentam os autores que os deveres de prestação de que o médico/estabelecimento de saúde está incumbido (como sejam os de atuar de acordo com as *leges artis*) não diferem, em termos de conteúdo substantivo, consoante a natureza pública ou privada da relação jurídica subjacente, assim devendo a sua transgressão prefigurar um incumprimento de um contrato celebrado entre a unidade de saúde e o utente³¹.

Alicerçando a opção pelo estatuto contratual na suposta relação de confiança que se estabelece entre as partes, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro advogam que “o quadro do contrato parece o mais apropriado para vazar a relação, caracterizada por uma ideia de confiança, entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde”³², mesmo que essa entidade seja de natureza pública. Também para Cláudia Monge, dúvidas não restam de que, em matéria de prestação de cuidados de saúde médicos, “o regime de

²⁷ Ac. do STJ, de 7.10.2010 (Proc. N.º 1364/05.5TBBCL.G1).

Esta solução acaba por ser mais favorável para o lesado, pois é o profissional de saúde quem tem de provar que atuou com a diligência devida. Como já constatou a jurisprudência, “faz mais sentido – e é justo – que sejam os técnicos que prestam os cuidados de saúde (...), a provarem que agiram com zelo, precisamente porque dominam – ou é suposto dominarem – os conhecimentos técnicos na sua área de atuação, do que fazer recair o ónus da prova da falta de zelo sobre os pacientes que, na generalidade dos casos, não têm conhecimentos técnicos na área da saúde”. Ac. do TCAN, de 30.11.2012 (Proc. N.º 01425/04.8BEBRG).

²⁸ Cfr. Pereira, 2013, p. 278 e ss.

²⁹ Pereira, 2013, p. 130. Ver ainda, Ac. do STJ, de 7.10.2010 (Proc. N.º 1364/05.5TBBCL.G1).

³⁰ A título de exemplo, ver Dias Figueiredo & Sinde Monteiro, 1984, pp. 47 e ss. e DIAS, 1993, pp. 40 e ss. Especificamente apelando à aplicação do regime de responsabilidade civil contratual, no caso de ações por *wrongful birth*, em que a instituição demandada é pública, ver Mota Pinto, 2021, p. 566.

³¹ Monge, 2012, p. 100.

³² Dias Figueiredo & Sinde Monteiro, 1984, pp. 48 e 49.

responsabilidade civil aplicável deverá ser o da responsabilidade obrigacional (...), quer o estabelecimento de saúde seja um estabelecimento de saúde público ou com contrato que dite também a sua integração no Serviço Nacional de Saúde”³³, porquanto não se encontra fundamento “para distinguir o tratamento a conferir à violação do dever de tratamento de acordo com as *leges artis*, ou de violação do dever de informação, ou do dever de obtenção de consentimento prévio (...), em razão de o médico ser auxiliar do cumprimento da prestação de cuidados de saúde de um estabelecimento de saúde privado ou de um estabelecimento de saúde público, pois quer o ato seja de gestão privada ou de gestão pública, o médico não é um estranho a quem apenas compita um dever genérico de respeito, pelo que a violação dos invocados deveres ou obrigações deve gerar sim a aplicação das regras de responsabilidade civil contratual”³⁴.

A jurisprudência administrativa, ainda que firme e pacífica em considerar a aplicação das normas do regime aprovado pela Lei n.º 67/2007 (atinentes à responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas), foi já palco de decisões dissonantes com essa tendência. Num Acórdão datado de 30.11.2012, o TCAN considerou que “no domínio da prestação de serviços de saúde é mais adequado à realidade e conduz a soluções mais justas, a aplicação do regime da responsabilidade contratual do que o regime da responsabilidade extracontratual, pois estamos perante uma situação de facto equivalente à de um contrato de prestação de serviços (...), a justificar a mesma proteção legal”³⁵. O Tribunal acrescentou ainda que, nestes casos, não se está, em bom rigor, “perante responsabilidade emergente de atos de gestão pública, uma vez que na prestação de assistência hospitalar (...), não existem prerrogativas de autoridade ou uma regulamentação de natureza pública que permita distinguir, como ato de gestão pública, a assistência prestada por um hospital público e a assistência prestada, como ato de gestão privada, por um hospital particular”³⁶.

De facto, subsiste uma parte da doutrina e da jurisprudência, conquanto minoritárias, ávidas defensoras da teoria contratualista da responsabilidade do Estado por atos médicos. Pessoalmente, cabe reconhecer que tal orientação doutrinal não se ajuíza como ajustada à realidade jurídico-fáctica, no entanto. Entende-se a indagação da “razão de ser do tratamento desigual de duas situações que são, inequivocamente, análogas na sua intencionalidade problemática”³⁷; porém, o raciocínio inerente ao posicionamento contratual parece encontrar-se viciado em vários segmentos. Em virtude do recurso de um utente a uma unidade de saúde pública, estabelece-se entre o indivíduo,

³³ Monge, 2013, p. 45.

³⁴ Monge, 2013, p. 47.

³⁵ Ac. do TCAN, de 30.11.2012 (Proc. N.º 01425/04.8BE BRG).

³⁶ Ac. do TCAN, de 30.11.2012 (Proc. N.º 01425/04.8BE BRG).

³⁷ Barbosa, 2008, p. 172.

essa unidade e os respectivos profissionais de saúde uma relação jurídica multilateral³⁸ (regida por princípios e normas de Direito Público³⁹), reconduzida a uma lógica, já atestada pela jurisprudência administrativa, de que “quem recorre a um estabelecimento de saúde público fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de ‘utente’, modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral estatutário, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e obrigações e não pode ser derogado por acordo, com introdução de discriminações positivas ou negativas”⁴⁰.

Alegar existir um substrato contratual na relação que brota da prestação de cuidados de saúde em instituições públicas afigura-se de difícil concretização, pois, nestes casos, não assiste ao utente qualquer liberdade de escolha do contratante⁴¹, apenas um estado de sujeição à assistência em determinado estabelecimento de saúde, cuja determinação depende de classificações geográfico-administrativas e do encargo estadual de prover a cuidados de saúde⁴². É da previsão do legislador de um direito universal de acesso à saúde, configurado como uma necessidade geral, que procede a relação jurídica de prestação de cuidados de saúde. Como reconhecem Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha, essa relação jurídica não tem origem num acordo de vontade entre as partes, “antes surge como consequência do acesso dos cidadãos a um serviço público, neste caso, ao serviço público de saúde, determinado por uma permissão normativa de origem legal ou mesmo constitucional”⁴³. Destarte, porquanto são obrigações que emergem da previsão constitucional de incumbência do Estado Social em assegurar a prestação de cuidados de saúde aos cidadãos⁴⁴, quer a violação do dever principal de prestar, quer a violação dos deveres acessórios a que os profissionais de saúde estão funcionalmente adstritos devem remeter-se a um regime de responsabilidade civil extracontratual, no seio de um quadro jurídico que perspetiva aquelas obrigações como incumbências legais, e não contratuais.

A somar ao reconhecimento da origem legal da relação jurídica, a submissão dos atos médicos praticados em estruturas da Administração Pública da Saúde a um regime de responsabilidade civil extracontratual (nomeadamente ao aprovado pela Lei n.º 67/2007) passa também por anuir na inclusão daquela que é denominada por “função técnica do Estado”⁴⁵ (neste caso, os atos materiais de prática médica) no conceito de “exercício da função administrativa”, a que o artigo 1.º da Lei n.º 67/2007 alude. Embora

³⁸ Silva, 2003, p. 185.

³⁹ Capela, 2015, p. 147.

⁴⁰ Ac. do STA, de 20.04.2004 (Proc. N.º 0982/03).

⁴¹ Correia, 1996, p. 22.

⁴² Raposo, 2013, p. 38.

⁴³ Estorninho & Macieirinha, 2014, p. 207.

⁴⁴ Pereira, 2013, p. 294.

⁴⁵ Moniz, 2016, p. 109.

referindo-se à biunívoca expressão de “atos de gestão pública” (que protagonizava a essência do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 48 051), a linha doutrinal de Diogo Freitas do Amaral é, ainda, de atual aplicabilidade e adequada ao homólogo conceito de “exercício da função administrativa”. Como constata o autor, “é certo que uma atividade técnica tem sempre a mesma natureza, independentemente da qualidade do agente que a desenvolve ou do estabelecimento em que é exercida”⁴⁶; ademais, tomar como critério os eventuais poderes de autoridade exercidos também não passa no crivo da presente análise, pois a prestação de cuidados de saúde não é expressão do exercício de poderes de autoridade pública sobre os utentes por parte dos profissionais de saúde; todavia, fazendo operar um critério de enquadramento institucional, como sugere o Professor, os constrangimentos impostos pela natureza da atividade desenvolvida e pelo não exercício de poderes de autoridade são forçosamente ultrapassados quando confrontados com a evidência de que “a atividade médica nos estabelecimentos públicos de saúde se insere num enquadramento institucional de carácter público: ela constitui exercício de uma função pública, desenvolve-se sob a égide de normas de direito público, e condiciona os médicos em função de deveres e restrições especiais de carácter público”⁴⁷.

A jurisprudência dos tribunais administrativos tem precisamente caminhado no sentido de uma aplicação (quase) uniforme do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, instituído pela Lei n.º 67/2007, aos casos de responsabilidade por erro médico nos estabelecimentos de saúde da Administração Pública. Tome-se como exemplo o Acórdão do TCAN, de 13.05.2022, justamente debruçado sobre uma pretensão indemnizatória por erro médico no diagnóstico pré-natal de uma gestante seguida no Serviço Nacional de Saúde. O Tribunal assumiu, sem qualquer hesitação, que “os hospitais públicos, em sentido amplo (...), atuam no exercício de prerrogativas de poder público e/ou exercem atividades reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo, pelo que os atos médicos (sejam eles ações ou omissões) neles praticados correspondem, inequivocamente, ao exercício da função administrativa”⁴⁸. Também o tribunal superior da jurisdição administrativa (ainda que em sede de pronúncia de facto subsumível ao já revogado Decreto-Lei n.º 48 051) já se manifestou no sentido de que “a atividade da Administração pública da saúde (...) não se desenvolve sob a modalidade de atividade ‘contratual de facto’ nem em operações subsumíveis a ‘contratos de adesão’ com os doentes/utentes, por absoluta inverificação dos respetivos pressupostos, antes constitui e se traduz na prossecução de atribuições públicas em saúde, constitucionalmente consagradas, constituídas por atos de gestão pública”⁴⁹.

⁴⁶ Freitas do Amaral, 1991, p. 127.

⁴⁷ Freitas do Amaral, 1991, p. 129.

⁴⁸ Ac. do TCAN, de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).

⁴⁹ Ac. do STA, de 16.01.2014 (Proc. N.º 0445/13).

3. A responsabilidade da Administração Pública da Saúde por erro médico no diagnóstico pré-natal

Enveredar por um caminho de escrutínio das ações administrativas com fundamento em erro médico em sede de diagnóstico pré-natal não se afigura como tarefa desprovida de mérito. Sem embargo de a jurisprudência (das duas jurisdições) já se ter confrontado, por diversas ocasiões, com ações por *wrongful birth*, continua a inexistir harmonia doutrinária e jurisprudencial no tratamento da matéria, quer em termos de admissibilidade da pretensão indemnizatória (por divergências relativas aos pressupostos do dano e do nexo de causalidade), quer no atinente à extensão da indemnização⁵⁰.

Determinada a natureza e o respetivo regime substantivo de responsabilidade a empregar à análise que precede à ponderação da eventual procedência de uma pretensão ressarcitória que tenha por fundamento um erro médico no processo de diagnóstico pré-natal (de grávida acompanhada em entidade que componha a Administração Pública da Saúde), cabe agora examinar as coordenadas orientadoras dessa averiguação judicial.

O primeiro apontamento a ser feito contende com o facto de se ter evitado, *ab initio*, aludir expressamente ao conceito de “erro médico praticado em estabelecimento público” (antes se tendo optado por fazer uso da noção de “Administração Pública da Saúde”), porquanto aquela acaba por ser uma expressão redutora face à amplitude da problemática que se ousa abraçar. Como advertem Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro, “o RRCEE [Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas] adota um sentido funcional de Administração pública, correspondendo esta à atividade materialmente administrativa, independentemente da natureza do sujeito”⁵¹. Com efeito, convém não ignorar que a Lei n.º 67/2007 explicitamente confere administratividade às “ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”⁵², assim tomando por referência um critério material.

Seguindo aquela que tem sido a doutrina dos grandes administrativistas, o conceito de Administração Pública tanto pode ser entendido em sentido orgânico, como em sentido material-funcional⁵³. Ora, a opção do legislador foi subsumir o âmbito de aplicação da Lei n.º 67/2007 a uma noção de Administração Pública funcional, que engloba as entidades a quem estão confiadas atividades ou tarefas substancialmente administrativas, num quadro alheio à natureza das estruturas prestadoras (que tanto podem pertencer ao domínio público como ao domínio privado, desde que encarregadas

⁵⁰ Cfr. Letona, 2017, p. 101.

⁵¹ Amado Gomes & Pedro, 2022, p. 31.

⁵² Artigo 1.º, n.º 2 e n.º 5 da Lei n.º 67/2007.

⁵³ Cfr. Vieira de Andrade, 2020, pp. 13 e ss. Otero, 2013, p. 22.

de uma tarefa de satisfação de interesse público, regulada por normas administrativas ou adotada no exercício de prerrogativas de poder público⁵⁴). Especificamente, no atinente ao plano da prestação de cuidados de saúde, a própria jurisprudência já atestou este regime de abertura instituído pela Lei n.º 67/2007, confirmando que são enquadráveis, no seu âmbito subjetivo de aplicação, as ações de responsabilidade por atos médicos praticados em entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde (a ser entendidas em sentido amplo)⁵⁵; pelo que são de abranger na cobertura normativa da Lei n.º 67/2007 os danos causados pelas entidades que se enquadram no setor público administrativo, pelas pertencentes ao setor empresarial do Estado, pelos entes que constituam Parcerias Público-Privadas⁵⁶, e pelas entidades privadas que “atuem ao abrigo de convenções que as habilitem a prestar cuidados aos utentes do SNS”⁵⁷.

Como assente na violação de direitos de personalidade do utente, violação essa que resulta de uma infração, a montante, das *leges artis* e dos deveres objetivos de cuidado, impõe-se reconduzir as ações de responsabilidade por erro no diagnóstico pré-natal a um regime de responsabilidade (funcional⁵⁸) por factos ilícitos, a observar o disposto no artigo 7.º e seguintes da Lei n.º 67/2007. Destarte, como decorre da pronúncia da generalidade dos tribunais administrativos e da doutrina, a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por factos ilícitos assenta na averiguação cumulativa dos mesmos preceitos a que o modelo civilístico de responsabilidade civil extracontratual alude, nomeadamente o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano causado pelo lesante⁵⁹.

3.1 Facto

Na medida em que o modelo de responsabilidade por facto ilícito sobre o qual ora se debruça contende com uma situação de responsabilidade civil subjetiva, subordinada à demonstração de um ato voluntário culposos, torna-se forçoso concluir que esta nunca poderá “ser estabelecida sem existir um comportamento dominável pela vontade, que possa ser imputado a um ser humano e visto como expressão da conduta de um sujeito responsável”⁶⁰. Com efeito – e porque num quadro de responsabilidade da Administração –, o dito ato tanto se pode subsumir a um facto jurídico (um ato

⁵⁴ Cfr. Artigo 1.º, n.º 2 e n.º 5 da Lei n.º 67/2007.

⁵⁵ Ac. do TCAN, de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).

⁵⁶ Cfr. Assis Raimundo, 2018, p. 264.

⁵⁷ Moniz, 2016, p. 111.

⁵⁸ Para efeitos de aplicação do regime da Lei n.º 67/2007, a responsabilidade terá sempre por referência um ato funcional, praticado no exercício das respetivas funções do trabalhador ou do titular do órgão da pessoa coletiva responsável, a propósito desse exercício e desde que no desempenho da função administrativa. Cfr. Carvalho, 2013, pp. 174 e ss.

⁵⁹ Cfr. Ac. do TCAS, de 17.11.2022 (Proc. N.º 1015/08.6BELRA) e Ac. do STA, de 9.06.2011 (Proc. N.º 0762/09).

⁶⁰ Menezes Leitão, 2014, p. 257.

administrativo, nomeadamente), como a um facto material (que deflue do exercício de funções técnicas – como é o caso da atividade médica –, e no seio do qual emergjam obrigações de agir de acordo com as respetivas leis da arte)⁶¹.

Nas pretensões indemnizatórias por erro no diagnóstico pré-natal, é a conduta (facto) do profissional de saúde que configura o gatilho do dano provocado aos progenitores, que se veem lesados em virtude de uma preterição dos deveres legais a que o médico está adstrito. Na sequência dessa conduta positiva ou omissiva, o clínico incorre na violação das *leges artis* e/ou dos deveres objetivos de cuidado, assim interferindo nas opções reprodutivas dos progenitores, que são vedados de prestar um consentimento informado quanto ao destino da gravidez. De facto, ao contrário do que alguns autores tentam fazer valer, não se ajuíza como legítimo associar o pressuposto do facto, nas ações por *wrongful birth*, ao nascimento com deficiência; como já ficou patente, o dano reportar-se-á sempre à frustração do direito à autodeterminação reprodutiva, pelo que o correspetivo facto lesivo será a conduta (ilícita) do médico, responsável pela ofensa daquele direito⁶².

Conforme consta dos artigos 7.º e 8.º do RRCEEP, a natureza do facto que gera responsabilidade extracontratual da Administração tanto se pode enquadrar num contexto de comportamento positivo como de comportamento negativo⁶³. Retomando a menção feita supra, relativamente aos erros médicos mais comuns cometidos no âmbito da medicina obstetrícia, estar-se-á perante uma conduta positiva (ação) quando haja uma incorreta realização dos exames de diagnóstico, uma defeituosa interpretação dos exames efetuados ou uma deficiente transmissão de informação aos progenitores; acresce que o facto consubstanciará uma omissão, nos casos em que o profissional pretira na prescrição de exames que se revelariam pertinentes ou na comunicação do resultado de exames realizados.

3.2. Ilícitude

Nas palavras de Estêvão da Cunha, “a ilicitude consiste, antes de tudo, numa atuação antijurídica, isto é, contrária ao Direito”⁶⁴. Para efeitos de efetivação da responsabilidade da Administração, nos termos do artigo 9.º, n.º 1 do RRCEEP, esta antijuridicidade, cujo resultado se prende com a violação de direitos subjetivos ou de interesses legalmente protegidos, tanto pode decorrer da violação de normas ou

⁶¹ Caetano, 2017, p. 1225.

⁶² Cfr. Cardeira, 2022, p. 1371.

⁶³ “A responsabilidade civil decorrente de atos positivos tem caráter genérico, na medida em que decorre de um dever também genérico de não lesar ativamente as posições jurídicas subjetivas de outrem; já a responsabilidade civil emergente de omissões, apesar da aparente generalidade das referências legais, depende da existência de um dever de praticar a ação omitida”. Rebelo de Sousa & Matos, 2008, p. 20.

⁶⁴ Cunha, 2010, p. 617.

princípios jurídicos, como da infração de regras de ordem técnica ou de deveres objetivos de cuidado.

Tomando por referência o texto normativo, facilmente se percebe que a intenção do legislador foi estabelecer uma associação imperativa entre duas modalidades distintas de ilicitude: a ilicitude de resultado (decorrente da ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos) e a ilicitude de conduta (que se materializa na violação de princípios e normas jurídicos, na infração de regras de ordem técnica ou de deveres objetivos de cuidado)⁶⁵. De facto, à luz do citado artigo, para efeitos de aplicação do regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, não se afigura suficiente a existência de um resultado danoso; é impreterível que a esse resultado esteja associado o desvalor de determinado comportamento⁶⁶. Quer o comportamento antijurídico, quer as respetivas consequências lesivas contribuem de igual forma para a constituição da Administração no dever de indemnizar, assim sendo essencial reconhecer que “a ilicitude responsabilizante é um conceito compósito, que pressupõe não só uma conduta ilegal, como a incidência dessa ilegalidade na esfera jurídica ou nos interesses legalmente protegidos de terceiros, lesando-os”⁶⁷.

Sem embargo de se ter referido que a responsabilidade extracontratual da Administração Pública obedece aos mesmos requisitos de que a congénere figura civil, importa notar que o conceito de ilicitude abraçado pelo RRCEEP é bem mais amplo do que o consagrado na lei civil⁶⁸. Aferir o preenchimento do pressuposto da ilicitude à luz do regime de responsabilidade extracontratual aprovado pela Lei n.º 67/2007 implica que se reconheça que, não obstante o legislador tenha isolado os preceitos da ilicitude e da culpa (nos artigos 9.º e 10.º, respetivamente), proceder à sua autonomização não se afigura simples. Como vem sendo destacado pela doutrina e pela jurisprudência⁶⁹, embora se reconduzam a juízos distintos, a abordagem do RRCEEP às noções de ilicitude e de culpa dificulta o discernimento entre ambas, nomeadamente pelo facto de o artigo 9.º fazer operar um conceito de ilicitude de grande amplitude, que procede à subjetivação de um pressuposto que teoricamente é objetivo e alheio a juízos de censura⁷⁰.

Nas ações de responsabilidade médica, definir uma moldura limítrofe entre os pressupostos da ilicitude e da culpa parece traduzir-se numa operação ainda mais complexa. Porque no contexto de uma atividade iminentemente material/técnica, o exercício da medicina escapa às malhas da ilegalidade estrita, sendo de considerar estar verificado um quadro de ilicitude, não apenas quando sejam violadas normas ou

⁶⁵ Moniz, 2016, p. 127.

⁶⁶ Ac. do TCAN, de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).

⁶⁷ Antunes, 2018, p. 638.

⁶⁸ Cfr. Ac. do STA, de 2.12.2009 (Proc. N.º 0763/09).

⁶⁹ Cfr., a título de exemplo, Ac. do STA, de 13.03.2012 (Proc. N.º 477/11). Ainda, Raposo, 2013, pp. 86 e ss.

⁷⁰ Moniz, 2016, pp. 126 e 127.

princípios legais, mas ainda quando sejam infringidas regras de ordem técnica e de prudência comum⁷¹. Com efeito, assume particular relevância, neste panorama de atividade clínica, a violação das denominadas *leges artis*, normas não jurídicas (mas juridicamente relevantes) que funcionam como critério valorativo da conduta do médico. Expressam regras de boa prática clínica, cuja legitimidade se acha acrescida, por encontrarem fundamento num consenso técnico e científico de renome⁷². O universo médico deve, desta forma, pautar a sua atuação de acordo com a observância destas determinações, que tanto constam de disposições escritas (no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, em preceitos criados por Organizações Internacionais e Nacionais, nos pareceres das Comissões de Ética e em guias protocolares resultantes de reuniões de consenso), como de princípios não escritos, materializados em métodos e procedimentos atestados pela comunidade médico-científica, como a abordagem mais idónea para os diversos cenários clínicos⁷³.

Como esclarece Vera Lúcia Raposo, o entendimento de que o RRCEEP faz operar um conceito de ilicitude de amplitude *suis generis* funda-se no facto de “os preceitos relativos à ilicitude (...) expressamente se referirem a “regras de ordem técnica e de prudência comum”, que mais não são do que as *leges artis*, mas que de certa forma descrevem também aquele comportamento que é esperado do “médico médio””⁷⁴. Deste modo, as *leges artis* surgem neste género de demandas como um conceito híbrido, que simultaneamente concretiza parte substancial do pressuposto da ilicitude, como permite determinar o grau de culpa com que o profissional de saúde atuou, assim espelhando a violação do dever objetivo de cuidado característico do pressuposto da culpa⁷⁵. Embora não gozem de força ou vinculatividade jurídica, elas “estabelecem padrões de conduta e critérios de decisão em domínios de conhecimento especializado”⁷⁶. A sua violação pode, por conseguinte, “implicar uma obrigação de indemnizar os danos causados pela quebra da tecnicidade devida”⁷⁷, sendo que essa infração goza de autonomia enquanto fundamento de responsabilidade, quando dela resulte a ofensa de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos.

Fundamentalmente, numa lógica de atuação material desconforme ao direito⁷⁸, em que a ilicitude consubstancia o desvalor da conduta do profissional de saúde, aquilatar a antijuridicidade de determinada ação ou omissão implica que se proceda a um raciocínio

⁷¹ Ac. do TCAN, de 30.11.2012 (Proc. N.º 01425/04.8BEBRG).

⁷² Ac. do TRP, de 1.07.2021 (Proc. N.º 5397/16.8T8PRT.P1).

⁷³ Ac. do STA, de 13.03.2012 (Proc. N.º 0477/11).

⁷⁴ Raposo, 2013, p. 90.

⁷⁵ Raposo, 2013, p. 87.

⁷⁶ Antunes, 2018, p. 631.

⁷⁷ Antunes, 2018, p. 631.

⁷⁸ Cadilha, 2011, p. 181.

de ponderação, que depende de uma concreta densificação fáctica⁷⁹. No caso específico das pretensões indemnizatórias por erro médico no processo de acompanhamento pré-natal, não se encontram grandes dificuldades em colocar em evidência a relação dos contornos fácticos de determinado evento com a inerente ilicitude da conduta do médico. O pressuposto da ilicitude estará confirmado nas circunstâncias em que aquele comportamento 1) se revele atentatório das *leges artis* médicas e, eventualmente, de deveres objetivos de cuidado⁸⁰ (o que se verifica quando o médico procede a uma deficiente realização dos exames médicos, quando não os interpreta corretamente, quando não prescreve convenientemente os exames devidos ou quando não cumpre a obrigação de manter a mulher grávida devidamente informada durante o processo) e, ainda, 2) nas situações em que aquela conduta espelhe a violação de parâmetros jurídicos⁸¹ (aqui se incluindo todos os casos de ações por *wrongful birth*, na medida em que, em todos eles, se contempla uma falha na obtenção do consentimento informado da gestante, a quem não são prestadas, na sua plenitude, as informações necessárias ao juízo quanto ao destino da gravidez).

Cumulativamente, porquanto o artigo 9.º ordena que a violação do direito seja acompanhada por uma lesão da esfera jurídica do particular, da ação ou omissão do clínico deve resultar uma lesão de direitos subjetivos ou de interesses legalmente protegidos da utente; pelo que é de considerar, nas demandas com fundamento em lacunas no acompanhamento médico pré-natal, que a gestante se vê particularmente lesada no interesse legalmente protegido ao consentimento informado e no direito à autodeterminação reprodutiva. A título ilustrativo, veja-se que, no já citado Acórdão do TCAN de 13.05.2022, o tribunal considerou não estar verificado o requisito da ilicitude, pelo facto de os Autores não terem “alegado e provado factos com poder persuasivo bastante para, num juízo corrente de probabilidade, afirmar o convencimento de que o resultado danoso verificado com o nascimento da sua filha com Síndrome de *Down*, foi antecedido de comportamentos clínicos do 1.º Réu, praticados ou omitidos com desrespeito das regras de ordem técnica e/ou do dever geral de cuidado, próprios da atividade médica”⁸².

⁷⁹ Cfr. Ac. do STA, de 16.01.2014 (Proc. N.º 0445/13).

⁸⁰ A violação dos deveres objetivos de cuidado reporta-se a uma atuação imprudente e descuidada, em que o médico pretere uma prática clínica que permita evitar riscos que possam ser tidos como certos ou previsíveis, com base na sua experiência. Ainda que a violação das *leges artis* seja um indício da violação do dever objetivo de cuidado, estando àquele frequentemente associado, os dois conceitos não se afiguram coincidentes. Cfr. Capela, 2015, p. 156.

⁸¹ Moniz, 2016, p. 128.

⁸² Ac. do TCAN, de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).

i. Da violação do dever de informar

Ao contrário do que se possa ajuizar, não é pelo facto de o regime de responsabilidade a que Administração da Saúde está sujeita ser de natureza extracontratual que se deixam de contemplar os chamados “deveres acessórios ou laterais” (como será o dever de informação), que habitualmente brotam de um contrato de prestação de serviços médicos. Como já mencionado, as obrigações do pessoal médico que atua ao abrigo do direito público apenas deixam de ter fonte contratual para passar a encontrar fundamento em disposições legais. Com efeito, abordar o tema da efetivação de pretensões indemnizatórias contra a Administração Pública da Saúde por falha na monitorização médica no momento pré-natal acarreta o dever de sublinhar o papel primordial que a violação do dever de informação assume, enquanto fator basilar da frustração das opções reprodutivas dos progenitores.

A obrigação de informar surge no plano das ações por *wrongful birth* como um elemento híbrido, que tanto opera a montante como a jusante. Por um lado, em sede de consulta de obstetrícia, recaem sobre o médico deveres de dar a conhecer a necessidade de realização de exames de mera vigilância e, eventualmente, de exames de carácter invasivo (quando tal se revele aconselhável face à verificação de algum dos fatores de risco já mencionados), deveres de justificar o alcance diagnóstico desses atos médicos e ainda de informar sobre os riscos, benefícios e eventuais alternativas à sua realização⁸³. Por outro lado, já a jusante da realização daqueles exames, se confirmativos de alguma anomalia fetal, segue-se uma fase de aconselhamento pré-natal, em que cabe ao profissional de saúde dar a conhecer à gestante o resultado dos exames efetuados e, bem assim, informá-la “das opções existentes que, em face dos mesmos, poderão ser remetidas à sua reflexão e decisão”⁸⁴ (como sejam medidas terapêuticas ou a interrupção voluntária da gravidez)⁸⁵.

Nas demandas fundadas em erros de diagnóstico pré-natal, o que verdadeiramente se encontra são lacunas no processo de esclarecimento ou na veiculação da informação quanto ao risco de anomalia fetal, veiculação essa que se afigurava perentória, à luz da extensão da obrigação de obter o parecer da gestante quanto ao destino da gravidez (que, para tal, precisa de ter na sua posse todas as informações que se revelem necessárias à decisão)⁸⁶. Nesta senda, e na medida em que radica do instituto do consentimento informado, o dever de informar mais não espelha do que a necessidade de dotar a prática clínica de mecanismos que garantam que aquela se move num quadro de respeito pela

⁸³ Manso, 2011, p. 144.

⁸⁴ Manso, 2011, p. 145.

⁸⁵ Manso, 2011, pp. 145 e 146.

⁸⁶ Manso, 2016, p. 131.

autonomia e liberdade do utente⁸⁷. Ora, conquanto alguma doutrina tente fazer valer a ideia de que “os deveres de informação do médico não têm como finalidade possibilitar à mãe a prática de um aborto (...), [mas] a possibilidade de levar a cabo uma adequada terapia da criança”⁸⁸, a verdade é que, como reconhece Luís Manso, “a falha do dever de informação dos riscos de anomalia fetal prefigura um [autêntico] ato antijurídico”⁸⁹ (individualizável no quadro das condutas que consubstanciam a violação das *leges artis*, e que, conseqüentemente, instigam a frustração das opções reprodutivas dos progenitores).

Com efeito, não obstante não se veja consagrado no ordenamento jurídico um direito ao aborto, existe sim um direito à autodeterminação reprodutiva e ao planeamento familiar, direitos que se veem especialmente lesados em virtude da interdição de acesso da gestante à plenitude das informações que lhe são devidas. Destarte, importa deixar claro que, sem embargo de encontrar fundamento no consentimento informado, o dever de informar goza de autonomia bastante para configurar, *per si*, um facto ilícito⁹⁰ (quando violado e desde que seja fonte de lesão de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos). Esta premissa assume especial relevância no seio do exercício jurisdicional, de confrontação dos contornos fácticos da ação por erro no diagnóstico pré-natal, com as disposições do artigo 9.º do RRCEEP. Para efeitos de averiguação do pressuposto da ilicitude, a violação do dever de informar poderá, por um lado, prefigurar uma infração das regras técnicas (quando se verifique uma violação estrita daquele dever) e, por outro lado, ser entendida como um conceito amplo, que se reconduz a uma falha no processo de acompanhamento (visto como um todo), e da qual radica a frustração do direito à autodeterminação da mulher (a quem é negado o consentimento informado e privada a faculdade de decidir o destino da própria gravidez)⁹¹.

3.3. Culpa

Entendida numa perspetiva normativa⁹², a culpa corresponde “à preterição da diligência pela qual a lei exigia que o autor do facto voluntário e ilícito tivesse pautado a sua conduta”⁹³, conduta que assim se afigura digna de um juízo de censura e reprovação,

⁸⁷ Rocha, 2018, p. 7.

⁸⁸ Carneiro Frada, 2008.

⁸⁹ Manso, 2016, p. 137.

⁹⁰ Borges, 2019, p. 157.

⁹¹ Sobre a extensão do dever de informar, cfr. Raposo, 2012, p. 76 e Noivo, 2022, pp. 1415 e ss.

⁹² Edígio, 2018, p. 670.

⁹³ Rebelo de Sousa & Matos, 2008, p. 25.

por, em face das concretas circunstâncias e contornos do caso, o agente não ter observado os conhecimentos, aptidão e cuidados que a profissão lhe impunha⁹⁴.

Em sintonia com o que se contempla em relação ao pressuposto da ilicitude, também em matéria de apreciação de culpa o RRCEEP optou por facultar um critério próprio, que difere da homóloga solução civilística⁹⁵. Nos termos do artigo 10.º, n.º 1, “a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”⁹⁶. Com efeito, a lei opera uma quebra na figura de referência até então aplicável (a do “bom pai de família”, “que constitui o paradigma do cidadão médio, razoavelmente cuidadoso, atento, empenhado, qualificado e hábil”⁹⁷), para passar a fazer valer um critério que coloca em evidência os atributos do agente público zeloso e cumpridor (assim tomando como figura padrão a do titular de órgão ou do funcionário medianamente diligente⁹⁸). Como assinala Rui Medeiros, no contexto do exercício de funções administrativas, o agente causador do dano não figura um mero cidadão comum que ofendeu regras de convivência social, mas uma pessoa que atuou na qualidade de funcionário da Administração⁹⁹. Destarte, “é nessa qualidade que deve ser apreciado o seu comportamento, relevando, aqui, não a diligência do homem comum, mas a diligência do titular de órgão ou agente médio, avaliada segundo padrões de competência técnica, profissionalismo e eficiência que devem ser apanágio de uma qualquer atuação administrativa”¹⁰⁰.

À bitola abstrata que rege o grau de diligência exigível, para efeitos de aplicação do RRCEEP, acresce ainda um juízo de valoração do circunstancialismo que pauta os contornos fácticos do caso concreto, que há de ter em linha de conta a diligência e aptidão que seriam exigíveis ao funcionário médio, quando confrontado com uma situação análoga. Acompanhando a doutrina de Carlos Cadilha, na medida em que a atividade da Administração se traduz, não raras as vezes, em atividades técnicas ou materiais (como sucede com a prática médica), a aferição de culpa terá, neste âmbito, de atender a “diversos fatores relacionados com o nível *standard* de atuação e de rendimento dos serviços, com as características próprias do serviço envolvido e a sua disponibilidade de meios pessoais, materiais e financeiros e ainda outras circunstâncias externas que possam ter contribuído para a ocorrência”¹⁰¹.

⁹⁴ Ac. do STA, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

⁹⁵ Cadilha, 2011, p. 197.

⁹⁶ Artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 67/2007.

⁹⁷ Cadilha, 2011, p. 197.

⁹⁸ Cadilha, 2011, p. 198.

⁹⁹ Medeiros, 2013, p. 274.

¹⁰⁰ Medeiros, 2013, p. 274.

¹⁰¹ Cadilha, 2011, p. 200.

Naquele que é um quadro de responsabilidade da Administração, o exercício de identificar o critério de apreciação do requisito da culpa releva não apenas para efetivação daquela responsabilidade, mas ainda para a determinação subjetiva do ente coletivo ou agente a quem essa responsabilidade será imputável (à luz de um critério de gradação de intensidade de reprovação). Conforme disposto no artigo 7.º, n.º 1 do RRCEEP – subjacente ao qual está um desígnio de proteção dos funcionários da Administração –, é a pessoa coletiva quem responde, em nome próprio e em exclusivo, pelos danos causados aos utentes nos casos de culpa leve¹⁰² (conceito cujo preenchimento passa por uma ideia “de abaixamento pontual e pouco censurável do grau de zelo, independentemente da gravidade do prejuízo para o sujeito”¹⁰³). Já por força do artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, nos casos em que o profissional de saúde atue com negligência grosseira (isto é, com zelo e diligência manifestamente inferiores ao que estava adstrito) ou com dolo¹⁰⁴, é sobre ele que recai o dever de indemnizar (embora, no domínio das relações externas, a pessoa coletiva seja solidariamente responsável, depois gozando de direito de regresso contra o agente, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo).

Especificamente nos casos paradigmáticos de erro médico no processo de acompanhamento pré-natal, atestar a verificação do pressuposto da culpa passa por atender à atuação esperada de um médico zeloso e cumpridor, no exercício dos seus deveres funcionais, rodeado de um circunstancialismo análogo à do caso concreto. Com base nesta premissa, age com culpa o médico que pretira no emprego de todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão lhe impunha, e com recurso aos quais seria viável, considerando os contornos do caso concreto, dar a conhecer aos progenitores a anomalia ou malformação da criança¹⁰⁵ – assim não os privando da faculdade de, conscientemente, equacionarem o destino da gravidez¹⁰⁶.

Como explica Vera Lúcia Raposo, se “a ilicitude consiste no desrespeito de uma regra de conduta plasmada nas *leges artis*, [esta] apenas pode ser considerada uma violação culposa quando tal regra era, ou devesse ser, do conhecimento do médico, e que além disso pudesse ser cumprida no caso concreto por aquele agente, de tal forma que este violou o dever de cuidado que sobre si impendia quando podia e devia tê-lo

¹⁰² Encontrando fundamento numa interpretação do 10.º, n.º 2 e 3 *a contrario*, pelo facto de a atividade clínica se reconduzir a operações materiais (e não a atos jurídicos), e também por não contemplar o cumprimento de deveres de vigilância (salvo raras exceções), nas ações de responsabilidade médica contra a Administração Pública da Saúde, o demandante não goza da presunção legal de culpa leve consagrada naqueles artigos.

¹⁰³ Amado Gomes, 2010, p. 174.

¹⁰⁴ Cfr. Rebelo de Sousa & Matos, 2008, pp. 25 e ss.

¹⁰⁵ Borges, 2019, p. 159.

¹⁰⁶ Confrontado com uma ação por *wrongful birth*, o STJ considerou ser juridicamente imputável, a título de culpa, o erro de diagnóstico do médico, que “devia e podia atuar de outro modo, usando todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão, necessariamente, impõe e que teriam permitido dar a conhecer aos pais as malformações do filho”. Cfr. Ac. do STJ, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

cumprido”¹⁰⁷. Partindo desta consideração, e atendendo à figura central do presente trabalho (a da praxis clínica faltosa no processo de acompanhamento pré-natal), afigura-se crucial fazer dois apontamentos.

Num primeiro plano, encontrando fundamento no já aludido Acórdão do TCAN de 13.05.2022 (especificamente debruçado sobre uma ação por *wrongful birth*), parece fundamental, para efeitos de aferição do pressuposto da culpa na responsabilidade médica, que se atente na especialidade clínica do profissional de saúde que está a prover o referido acompanhamento. Quer-se com isto dizer que averiguar, à luz do critério do artigo 10.º do RRCEEP, a culpa de uma conduta médica que se mostrou ilícita implica que se proceda a uma ponderação que considere o grau de especialização dos profissionais e reconheça existir uma diferença de conhecimentos entre um médico generalista, que esporadicamente se vê encarregue de prestar serviços de obstetrícia, e um médico especialista na área de obstetrícia, que em toda a sua vida profissional se dedicou a cuidados de saúde pré-natais, e cuja área de especialização clínica é a dos cuidados de saúde tocológicos. Como destacam Tiago Macieirinha e Maria João Estorninho, “a extrema complexidade da medicina moderna não autoriza a aplicação de um critério uniformemente exigente para todos os médicos, uma vez que a preparação e o treino que receberam foi talhado para a apreensão de competências distintas”¹⁰⁸. Nesta senda, seguindo a linha de raciocínio da mencionada jurisprudência, “para se aferir corretamente, de forma conscienciosa, se o 1.º Réu agiu de forma ilícita e culposa, violando as *legis artis*, não releva propriamente como atuaria um serviço ou médico especialista em obstetrícia ginecologia (...), mas qual era o procedimento que, em situações como a verificada, estava concretamente instituído para os médicos de medicina geral e familiar, que, como o 1.º Réu, prestavam serviço em centros de saúde”¹⁰⁹.

Num segundo plano, porque o campo da medicina obstétrica prefigura, por excelência, uma área em que a realização de exames laboratoriais e radiológicos assume particular relevância, cabe elucidar que, não raras as vezes, a prestação do médico será marcada por uma “obrigação de resultado” (escapando àquela que é a regra na prática clínica), cujo resultado será o da presunção de culpa do ato clínico. Com efeito, “atendendo ao elevado grau de especialização alcançado pelos exames laboratoriais, em que a margem de incerteza e aleatoriedade é muito reduzida (...), ‘o âmbito concedido ao erro é limitado’ (...), razão pela qual sobre aquele que analisa os resultados destes exames recai, também, uma obrigação de resultado, pelo que se o médico ecografista ‘fornece ao

¹⁰⁷ Raposo, 2013, p. 88.

¹⁰⁸ Estorninho & Macieirinha, 2014, p. 299.

¹⁰⁹ Ac. do TCAN, de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).

cliente um resultado cientificamente errado, então, temos de concluir que atuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erros de análise”¹¹⁰.

Tendo em conta o exposto, anuir na formulação de um juízo de censura num panorama de responsabilidade médica passa por reconhecer que determinada conduta é ilícita e culposa, quando se verifique uma lesão das *leges artis* e uma violação do dever objetivo de cuidado, tendo ficado a atuação do clínico aquém da exigível ao bom profissional de saúde, zeloso e cumpridor (que, em situação análoga, teria evitado o dano). Deste processo de indagação do pressuposto da culpa, mais não se retira do que a reiteração da ideia já assinalada, de inevitável análise cruzada dos requisitos da culpa e da ilicitude¹¹¹. De facto, se “é certo que as *leges artis* materializam a ilicitude apontada ao profissional de saúde, acabam igualmente por se repercutir na culpa, dado que é o conteúdo destas regras que em boa medida conforma o dever de cuidado exigível ao médico”¹¹².

Em contrapartida, importa notar que, neste quadro de negação de consideração da conduta do clínico despida de circunstancialismo, pode acontecer que não se lhe impusesse a observância de um dever de cuidado – assim sendo de negar a formulação do juízo de censura e, por isso, o provimento da ação de responsabilidade. Aqui entra-se em linha de conta com determinadas situações-padrão de responsabilidade por erro de diagnóstico pré-natal, em que o juízo de reprovação é digno de despiste. Pense-se nos casos em que os progenitores não alertem o profissional de saúde do seu historial clínico ou da existência de problemas hereditários no seio familiar; nos casos em que, não se verificando nenhum dos fatores de risco que sugerem a realização de exames invasivos, o médico não os tenha realizado; nos casos em que a técnica hodierna ainda não permita a deteção da malformação; ou nos casos em que, embora seja já cientificamente possível a deteção da anomalia, e tenha ficado explícita a necessidade de execução de determinado exame, aquele estabelecimento de saúde, em específico, não disponha dos aparelhos técnicos para a sua realização (conquanto aqui se vejam envolvidas questões de carácter financeiro, poderá eventualmente equacionar-se a imputação de responsabilidade à entidade pública)¹¹³.

3.4. Dano

Nas ações de responsabilidade civil por erro médico, o pressuposto do dano consubstancia o resultado apodítico do facto ilícito e culposo praticado pelo profissional de saúde, cujo desfecho mais não exprime do que uma “diminuição ou extinção de uma

¹¹⁰ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

¹¹¹ Edígio, 2018, p. 672.

¹¹² Raposo, 2012, p. 85.

¹¹³ Raposo, 2012, pp. 85 e ss.

vantagem que é objeto de tutela jurídica”¹¹⁴. Especificamente no atinente às ações por *wrongful birth*, o dano que prefigura a consequência do erro médico no processo de acompanhamento pré-natal, não pode entender-se – ao contrário do que determinado setor da doutrina reivindica – residir no nascimento com vida deficiente, porquanto é tal entendimento que se encontra na origem da já aludida ideia de “despejo do valor da vida humana”, que opera, neste género de ações, como fator precursor da sua improcedência. Ademais, também não se ajuíza como racional, como determinadas vozes da doutrina (nacional e estrangeira) sugerem, fazer depender o sucesso das demandas indemnizatórias por erro em diagnóstico pré-natal da demonstração da intenção da mãe de interromper a gravidez se tivesse sido confrontada, ainda em período pré-natal, com a evidência de que o feto efetivamente padecia de alguma anomalia¹¹⁵. Em bom rigor, importa não olvidar que o ordenamento jurídico concede à progenitora uma mera faculdade de interromper voluntariamente a gravidez, nos termos já descritos; pelo que o dano terá sempre de se reportar, por um lado, à anulação da decisão reprodutiva da gestante (que vê frustrado o arbítrio de se autodeterminar, e assim decidir, de forma livre e esclarecida, o destino a dar à gestação – independentemente de qual tivesse sido o sentido dessa decisão¹¹⁶), e, por outro lado, à frustração do direito de planeamento familiar dos progenitores¹¹⁷.

No que concerne ao plano do ressarcimento, por força do artigo 3.º do RRCEEP, e em conformidade com aquela que é a regra do espaço jurídico, deve ser privilegiada a reconstituição *in natura*, e somente quando aquela não se afigure viável se deverá proceder ao cômputo de uma indemnização pecuniária, caso em que serão monetariamente ressarcíveis/compensáveis os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos emergentes, danos futuros e lucros cessantes.

No domínio dos danos não patrimoniais, parecem ser de considerar dignos de tutela os prejuízos de privação da faculdade da gestante de, com base no seu sistema de valores, se autodeterminar relativamente ao destino da gestação; a mera violação da obrigação de informar, enquanto pressuposto do exercício do direito à autodeterminação nos cuidados de saúde¹¹⁸; as expectativas, alimentadas pelos progenitores, ao longo de uma gestação que se esperava bem sucedida¹¹⁹; o choque e a falta de preparação psicológica para ver nascer um filho com determinada malformação, quando se acreditava, de modo justificado, que a criança nasceria sã¹²⁰; a angústia emocional de

¹¹⁴ Rebelo de Sousa & Matos, 2008, p. 29.

¹¹⁵ Cfr. Yakren, 2018, p. 583; Raposo, 2012, p. 97; e Noivo, 2022, p. 1433.

¹¹⁶ Ac. do TRL, de 29.04.2014 (Proc. N.º 57/11.9TVLSB.L1-7).

¹¹⁷ Raposo, 2012, p. 95.

¹¹⁸ Raposo, 2012, p. 96.

¹¹⁹ Raposo, 2013, p. 263.

¹²⁰ Carneira, 2022, p. 1385.

acompanhamento de criança com graves anomalias congénitas, assim como a cogitação daquela que será toda uma vida marcada por uma existência em condições menos positivas¹²¹.

Como já aludido supra, a doutrina não se tem mostrado convergente relativamente à questão da extensão da tutela jurídico-indemnizatória nas ações por *wrongful birth*¹²². A jurisprudência, por várias vezes confrontada com o quesito, tem caminhado no sentido de reconhecer que “nas *wrongful birth actions*, são ressarcíveis os danos não patrimoniais e patrimoniais, não se incluindo, nestes últimos, todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas, tão-só, os relacionados com a sua deficiência”¹²³, na medida em que, aquando da conceção, os progenitores já se teriam conformado com os encargos inerentes à criação de uma criança dita “normal”¹²⁴. Paulo Mota Pinto, pelo contrário, seguindo um raciocínio que confere maior tutela aos progenitores, advoga que “se se provar que, sem a falta médica, [os pais] teriam lícitamente interrompido a gravidez, ou que não teriam concebido a criança, não estarão em causa apenas as despesas acrescidas pela deficiência, mas todas as despesas com o seu sustento e educação”¹²⁵. Não obstante se reconheça a bondade da solução, a prova de qual teria sido a verdadeira decisão da gestante afigura-se praticamente impossível de concretizar, pelo que se deve descartar tal entendimento. Assim, na perspetiva dos danos patrimoniais ressarcíveis, entender-se-á que os prejuízos tendem a contender com os custos acrescidos que o sustento e o acompanhamento de uma criança nascida com anomalia acarreta¹²⁶. Podem incluir-se, nesta categoria, as despesas de assistência clínica (nas quais se compreendem eventuais tratamentos hospitalares, a compra de medicamentos, a aquisição de equipamentos, sessões de fisioterapia, internamentos e cirurgias)¹²⁷; despesas que, dependendo do grau de incapacidade da criança, possam implicar a necessidade de os progenitores abandonarem as suas atividades profissionais para se dedicarem exclusivamente ao cuidado da criança, ou a necessidade de contratação de um auxiliar de saúde que provenha ao seu acompanhamento diário; eventuais adaptações à casa de morada de família e ao veículo automóvel¹²⁸; e, ainda, despesas de educação que resultem de necessidades especiais da criança¹²⁹.

¹²¹ Manso, 2016, p. 136.

¹²² Stretton, 2005, p. 322.

¹²³ Ac. do STJ, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

¹²⁴ Ac. do STJ, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

¹²⁵ Mota Pinto, 2007, p. 940.

¹²⁶ Leightman, 1982, pp. 737 e 747.

¹²⁷ Raposo, 2012, p. 96.

¹²⁸ Raposo, 2012, p. 96.

¹²⁹ Borges, 2019, p. 161.

3.5. Nexó de causalidade

Para efeitos de efetivação da responsabilidade da Administração Pública da Saúde, mostra-se necessário, nos termos do artigo 7.º e 8.º do RRCEEP, que a conduta ilícita e culposa do profissional de saúde tenha sido causa adequada do dano registado na esfera jurídica dos progenitores. À semelhança daquela que é a solução no direito civil, também em sede de responsabilidade administrativa se vê operar a teoria da causalidade adequada, segundo a qual “um dano é imputado a um facto voluntário quando, perante a prática deste, fosse previsível, em condições de normalidade social, a produção do primeiro”¹³⁰.

Em consonância com os argumentos supra referidos (atinentes ao pressuposto do dano), aos quais determinado setor da doutrina recorre para justificar a improcedência das ações por *wrongful birth*, também para efeitos de aferição do pressuposto do nexó causal se ouve, por parte da mesma fação, vozes que recusam existir fundamento jurídico para se afirmar estar verificado aquele requisito. Para Manuel Carneiro Frada, para além de não se poder alegar existir um dano na esfera jurídica dos progenitores, em virtude da prática faltosa do médico (porquanto a vida com deficiência tem origem num fenómeno natural), é igualmente de rejeitar a ideia de existência de nexó causal, pelo facto de não ser a conduta do clínico o gatilho da malformação no feto, que, independentemente daquela, nasceria com a patologia clínica¹³¹. Para Guilherme de Oliveira, sob outro prisma, ainda que seja de considerar poder existir nexó de causalidade entre a conduta lesiva do médico e o dano na esfera jurídica dos pais, este está dependente, assim como a procedência da ação, da demonstração de que, com alta probabilidade, a gestante teria voluntariamente interrompido a gravidez, se tivesse sido tempestivamente informada da realidade clínica do feto¹³².

É claro que, face a tudo o que até agora foi mencionado, a posição dos autores não pode ser corroborada, pois o raciocínio que lhes está inerente encontra-se viciado a vários níveis. Como vem sendo reiterado, o dano não reside na vida com deficiência, mas na violação do direito à autodeterminação reprodutiva dos progenitores. Com efeito, e por identidade de razão, o nexó de causalidade não pode tomar por referência uma atuação médica que seja causa direta da deficiência. Sem embargo de o dano indemnizável não proceder de um erro iatrogénico *stricto sensu* (isto é, embora a anomalia congénita não resulte de uma lesão direta provocada pelo clínico¹³³), é a conduta faltosa daquele que prefigura uma interferência nas opções reprodutivas dos progenitores e consequente violação do seu direito à autodeterminação (em virtude de

¹³⁰ Rebelo de Sousa & Matos, 2008, p. 31.

¹³¹ Carneiro Frada, 2008.

¹³² Oliveira, 1999, p. 13.

¹³³ Manso, 2016, p. 131.

uma lacuna no processo informativo durante o acompanhamento pré-natal). Ademais, da mesma forma que, para efeitos de aferição do pressuposto do dano, é de negar a imprescindibilidade de demonstração daquela que teria sido a decisão da mãe, também no atinente ao nexo de causalidade é de anuir no seu afastamento, pois, como referido, à gestante apenas é outorgada, pela lei, uma liberdade de se autodeterminar reprodutivamente, solução que se mostra alheia àquela que, a jusante, seria a sua verdadeira decisão (até porque, como aludido supra, provar qual teria sido a opção da gestante é praticamente impossível).

Ao contrário do que se possa ajuizar, a teoria da causalidade adequada consagrada no ordenamento jurídico (artigo 563.º do CC) não nega que o nexo causal que constitui a Administração no dever de indemnizar consubstancie uma causalidade indireta ou mediata¹³⁴ e que, por isso, “possa haver relação de causalidade entre o facto e o dano mesmo que intervenham, de perneio, outros fatores”¹³⁵. Nestes termos, como a jurisprudência já corroborou, é de considerar procedente estar estabelecida causalidade quando, embora a malformação não tenha sido causada pelo médico, a sua atividade desenvolvida de acordo com as *leges artis* (não privando os progenitores das informações devidas) teria permitido uma tomada de decisão, informada e esclarecida, em relação ao destino da gravidez¹³⁶. Tal interpretação permite estabelecer um nexo de causalidade bastante, apesar de indireto, “entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico por essa situação, ainda que outros fatores tenham para ela concorrido”¹³⁷, “desde que estes fatores também se possam considerar induzidos pelo facto inicial, segundo um juízo de probabilidade”¹³⁸ – pelo que, conquanto a conduta do clínico não tenha sido a principal causa do resultado danoso, não deixa, por isso, de figurar enquanto fator determinante para o desencadear¹³⁹.

¹³⁴ Rocha, 2018, p. 18.

¹³⁵ Oliveira, 1999, p. 12.

¹³⁶ Rocha, 2018, p. 18.

¹³⁷ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

¹³⁸ Ac. do STJ, de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).

¹³⁹ Rocha, 2018, p. 19

Conclusão

Face ao exposto, cumpre retomar as questões formuladas no início da exposição. Perante aquele que foi o rumo tomado, torna-se forçoso concluir que não se encontram motivos que obstem ao provimento, nos tribunais administrativos, das pretensões indemnizatórias interpostas pelos progenitores de criança nascida com malformações fundadas em conduta ilícita e culposa do médico que, no processo de acompanhamento pré-natal da gestante, tenha preterido o cumprimento dos deveres de informação a que estava adstrito e, bem assim, violado os direitos de autodeterminação reprodutiva daquela.

De facto, em termos objetivos, é de considerar estarem reunidas, no terreno jurídico administrativo, as condições necessárias à admissibilidade das ações por *wrongful birth*, sendo de reconhecer que o sucesso das pretensões somente se acha subordinado ao preenchimento cumulativo, no plano casuístico, dos pressupostos de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, a que alude o regime instituído pela Lei n.º 67/2007. Não obstante alguma doutrina se mostre ideologicamente adversa a esta conclusão, a verdade é que os argumentos apresentados não encontram substrato naquela que é a realidade fáctica, porquanto são fundados em raciocínios falaciosos, que tomam como ponto de partida a consideração de que o dano, enquanto pressuposto de responsabilidade civil, se situa ao nível da vida com deficiência. Como bem ficou patente, urge divergir de tal entendimento: o pressuposto do dano, enquanto consequência jurídica da conduta ilícita e culposa do autor do facto lesivo, reconduz-se sempre à frustração temporal da liberdade da gestante decidir, de forma livre e esclarecida, o destino a dar à gravidez em curso. Partindo deste entendimento, também os eventuais constrangimentos com que se possa confrontar, aquando da aferição do pressuposto do nexo de causalidade, são de repelir, pois, à luz da teoria da causalidade adequada, nada obsta a que se estabeleça um nexo causal entre a conduta faltosa do profissional de saúde e o dano provocado na esfera jurídica dos progenitores, ainda que, em termos literais, o clínico não tenha qualquer intervenção no processo naturalístico da vida deficiente.

A abordagem que se inculca, de aparente desembaraço apriorístico das objeções que contaminam a indagação da procedência das reações judiciais contra práticas clínicas faltosas em diagnóstico pré-natal, não tem como ímpeto despojar de pertinência o debate jurídico sobre o tópico. Com efeito, não se nega a natureza limite do mesmo, nem tampouco a eventual confrontação com obstáculos aquando do cruzamento com os pressupostos da responsabilidade civil. Cabe apenas considerar, como constata o Tribunal Constitucional, que “afirmar a liberdade das pessoas, reconhecer a sua autonomia decisória e de atuação num quadro não censurado pelo Direito, não pode deixar de considerar como situação apta a gerar um dever de indemnizar, a interferência

de terceiros, em desconformidade com o ordenamento jurídico, com essa liberdade e autonomia”¹. Pelo que, ainda que anuindo no carácter limite das situações sobre as quais se versa – resultante da constatação de que a malformação, em si mesma, não encontra fundamento no erro médico, mas na própria constituição biológica da criança – não parece afigurar-se conforme ao ordenamento jurídico privar de tutela jurídico-indemnizatória aqueles que se veem particularmente lesados em virtude de uma conduta ilícita e culposa em que o autor do facto danoso, numa clara violação das *leges artis* da medicina, incorre na produção de danos especialmente gravosos na esfera jurídica dos lesados. Nesta senda, a ideia passa por acompanhar aquela que é a linha de raciocínio de André Dias Pereira² e reconhecer que o estado hodierno da medicina pré-natal acarreta a necessidade de adaptar os institutos jurídicos àquela que é a realidade clínica, denegando uma abordagem cerrada na aplicação prática dos pressupostos da responsabilidade civil, que apenas opera ao serviço de um conceptualismo puramente formal e desconsidera o verdadeiro desígnio do instituto da responsabilidade.

¹ Ac. N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

² Pereira, 2012, p. 240.

Bibliografia

- AMADO GOMES, C. & PEDRO, R. (2022). *Direito da responsabilidade civil extracontratual administrativa: Questões essenciais*. Lisboa: AAFDL Editora.
- AMADO GOMES, C. (2010). *Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: AAFDL.
- ANTUNES, T. (2018). Comentário ao n.º 1, do Artigo 9.º. In C. Amado Gomes, R. Pedro & T. Serrão (coord.). *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição. Lisboa: AAFDL Editora.
- ASSIS RAIMUNDO, M. (2018). Comentário ao Artigo 1.º. In C. Amado Gomes, R. Pedro & T. Serrão (coord.). *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição. Lisboa: AAFDL Editora.
- BARBOSA, M. M. (2008). Responsabilidade civil do médico que atua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente “aplicável” – Anotação ao Acórdão de 20 de abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa. In *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 10.
- BORGES, D. A. (2019). Wrongful birth action e o dever de informar. *Cadernos da Lex Medicinæ – Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades, Nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico*, vol. I, n.º 4.
- CAETANO, M. (2017). *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.ª ed., Almedina, Coimbra.
- CADILHA, C. (2011). *Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas – anotado*, 2.ª ed. Coimbra Editora.
- CAPELA, M. T. (2015). O utente, o médico e o hospital – O busílis do regime da responsabilidade civil extracontratual subjetiva por atos médicos lesivos. *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. II.
- CARDEIRA, M. (2022). Wrongful birth e wrongful life. O regime da responsabilidade civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 2.
- CARNEIRO FRADA, M. (2008). A Própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I. Consultado em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/>.
- CARVALHO, R. (2013). Comentário ao Artigo 7.º, n.º 1. In R. Medeiros (org.) *Comentário ao Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. (Colab. M. Aroso de Almeida). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CORREIA, S. (1996). As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde. In *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: AAFDL.
- CUNHA, E. (2010). *Ilegalidade externa do acto administrativo e responsabilidade civil da administração*. Coimbra Editora.
- DIAS, J. A. (1993). Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 3.

- DIAS FIGUEIREDO, J. & SINDE MONTEIRO, J. (1984). Responsabilidade médica em Portugal. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332.
- EDÍGIO, M. M. (2018). Comentário ao Artigo 10.º. In C. Amado Gomes, R. Pedro & T. Serrão (coord.). *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição. Lisboa: AAFDL Editora.
- ESTORNINHO, M. J. & MACIEIRINHA, T. (2014). *Direito da Saúde – Lições*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- FREITAS DO AMARAL, D. (1991). Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde. In J. Auby. *Direito da saúde e bioética*. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas.
- LEIGHTMAN, C. W. (1982). Robak v. United States: A precedent-setting damage formula for wrongful birth. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 58, no. 3. Disponível em <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol58/iss3/4/>.
- LETONA, V. T. S. L. (2017). Responsabilidad por nacimiento evitable (wrongful birth) y discapacidad. *Revista de Administración Pública*, n.º 203, .
- MANSO, L. (2011). O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e o diagnóstico genético pré-implantação. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 16.
- MANSO, L. (2012). Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – O caso das ações de “wrongful birth. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 18.
- MANSO, L. (2016). Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação – as acções de “wrongful birth” e “wrongful life” e o instituto da responsabilidade civil. In J. Loureiro, A. Pereira, C. Barbosa (coord.). *Direito da saúde – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. IV: *Genética e procriação medicamente assistida*. Almedina.
- MEDEIROS, R. (2013). “Comentário ao Artigo 10.º. In R. Medeiros (org.). *Comentário ao Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. (colab. M. Aroso de Almeida). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MENEZES LEITÃO, L. (2014). *Direito das obrigações*, vol. I, 11.ª ed. Almedina.
- MONGE, C. (2012). Aresponsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde. In C. Amado Gomes & M. Assis Raimundo (coord.). *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. ICJP, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- MONGE, C. (2013). Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados. In C. Amado Gomes & M. Assis Raimundo (coord.). *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas.
- MONIZ, A. R. (2016). A responsabilidade médica no contexto do alargamento da responsabilidade administrativa. In J. Loureiro, A. Dias Pereira & C. Barbosa (coord.).

- Direito da saúde – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. II: *Profissionais de saúde e pacientes – responsabilidades*. Almedina.
- MOTA PINTO, P. (2007). Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”). *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III. Coimbra Editora.
- MOTA PINTO, P. (2021). Ainda a indemnização por “nascimento indevido” (wrongful birth) e “vida indevida” (wrongful life). In A. Dias Pereira, F. Albuquerque Matos, J. Doménech & N. Rosenvald (coord.). *Responsabilidade civil em saúde – Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Centro de Direito Biomédico, Editora Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- NOIVO, R. V. (2022). Dos contornos das wrongful actions à sua aplicação na atualidade. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 2.
- OLIVEIRA, G. (1999). O direito do diagnóstico pré-natal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3898.
- OTERO, P. (2013). *Manual de Direito Administrativo*, vol. I. Almedina.
- PEREIRA, A. D. (2012). *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- PEREIRA, A. D. (2013). Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 89, tomo I.
- PEREIRA, A. D. (2020). Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente. *JULGAR*, n.º 42.
- RAPOSO, V. L. (2010). As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21.
- RAPOSO, V. L. (2012). Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth). *Revista do Ministério Público*, n.º 132.
- RAPOSO, V. L. (2013). *Do ato médico ao problema jurídico*. Coleção Vieira de Almeida & Associados. Coimbra: Almedina.
- REBELO DE SOUSA, M. & MATOS, A. S. (2008). *Responsabilidade civil administrativa – Direito administrativo geral*, tomo III. Dom Quixote.
- ROCHA, P. N. (2018). Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação. *JULGAR Online*. Disponível em <https://julgar.pt/author/paula-natercia-rocha/>.
- SILVA, V. P. (2003). *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina.
- STRETTON, D. (2005). The birth torts: Damages for wrongful birth and wrongful life. *Deakin Law Review*, vol. 10, no. 1. Disponível em <https://ojs.deakin.edu.au/index.php/dlr/article/view/280>.

- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. (2020). *Lições de Direito Administrativo*, 6.^a ed. Coimbra Jurídica, Imprensa da Universidade de Coimbra.
- YAKREN, S. (2018). “Wrongful birth” claims and the paradox of parenting a child with a disability. *Fordham Law Review*, vol. 87, no. 2. Disponível em <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol87/iss2/4/>.

Jurisprudência consultada

Do Tribunal Constitucional

- Acórdão N.º 55/16 do Tribunal Constitucional, de 2.02.2016 (Proc. N.º 662/15).

Do Supremo Tribunal Administrativo

- Acórdão de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).
- Acórdão de 16.01.2014 (Proc. N.º 0445/13).
- Acórdão de 13.03.2012 (Proc. N.º 477/11).
- Acórdão de 9.06.2011 (Proc. N.º 0762/09).
- Acórdão de 2.12.2009 (Proc. N.º 0763/09).
- Acórdão de 20.04.2004 (Proc. N.º 0982/03).

Do Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão de 7.03.2017 (Proc. N.º 6669/11.3TBVNG.S1).
- Acórdão de 12.03.2015 (Proc. N.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1).
- Acórdão de 22.09.2011 (Proc. N.º 674/2001.PL.S1).
- Acórdão de 7.10.2010 (Proc. N.º 1364/05.5TBBCL.G1).

Do Tribunal Central Administrativo Norte

- Acórdão de 13.05.2022 (Proc. N.º 00425/06.8BEBRG).
- Acórdão de 30.11.2012 (Proc. N.º 01425/04.8BEBRG).

Do Tribunal Central Administrativo Sul

- Acórdão de 17.11.2022 (Proc. N.º 1015/08.6BELRA).

Do Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão de 1.07.2021 (Proc. N.º 5397/16.8T8PRT.P1).

Do Tribunal da Relação de Lisboa

- Acórdão de 29.04.2014 (Proc. N.º 57/11.9TVLSB.L1-7).

Sociedades em relação de domínio:

**Remédios para a responsabilização da
sociedade dominante**

David Cristina Sousa de Melo

Sob a orientação do Professor
Doutor Armando Manuel Andrade de Lemos Triunfante

Agradecimentos

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, agradeço profundamente ao Professor Doutor Armando Triunfante por todo o seu apoio na preparação deste trabalho.

À minha família, em especial, aos meus queridos avós, cujo amor iluminou todo este percurso desde o primeiro dia. Obrigado por todos os valores que me incutiram e que me tornaram a pessoa que sou hoje.

À minha mãe, cujo apoio incondicional e encorajamento foram o alicerce sobre o qual construí cada passo desta jornada. Obrigado por me mostrares que tudo é possível.

À minha irmã, companheira de aventuras e confidente de todas as horas. Obrigado por estares ao meu lado em todos os momentos mais difíceis.

À Francisca, a razão de tudo isto ser possível. Obrigado por estares sempre ao meu lado e por nunca me deixares cair. Este momento de realização é tanto meu quanto teu.

Ao Jerónimo, por toda a compreensão e confiança em mim depositada.

Aos meus amigos, por todos os momentos passados e por todo o apoio.

Resumo

O atual panorama do direito das sociedades comerciais revela uma evolução notável em relação às suas origens. Por ter sido concebido para atender aos problemas próprios de uma sociedade de tipo individual, conseguimos antever alguns problemas exclusivos desta mudança que tem como pressuposto o surgimento dos “grupos de sociedades”.

Assim sendo, o estudo a ser desenvolvido dará ênfase às sociedades em relação de domínio, à influência dominante exercida pela sociedade dominante sobre a sociedade dominada, assim como à falta de proteção a que a sociedade dominada, os seus sócios minoritários e credores estão sujeitos.

Começamos a presente dissertação pela sua caracterização, onde introduzimos o problema da construção de um regime jurídico satisfatório para a proteção da sociedade dominada, dos seus sócios minoritários e credores sociais.

Por forma a inteirar o descuidado regime pensado para as sociedades em relação de domínio, procuramos explorar diferentes vias de responsabilização da sociedade dominante que, num primeiro momento, se inscrevem no regime jurídico-societário geral.

Finalmente, e por não encontrarmos uma solução apta a responder a todos os problemas deixados a descoberto, ousámos desenvolver uma solução construída pela nossa doutrina e jurisprudência – a desconsideração da personalidade jurídica – também ela alvo de algumas críticas.

Palavras-chave: sociedades em relação de domínio; sociedade dominante; sociedade dominada; sócios minoritários; credores; influência dominante; desconsideração da personalidade jurídica.

Abstract

The current panorama of corporate law reveals a notable evolution in relation to its origins. Since it was conceived to deal with the problems of an individual company, we can anticipate some issues that are specific to this change, which is based on the emergence of “corporate groups”.

Therefore, the study will emphasize the *de facto groups*, the dominant influence exercised by the parent company over the daughter company, as well as the lack of protection that the daughter company, its minority shareholders and its creditors are subject to.

We begin this dissertation by defining dominance relationships, with a particular focus on the need to build a satisfactory legal regime to protect the daughter company, its minority shareholders, and its creditors.

In order to integrate the careless regime designed for companies in a control relationship, we seek to explore different ways of holding the parent company accountable, which are initially included in the general legal-corporate regime.

Lastly, since we couldn't find a solution to all the problems left uncovered, we dare to explore a solution developed by our doctrine and jurisprudence – “piercing/ lifting the corporate veil” or “disregard of the legal entity”.

Keywords: *de facto group*; parent company; daughter company; minority shareholders; creditors; dominant influence; piercing/ lifting the corporate veil.

Lista de siglas e abreviaturas

§	Parágrafo
§§	Parágrafos
AG	Assembleia Geral
AktG	Aktiengesetz
al.	Alínea
Art(s).	Artigo(s)
BGH	Bundesgerichtshof
CC	Código Civil
Cfr.	Conforme
cit.	Citado/a
Coord.	Coordenador/a
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DSR	Direito das Sociedades em Revista
ed.	Edição
EM	Estados Membros
EMCA	European Model Company Act
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
n.	Nota
n.º	Número
ob.	Objeto
p(p).	Página(s)
RDS	Revista de Direito das Sociedades
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
séc.	Século
sep.	Separata
ss.	Seguintes
UE	União Europeia
V.	Veja
Vol.	Volume

Índice

Introdução	7
Capítulo I – Das relações de domínio	8
1. Caracterização	8
1.1. A influência dominante enquanto pressuposto fundamental	9
Capítulo II – A necessidade de um regime legal específico	11
Capítulo III – Da responsabilização da sociedade dominante (meios de tutela)	15
1. Recurso à analogia	15
2. Voto abusivo	17
3. Responsabilidade do sócio controlador	20
4. Administrador de facto	23
Capítulo IV – Desconsideração da personalidade jurídica	28
1. Personalidade jurídica	28
1.1. Autonomia patrimonial	28
2. Caracterização	29
3. Aplicabilidade às relações de domínio	32
Considerações finais	34
Referências bibliográficas	35
Jurisprudência	40

Introdução

Fruto da problemática em torno da (in)dependência das sociedades comerciais, muito já se discutia a respeito das graves deficiências do regime jurídico português no âmbito das coligações societárias. No entanto, estas insuficiências têm maiores implicações no âmbito das sociedades em relação de domínio, dando azo a abusos indiscriminados e, muitas vezes, insuscetíveis de serem remediados. Em consequência, somos testemunhas de uma contínua erosão dos interesses da sociedade dominada, dos seus sócios minoritários e dos seus credores sociais, que não encontram na lei o amparo de que tanto necessitam.

Por esta razão, o estudo que aqui vai ser desenvolvido incide, na sua essência, sobre a insuficiência (ou ausência) do regime legal desenvolvido pelo legislador português no âmbito da responsabilização das sociedades que exercem uma influência dominante sobre as sociedades por si dominadas. Estas últimas encontram nas limitações do regime atual uma oportunidade para fugir às consequências que resultam desta influência, deslocando o risco da sua atividade para a sociedade dominada, para os seus sócios minoritários e credores sociais. Desta feita, pretendemos desconstruir o trabalho até então desenvolvido de forma a alcançar uma conclusão que ocasione uma futura evolução.

Ao longo da presente dissertação procuraremos encontrar respostas no regime jurídico-societário geral que, por não ter sido pensado para uma dinâmica de controlo societário – onde a dependência é uma realidade –, se mostra, muita das vezes, incapaz de dar uma resposta suficientemente protetora à própria sociedade dominada, aos seus credores e sócios minoritários. *Hoc sensu*, tencionamos explicitar as possíveis soluções expostas pela nossa doutrina que têm por base as normas jurídico-societárias em geral, assim como a sua inaplicabilidade a uma panóplia de situações específicas que se afiguram.

Para além disso, faremos referência a um mecanismo jurisprudencial e doutrinário que surge da necessidade de dar resposta a todos os problemas que não foram resolvidos por via dos institutos jurídicos legalmente consagrados: o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, tal como os primeiros, este instituto apresenta as suas falhas e tem como principal desvantagem a insegurança jurídica por si criada.

Capítulo I – Das relações de domínio

1. Caracterização

No contexto das coligações societárias, encontramos explanado nos artigos 482.º al. c), 486.º e 487.º do CSC a figura das sociedades em relação de domínio. Apoiados numa leitura transversal e pouco atenta, podemos cair no erro de pensar que estes dois últimos artigos nos providenciam uma perspetiva tripartida adequada e suficiente da disciplina jurídico-positiva das sociedades em relação de domínio: (1) a sua definição geral, prevista no n.º 1 do art. 486.º; (2) as presunções atinentes à sua existência, previstas no n.º 2 do art. 486.º; e (3) as consequências jurídicas que lhes estão associadas, previstas no n.º 3 do art. 486.º e no art. 487.º. Contudo, não é isso que acontece.

No que à sua definição diz respeito, “considera-se que duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer (...) sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante” (art. 486.º, n.º 1)¹. Assim, deparamo-nos, logo desde o começo, com uma dificuldade que assenta na imprecisão do conceito de “influência dominante”². No entanto, este não é o desafio mais premente que enfrentamos, uma vez que as consequências jurídicas que o legislador estipulou não se mostram dignas de protegerem a sociedade dominada, os seus sócios minoritários e os seus credores sociais.

Essencialmente, o problema que procuramos desenvolver neste âmbito assenta no facto de a lei esgotar o regime legal deste tipo de relação de coligação com a proibição de aquisição pela sociedade dependente de participações na sociedade dominante (art. 487.º do CSC)³; com a proibição de participação simultânea de membros de órgãos de administração de uma sociedade em órgãos de fiscalização de sociedades que com ela se encontrem em relação de domínio⁴; e com o dever de menção, nas publicações ou

¹ O artigo transcrito insere-se no Título VI do Capítulo I e, por força do art. 481.º, aplica-se a relações que entre si estabeleçam sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações.

² Em relação à indeterminação deste conceito, v. Dias, 2007, p. 60, e sobre a anotação do art. 481.º, v. Dias, 2021, p. 452 e Cordeiro, 2011, p. 98.

³ Esta proibição “visa fundamentalmente proteger a integridade do capital social da sociedade dominante e evitar a subversão da respetiva ordem interna das competências sociais”, cfr. Antunes, 2002, p. 472. Engrácia Antunes chama a atenção para o facto de se tratar de uma regra cuja inserção sistemática no contexto das relações de domínio é “impertinente”, pois pretende evitar os perigos resultantes de uma aquisição cruzada de participações entre sociedades, tipicamente associadas às relações de participações recíprocas, cfr. Antunes, 2002, p. 449, n. 858. Contudo, Maria Augusta França, vê nesta proibição a utilidade de obstar a um “reforço abusivo da estabilidade dos administradores” e a uma diminuição da garantia dos credores (“através do aumento especulativo do capital sem contrapartida real”), cfr. França, 1990, pp. 25 e ss. Sobre a qualificação das ações adquiridas à sociedade dominante pela sociedade dependente como ações próprias da sociedade dominante, v. Ascensão, 2000, p. 604 e Antunes, 2002, pp. 428 e ss.

⁴ Aqui falamos do disposto nos artigos 414.º-A, n.º 1, e 437.º, n.º 1, do CSC.

declarações obrigatórias de participações, de que se verifica uma das três situações que constituem presunção legal de situação de domínio (art. 486.º, n.º 3, do CSC)⁵. Desta forma, denotamos um completo desinteresse na proteção dos interesses dos credores e dos sócios minoritários da sociedade dominada⁶⁷.

1.1. A influência dominante enquanto pressuposto fundamental

Tal como dito anteriormente, o conceito de influência dominante não se encontra determinado pelo nosso legislador. Embora se trate de um conceito-chave para a compreensão e delimitação do âmbito de aplicação do regime legal das sociedades em relação de domínio, a verdade é que o conceito em causa continua a ser uma incógnita para a “tradição legislativa, doutrinal e jurisprudencial jurídico-societária nacional”⁸.

Apesar de o nosso objetivo não passar pelo aprofundamento deste tema, não podemos deixar de tecer algumas considerações sobre o mesmo. Começando pela sua definição, Ana Perestrelo de Oliveira considera influência dominante “a suscetibilidade ou potencialidade de uma sociedade (dita dominante) impor, com intensidade variável, decisões ou comportamentos a outra sociedade (dominada); traduz um poder direcional sobre a sociedade dominada (...)”⁹. Também Engrácia Antunes avança com algumas características comuns a esta definição, nomeadamente, a potencialidade e a estabilidade¹⁰. Todavia, por ser um conceito que ainda não se encontra legislativamente consolidado, merece a nossa devida atenção.

⁵ Cfr. Correia, 1988, p. 389.

⁶ No mesmo sentido, Catarina Carvalho que entende que estas “consequências jurídicas que a lei associou a este tipo de coligação são claramente insuficientes para realizarem uma proteção eficaz dos interesses em jogo”, cfr. Carvalho, 2001, p. 69; Maria França, “O legislador foi, no entanto, muito parco na protecção dos interesses envolvidos na sociedade dominada”, cfr. França, 1990, p. 25; Maria Trigo, “[o] Código das Sociedades Comerciais é omissivo na enunciação de um princípio geral de responsabilidade pelo exercício de influência sobre a sociedade comercial”, Trigo, 1991, p. 67. Contudo, tal como explicitado por Engrácia Antunes, esta situação não passou despercebida no estrangeiro que entenderam que a lei portuguesa tinha um “buraco”; neste âmbito, cfr. Antunes, 2002, n. 857, pp. 448 e 449. Para mais desenvolvimentos sobre a carência que se faz sentir noutros domínios, v. Furtado, 2005, pp. 67 e ss.

⁷ Esta realidade jurídica encontra-se desconforme com aquilo que é experienciado noutros ordenamentos jurídicos, cfr. Ribeiro, 2009, pp. 437 ss., n. 116.

⁸ Cfr. Antunes, Engrácia, 2002, pp. 451 e 452. A única referência ao conceito (antes da entrada em vigor do CSC) era feita por via do art. 39.º, al. b) do Decreto-Lei n.º 493/82, de 15 de novembro de 1969 e o primeiro estudo sobre o mesmo foi feito por Raúl Ventura em *Participações dominantes: Alguns aspectos do domínio de sociedades por sociedades* (pp. 24 e ss.).

⁹ Oliveira, in Cordeiro, (coord.), 2021, p. 1574.

¹⁰ Sobre a potencialidade, Engrácia Antunes considera que, tal como indicado pela própria lei (“pode exercer”), não existe a necessidade da influência dominante ser efetivamente exercida, bastando que a sociedade dominante detenha a possibilidade de exercício dessa mesma influência. Esta questão não levanta grandes dúvidas, visto que este entendimento já era seguido noutros ordenamentos cfr. Antunes, 2002, pp. 454 e 455; No mesmo sentido, Figueira, 1990, p. 47. Juntamente a esta característica, este autor faz ainda um desenvolvimento aprofundado sobre o conceito de influência dominante, onde procura explorar as suas características e diferentes modalidades. No que diz respeito à estabilidade, esta influência dominante não deve ser uma consequência da ocorrência de situações episódicas resultantes de circunstâncias fortuitas.

Assim sendo, como forma de remediar esta tarefa de difícil execução – que passa pela determinação deste mesmo conceito –, o legislador português optou por seguir as pisadas do legislador alemão (§ 17, II AktG)¹¹ e construiu a figura das sociedades em relação de domínio com base num conceito geral e indeterminado de influência dominante à qual fez associar um conjunto de presunções¹². Assim sendo, presume-se que uma sociedade é dependente de uma outra se esta detém, direta ou indiretamente¹³, uma participação maioritária no capital da outra¹⁴; quando esta dispõe de mais de metade dos votos na assembleia geral da outra¹⁵; ou quando uma sociedade tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização da outra¹⁶.

Sobre este conjunto de presunções, é crucial destacar duas notas. Primeiramente, importa sublinhar que a enumeração avançada pelo artigo não é taxativa, mas sim exemplificativa, o que viabiliza a existência de influência dominante por via de outros instrumentos de domínio para além dos anteriormente mencionados¹⁷. Seguidamente, interessa sublinhar que estas presunções são presunções *iuris tantum*, isto é, presunções que admitem prova em contrário. Assim, a parte interessada (*in casu*, a sociedade dominante) pode provar que, mesmo estando perante uma das descritas situações, não se considera estar numa relação de domínio porque não tem a possibilidade de exercer essa influência sobre a sociedade dominada¹⁸.

¹¹ Não foi esta a opção seguida pelo legislador comunitário que, contrariando aquilo que fora inicialmente estipulado, acabou por abdicar do conceito de influência dominante na delimitação da figura das sociedades em relação de domínio, procedendo a uma enumeração taxativa das situações motivadoras de dependência. Relativamente ao conceito de dependência presente no § 17 da AktG, cfr. Grunewald, 2005, pp. 100 e ss., consultado em Ribeiro, 2014, p. 425, n. 2.

¹² Sobre este tema, Igor Silva de Lima, entende que as dificuldades que surgem desta indefinição podem ser justificativas quando comparadas às consequências que podem advir da existência de um rol fechado de situações que caracterizam essa dependência, cfr. Lima, 2022, vol. 28, p. 94.

¹³ Sobre este aspeto, v. Antunes, 2002, pp. 604 e 605.

¹⁴ Em princípio, esta participação maioritária vai conferir à sociedade dominante a possibilidade de nomear membros do órgão de administração e de fiscalização da sociedade dependente. Sobre a questão de saber se as ações ou quotas próprias se mostram relevantes no apuramento do valor percentual da participação, v. Antunes, 2003, pp. 283 e ss.; cfr. Osório, 1992, pp. 34 e 35, onde também realça a grande proximidade da presunção estabelecida no art. 486.º do CSC com a do § 17 da AktG do direito alemão.

¹⁵ Esta presunção, tal como outras, necessita de ser abordada com a maior diligência, visto que a maioria de votos pode não estar diretamente conexa com o montante de participação no capital social. Isto é, neste aspeto, existem circunstâncias que podem alterar aquilo que seria expectável. Falamos, por exemplo, dos acordos parassociais.

¹⁶ Notamos aqui a influência direta do legislador comunitário, embora consigamos fazer uma clara aproximação àquilo que se encontra previsto no AktG (§ § 16 a 18), cfr. Ventura, 1981, pp. 60 e ss.

¹⁷ Trigo, 1991, pp. 64 e ss.

¹⁸ De acordo com Maria de Fátima Ribeiro, 2014, p. 427, n. 4 e Engrácia Antunes, 2002, pp. 556 e ss., mas contrariamente a Eliseu Figueira, que considera ser necessário provar que não se verifica qualquer situação de dependência, que não existe qualquer atividade de controlo por parte da sociedade dominante, cfr. Figueira, 1990, p. 47.

Capítulo II – A necessidade de um regime legal específico

Com base no que foi apresentado até agora, enfatizamos firmemente a necessidade da existência de um regime jurídico capaz de regular os denominados "grupos de facto"¹⁹. Esta necessidade advém dos contínuos abusos que são experienciados no seio deste tipo de relações e que mostram o constante despreço perante a sociedade dominada, os seus sócios minoritários e credores, que suportam, nas suas esferas jurídicas, todos os riscos resultantes desta específica relação.

A primeira pedra que foi lançada com vista à resolução deste problema deu origem ao projeto da 9.^a Diretiva relativa aos grupos de sociedades (1984)²⁰. Esta foi a primeira tentativa de regulamentação a nível europeu. Contudo, os Estados-Membros não se mostraram muito recetivos à sua apreensão, o que acabou por provocar algumas disparidades ao nível das legislações nacionais²¹. Desta forma, a falta de uma base de apoio reguladora deu e continua a dar luz verde para que os grandes grupos consigam, de forma leviana, afastar a sua responsabilidade e continuar a atuar como se a sociedade dominante fosse um meio para obter os fins pretendidos.

Efetivamente, e como forma de combater a apatia que se entranhava neste âmbito, a Comissão Europeia achou por bem a introdução de um novo conceito – o conceito de “interesse do grupo”²². Esta aparição procurou criar barreiras à influência

¹⁹ São designados por grupos de facto aqueles “grupos de sociedades em que a direção unitária assenta em instrumento não tipificado na lei”. Em contraposição, designamos por grupos de direito aqueles em que a direção económica unitária resulta de um instrumento expressamente previsto na lei, cfr. Oliveira, 2021, p. 1559 e Antunes, 2002, pp. 73 e ss. Segundo Engrácia Antunes, podemos considerar estar perante um grupo de facto quando a sociedade dominante tenha, por exemplo, participações maioritárias na sociedade dominada ou administradores comuns, visto que, nestas situações, os instrumentos em causa não estão previstos legalmente (para mais desenvolvimentos, v. Antunes, 1994, pp. 341 e ss.). Assim sendo, a distinção entre as relações de domínio e os grupos de facto assenta essencialmente na efetiva influência dominante ou no poder de direção unitária que se possa vir a identificar – algo que, à luz do CSC, se mostra indiferente e que transmite a ideia de que os grupos de facto correspondem a meras relações de domínio (cfr. Oliveira, 2017, p. 251). Por assim ser, é forçoso concluir que aos grupos de facto se aplicam as normas das relações de domínio (cfr. Antunes, 1994, p. 72). Em suma, consideramos que a forma como as coligações de sociedades se encontram legalmente estipuladas obrigam-nos a, formalmente, ter de “encaixar” os grupos de facto no quadro legal das relações de domínio. No entanto, consideramos tratar-se de realidades diferentes dignas de um tratamento diferenciado.

²⁰ Esta diretiva encontrou inspiração no direito germânico e muitos autores (nacionais e estrangeiros) entendem ser este um dos fatores que impediu a sua assimilação por parte dos EM. O anteprojeto da mencionada diretiva fundava-se no Projeto de Sanders (Proposta de Estatuto de Sociedade Anónima Europeia), v. Ventura, 1981, pp. 41 e ss.

²¹ Menezes Cordeiro entende tratar-se de uma “aversão pela codificação do Direito dos grupos de sociedades, ao estilo alemão”, uma vez que a 9.^a Diretiva encontrava muitas semelhanças com a lei alemã, v. Cordeiro, 2005, p. 772. Outros autores, como é o caso de Coutinho de Abreu, entendem que isto é fruto dos fortes interesses dos grandes grupos económicos.

²² “The EU Commission should consider, subject to evidence that it would be a benefit to take action at the EU level, to adopt a recommendation recognizing the interest of the group”. Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, European Commission, p. 66.

exercida pelas sociedades dominantes²³ e estabelecer um princípio orientador aos administradores ou gerentes da sociedade dominada. No entanto, este conceito foi, desde cedo, sujeito a grandes críticas, principalmente pela sua difícil concretização, mas também pela contrariedade que deixa a descoberto.

A sociedade dependente nem sempre tem os mesmos interesses que o grupo em que se encontra inserida, correndo, ainda, o risco de os interesses se mostrarem antagónicos. Sobre este aspeto, a Comissão Europeia, reconhecendo esta falta de materialização, entendeu que o conceito em causa podia operar como “safe harbour” for the managers of both UE parent and subsidiary companies against liability if they take action for a group company taking into consideration the existence of the group as a unitary business entity, particularly in the case of instructions from a parent company to take action that is in interest of the group as a whole but arguably not in the interests of that particular company”²⁴. Esta “orientação” dada pela comissão não é mais do que uma segunda legitimação (com igual resultado à anteriormente mencionada), uma justificação que tem como finalidade a desresponsabilização da sociedade dominante, mais não seja por ser esta a quem compete a definição desse mesmo interesse.

Apesar de todas estas críticas, o conceito ganhou assento nos mais variados sistemas europeus e o European Model Company Act²⁵ não se mostrou diferente neste aspeto. Começou por definir o conceito de grupo com base num outro conceito – o de “controlo”²⁶ – e aproximou-se da nossa legislação no que diz respeito às sociedades em relação de domínio ao referir, na sua secção 15.05, que este poder existe “where a company owns, directly or indirectly, more than half of the voting rights in that subsidiary (...)”.

Contudo, se o EMCA começou mal, pior ficou quando contemporizou que fosse permitido dar instruções vinculativas aos órgãos da sociedade dependente. Isto é algo que não podemos aceitar, por considerarmos contrário a todos os princípios gerais do direito societário²⁷. De facto, é por existir entre nós a necessidade de preservar a

²³ “Similarly to the case of an individual company, the parent corporation could be vested with a right but also a duty to manage the group and its constituent companies in accordance with the overall interest of the group”, cfr. Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, European Commission, p. 60.

²⁴ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, European Commission, p. 60.

²⁵ Disponível em <http://law.au.dk>.

²⁶ “Power to govern (...) the financial and operating policies of a subsidiary”. Este poder pode ser de facto ou de direito.

²⁷ Neste aspeto, entendemos que a escolha deste caminho por parte da EMCA é justificada com a realidade que se nos apresenta – “The approach chosen in the EMCA is to consider groups and the power of direction of parent companies over subsidiaries as a reality”. Mas também defendemos que o direito não pode ser totalmente desvirtuado em função da realidade.

autonomia da sociedade dependente que seria impensável um gerente ou administrador receber ordens, diretrizes ou orientações por parte de um sócio maioritário quando estas ultrapassam por completo o seu círculo de competência que, em causa, se cinge às matérias passíveis de serem decididas em sede de AG.

Como se tudo isto não bastasse, a sociedade dependente ainda sofreria de um mal pior – o facto de a angústia desta legitimação não ser contrabalançada com uma responsabilidade. E, aqui, não podemos deixar de concordar com Coutinho de Abreu: não faz sentido munir estas sociedades sem que se preveja um travão capaz de proteger a sociedade dependente, que, no fundo, não passa de um artifício a quem é retirada toda a sua personalidade e força²⁸.

Para além disso, ainda assistimos àquilo que consideramos ser mais uma efetivação deste poder de domínio, visto que, na secção 15.16, o EMCA afasta a responsabilidade do órgão de administração da sociedade dominada se este atuar em função do “interesse de grupo”, ainda que esse interesse seja contrário ao interesse da sociedade. Para além de não se preocupar em definir este conceito, permite que a sociedade dominante e a sociedade dominada (*in casu*), os gerentes ou administradores da mesma) fiquem isentos de qualquer responsabilidade.

De facto, a conclusão que daqui podemos retirar não poderia estar mais enfatizada. A pouca proteção que podia ser concedida neste âmbito foi canalizada a todos aqueles que não a necessitam. No fundo, a sociedade dominante detém o poder de controlar a sociedade dominada de acordo com o tão aclamado “interesse de grupo”, não sendo responsabilizada pelo incumprimento da sociedade dominada perante os seus credores sociais. Fruto desta legitimação, assistimos a uma grande pressão, que acaba por recair sobre a esfera dos credores sociais. A nossa experiência mostra-nos que quem acaba por suportar grande parte dos riscos deste incumprimento são os respetivos credores sociais, muitas vezes involuntários²⁹. Muito embora não sejam os únicos, são estes os principais lesados, sobretudo, quando não escolheram a sua posição.

²⁸ Abreu, 2016, p. 515.

²⁹ A referência a estes credores involuntários deve-se ao facto de estes, ao contrário do que acontece com os credores voluntários, constituírem o seu crédito em circunstância “não lhes permitem a possibilidade de se informarem acerca da situação da sociedade e causam ou reagirem convenientemente a essa informação”, assumindo uma posição mais frágil. cfr. Ribeiro, 2009, p. 201, n.180. Para Engrácia Antunes, “credores débeis ou involuntários” são, por exemplo, consumidores, trabalhadores e pequenos fornecedores e “credores fortes ou voluntários” são, os bancos e os grandes fornecedores, algo bastante compreensível, uma vez que muitos destes credores constituem o crédito de forma quase involuntária, cfr. Antunes, 2007, p. 317. Sobre a sua definição, v. Martins, 2016, g. 591, consultado em Ac. TRG de 15/02/2024 (Proc. n.º 2816/23.0T8GMR.G1).

Por compreendermos a indispensabilidade de uma maior proteção, avançaremos, no capítulo subsequente, com um conjunto de soluções que buscam acautelar os interesses da sociedade dominada, dos seus sócios minoritários e, principalmente, dos seus credores sociais. Estas soluções assentam em normas do direito societário geral que, por vezes, não são aplicáveis, dado os específicos contornos que podem surgir no contexto das relações de domínio.

Capítulo III – Da responsabilização da sociedade dominante (meios de tutela)

Tal como antecipado no capítulo anterior, tencionamos tecer algumas considerações sobre alguns dos institutos do direito societário tradicional que visam responsabilizar a sociedade dominante. No entanto, aproveitamos esta ocasião para fazer a ressalva de que estes institutos são, por vezes, insuficientes para dar resposta aos problemas que derivam deste tipo de relações. Sobre este aspeto, e apesar de serem apontadas várias razões para esta insuficiência (com as quais também concordamos), entendemos que a razão elementar assenta no facto de o sistema societário tradicional ter sido pensado para uma tipologia de sociedades: as sociedades individuais – caracterizadas pela sua autonomia e independência.

1. Recurso à analogia

Embora reconheçamos que o recurso à analogia, no que às relações de domínio diz respeito, se encontra desconforme – devido à ausência de afinidade entre as situações reguladas e as situações carecidas de regulação – e, por isso, desatualizado, defendemos a sua menção no âmbito desta dissertação. A justificação passa pelo facto de o estudo deste expediente nos permitir realçar algumas diferenças que se mostram essenciais para a perceção de alguns problemas de especial relevância.

Efetivamente, o recurso à analogia foi uma solução desenvolvida no ordenamento alemão para dar resposta ao problema dos grupos empresariais constituídos por sociedades por quotas³⁰, particularmente, quando existia um efetivo exercício de influência, com carácter abrangente e permanente³¹ (designados pela doutrina alemã como “grupos de facto qualificado”³²). Como estas sociedades não faziam parte do âmbito de aplicação dos designados “grupos de direito”³³, a analogia surgiu como uma tentativa adequada de mitigar as injustas consequências que daí poderiam resultar³⁴. Assim sendo,

³⁰ Designada por “*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*”, no direito alemão.

³¹ Ribeiro, 2009, pp. 248 ss.

³² Também designados por “*qualifizierte faktische Konzerne*”. De acordo com o Tribunal Federal Alemão, “a qualified the facto corporate group was characterized by a parent company which exercised a long-standing and pervasive power of control over the business affairs of the subsidiary company”, Cfr. Reich-Graefe, 2005, p. 796. No fundo, são “grupos fortemente centralizados, em que a intensidade da direção unitária é idêntica àquela que é exercitável no âmbito das relações de grupo (art. 503.º CSC), e em que não é possível individualizar concretas intervenções lesivas sobre a sociedade – filha, de tal maneira que os mecanismos gerais da tutela têm dificuldade em operar de forma eficaz”, cfr. Oliveira, 2014, p. 1575; cfr. Oliveira & Ferro, 2010, pp. 64 e ss. Para mais desenvolvimentos sobre a evolução doutrinária e jurisprudencial, v. Koppensteiner, 2006, pp. 9 e ss. e 24 e ss.

³³ Designados na *AktG* por “grupos contratuais”.

³⁴ Caso isso não acontecesse, facilmente assistíamos a uma subversão do regime adotado para os grupos contratuais, uma vez que assistiríamos a uma tentativa de fuga por parte de alguns grupos que, tendo em

o ordenamento jurídico alemão previa, por via da analogia, a aplicação das normas tipicamente associadas aos grupos contratuais (grupos de direito) aos grupos de facto qualificados. Esta doutrina germânica dos grupos de facto qualificados teve um grande apoio inicial principalmente porque, fugindo à insegurança e ao casuismo do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica³⁵, tinha como base uma fundamentação dogmática advinda das normas jurídicas reguladoras dos grupos contratuais³⁶.

Devido à grande recetividade por parte da doutrina³⁷ e da jurisprudência alemã, o ordenamento jurídico português sentiu a necessidade de adaptar este mecanismo na expectativa de obter o mesmo resultado: A Responsabilização da Sociedade Dominante. No entanto, a procura de uma solução idêntica para um problema diverso não permitiu que se pudesse fazer uma transposição, sem mais, desta solução³⁸.

De facto, e tal como adiantado no parágrafo anterior, somos bastante críticos desta solução, por duas razões. A primeira assenta no facto de não estarmos perante situações idênticas. Isto é, podemos concordar com as semelhanças que se fazem revelar neste domínio, mas não podemos afirmar uma semelhança total de situações com o ordenamento alemão. Contrariamente ao que acontece no ordenamento alemão, o nosso direito oferece uma proteção similar a todos os grupos de sociedades, independentemente de a sociedade objeto de domínio ser uma sociedade anónima ou uma sociedade por quotas. Desta forma, também não podemos transpor para o nosso ordenamento uma qualquer solução, que pode não ser compatível às particularidades do nosso ordenamento jurídico. Para além disso, se nos dedicarmos à letra da lei, prontamente nos apercebemos de que foi intenção do legislador “excluir a aplicação daquele preceito a outras hipóteses que não aquelas para as quais foi criado ou expressamente remetido”³⁹. Ou seja, a letra da lei permite a aplicação do artigo 501.º às relações de domínio total (491.º) e, por não fazer referência ou por não existir qualquer remissão (idêntica à do art. 491.º), exclui a aplicação do art. 501.º às relações de domínio⁴⁰.

conta as consequências aplicáveis aos grupos contratuais, escolheriam envergar pelo caminho associado aos grupos de facto qualificados.

³⁵ A que fazemos menção no Capítulo IV.

³⁶ Ribeiro, 2014, p. 435

³⁷ Assistimos a uma grande resistência por parte da doutrina alemã, visto que o regime jurídico dos grupos contratuais está construído com base na relação entre o domínio e a responsabilidade e no tipo societário *GmbH* o legislador permite ao sócio o controlo da sociedade sem que para isso perca o benefício da responsabilidade limitada.

³⁸ Seguindo as palavras de Maria de Fátima Ribeiro, “não pode importar-se, sem mais, a análise do problema dos grupos de facto no ordenamento jurídico alemão (porque não se trata do mesmo problema) e, consequentemente, das soluções que têm sido propostas para o solucionar”, cfr. Ribeiro, 2014, p. 438.

³⁹ Côrte-Real, 2013, p. 8.

⁴⁰ Em sentido contrário, Guiné, 2006, pp. 309 ss.

Por outro lado, não acreditamos nesta aplicação analógica pelo facto de não considerarmos existir uma suficiente semelhança entre as situações reguladas e as carecidas de regulação. Segundo Baptista Machado, “[e]xistirá uma lacuna quando a lei e o direito consuetudinário não contêm uma regulamentação exigida ou postulada pela ordem jurídica global – ou melhor: não contêm a resposta a uma questão jurídica”⁴¹, sendo que, nessas situações, a solução passaria pela aplicação dos preceitos previstos para casos considerados análogos. Contudo, tendo em conta a construção utilizada pelo nosso legislador, não podemos considerar tratar-se de situações análogas. Isto é, quando o legislador prevê o regime estipulado pelo artigo 501.º e estabelece uma proteção para a sociedade dominada, credores e sócios minoritários da mesma, também legítima, em contraposição, um conjunto de poderes à sociedade dominante (artigo 503.º)⁴². Com isto, o legislador pretendeu estabelecer um ponto de equilíbrio. Intenção esta que não podemos notar quando falamos das relações de domínio, uma vez que o legislador não munuiu a sociedade dominante da emissão de instruções vinculativas e desvantajosas. Assim sendo, a *ratio legis* associada ao artigo 486.º não pode ser a mesma. A sociedade dominante não pode emitir instruções à sociedade dominada, e a sociedade dominada, por essa mesma razão, não merece a proteção avançada pelo artigo 501.º, exatamente porque, em teoria, não está sujeita à emissão de instruções por parte da sociedade dominante.

2. Voto abusivo⁴³

Apesar de não ser a forma mais comum de exercício da influência dominante por parte da sociedade dita dominante, é inegável a possibilidade de esta influência ser exercida através do voto, no âmbito de uma AG.

De facto, uma das formas pelas quais a sociedade dominante consegue efetivar a sua influência dominante é através de deliberações tomadas em AG. Estas deliberações podem assumir a forma de verdadeiras instruções⁴⁴ e ter como objetivo obter vantagens

⁴¹ Machado, 1989, p. 194.

⁴² A possibilidade de emitir instruções vinculantes e desvantajosas. Sobre a definição de instruções, v. *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 4.ª ed., 2021, p. 1657.

⁴³ Sobre as ditas “deliberações abusivas”, v., em geral, Abreu, 1999, pp. 99 e ss., 123 e ss., 167 e ss.; Almeida, 2003, pp. 59 e ss.; Estaca, 2003, pp. 143 e ss.; Frada, 1988, 321 e ss.; Furtado, 2003, pp. 381 e ss.; Redinha, 1984/1985, pp. 193 e ss.; Ac. TRP de 22/02/2021 (proc. n.º 2532/16.0T8AVR.P2).

⁴⁴ Estas instruções não são permitidas no nosso ordenamento jurídico para as relações de domínio. “[N]o ordenamento jurídico, nada autoriza a sociedade dominante a emitir instruções vinculantes para os órgãos da sociedade dominada”, Cfr. Ribeiro, 2014, p. 444; “[J]amais aquele poder poderá legitimar a sociedade dominante à emissão de instruções directas e vinculantes aos órgãos de administração da sociedade dependente”, Cfr. Antunes, 1994, p. 117; Sobre esta questão em específico, chamamos a atenção para a controvérsia que gira em torno da chamada “competência não escrita”, v. com opiniões contrárias, Carlos Osório de Castro, 2022, pp. 331-342 e Ana Perestrelo de Oliveira, 2022, pp. 171-195.

especiais, para o sócio que as emite ou para terceiros, em prejuízo da sociedade dominada e dos seus sócios minoritários.

Neste aspeto, e como forma de mitigar as consequências nefastas que podem advir de uma deliberação deste tipo, um dos institutos desenvolvidos com o propósito de responsabilizar a sociedade dominante que vota abusivamente e, consequentemente, tutelar os interesses dos sócios minoritários da sociedade dominada é o instituto das impropriamente denominadas⁴⁵ “deliberações abusivas”⁴⁶, previsto no artigo 58.º, n.º 1, alínea b)⁴⁷.

De acordo com alínea b), “são anuláveis as deliberações que sejam apropriadas para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir, através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou simplesmente de prejudicar aquela ou estes, a menos que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos”⁴⁸.

Neste artigo encontramos dois tipos de deliberações: primeiro, aquelas que são concebidas com o intuito de favorecer determinados sócios, proporcionando-lhes vantagens individuais ou para terceiros, em detrimento da sociedade ou dos seus sócios⁴⁹; e, segundo, as deliberações elaboradas exclusivamente com o propósito de prejudicar a sociedade e os seus sócios⁵⁰.

Contudo, a sua efetivação está dependente do preenchimento de determinados requisitos. Isto é, para além do facto de a deliberação ter de ser adequada a satisfazer esses propósitos externos à sociedade e ser prejudicial para a sociedade dependente ou para os seus sócios minoritários, é necessária a prova de que sem esses votos abusivos a deliberação não teria sido adotada⁵¹.

Desta forma, concluímos que este instituto tem como propósito obstar a que a sociedade dominante faça uso do seu poder maioritário de voto para atender a interesses

⁴⁵ Sobre este aspeto, não podemos deixar de concordar com Armando Triunfante quando defende que o que se mostra abusivo é o voto de cada um dos sócios porque exercido de forma adequada a satisfazer o propósito malévolo do seu titular e não a deliberação propriamente dita. Cfr. Triunfante, 2004, pp. 376 e ss.

⁴⁶ Para Coutinho de Abreu, “uma deliberação social é abusiva quando, sem violar específicas disposições da lei ou dos estatutos da sociedade, é suscetível de causar ao(s) sócio(s) minoritário(s) um dano – a que corresponde, ou uma não desvantagem, ou uma vantagem para o(s) sócio(s) maioritário(s) –, assim se contrariando o interesse social”. Cfr. Abreu, 1999, p. 136.

⁴⁷ Maria Redinha entende tratar-se “de um vício que não é senão uma espécie do género violação da lei, já que a deliberação, satisfazendo embora a forma legalmente requerida, é desconforme ao fim pressuposto, sendo, por isso, substancialmente ilegal”. Cf. Redinha, 1984/1985, p. 204.

⁴⁸ A letra da lei terá sido inspirada no denominado Projeto de Coimbra, o qual, por sua vez, recorreu à lei alemã. Para mais desenvolvimento v. Cordeiro, 2022, pp. 709-712. Neste aspeto a sanção não podia ser outra, uma vez que a nulidade prejudicaria o “dinamismo da vida societária”, cfr. Ac. STJ, 7/10/2017 (Proc. n.º 1919/15.0T8OAZ.P1. S1).

⁴⁹ Designadas por “deliberações abusiva *stricto sensu*”, cfr. Antunes, 2023, p. 319.

⁵⁰ Designadas por deliberações emulativas. Sobre a definição das modalidades das deliberações abusivas, v. Ac. TRL de 25/01/2024 (proc. n.º 20963/22.4T8LSB-A.L2-1).

⁵¹ Cfr. Ac. TRL de 07/02/2023 (proc. n.º 19495/19.2T8SNT.L1-1).

extrassociais e emulativos, muito embora se entenda que este instituto acaba por pecar quanto à sua efetiva aplicação prática, que analisaremos.

Efetivamente, e numa primeira abordagem, não podemos ficar indiferentes ao esforço que envolve a anulação da deliberação quando entramos no âmbito das relações de domínio. Neste aspeto, Engrácia Antunes e Jorge Pinto Furtado chamam a atenção para os casos em que as sociedades dominante e dependente se encontram numa estreita relação económico-estratégica, uma vez que, nessas situações, a tarefa de delimitação do interesse da sociedade dependente pode não ser cristalina. Como consequência dessa falta de clareza, encontramos grandes dificuldades no que diz respeito à identificação e individualização das vantagens especiais extrassociais obtidas por intermédio da sociedade dependente e em benefício da sociedade dominante, dificultando incisivamente todo o processo de responsabilização da sociedade dominante⁵².

Em segundo lugar, e reforçando o ponto atrás desenvolvido, a realidade societária tem feito questão de nos mostrar que grande parte da influência exercida pela sociedade dominante tem tido assento fora da AG e, também por essa razão, o instituto em causa mostra-se limitado para acautelar todos os interesses colocados em causa quando a influência dominante é exercida fora da AG⁵³.

Em terceiro lugar, não podemos negar a dificuldade que se encontra adjacente ao meio de prova. De facto, os sócios minoritários e os credores das sociedades dependentes não têm, frequentemente, meios para provarem a influência exercida pelas dominantes e/ou o carácter prejudicial dessa influência⁵⁴.

Em quarto lugar, e apesar de o tema ser alvo de desenvolvimentos posteriores⁵⁵, deixamos a nota de que existe um grande entrave à responsabilização da sociedade dominante (assumindo esta a figura do sócio controlador) quando os administradores atuam em cumprimento de uma deliberação tomada pela mesma, ainda que anulável⁵⁶.

Por fim, Engrácia Antunes faz referência a um outro problema que está associado a este instituto. Segundo este autor, o artigo 58.º, n.º 1, al. b) tem como único objetivo a anulação das deliberações que sejam apropriadas a prejudicar a sociedade dependente ou os sócios minoritários, deixando de lado os credores da sociedade dependente e os terceiros em geral. Isto é, a tutela destes credores e terceiros em geral fica dependente dos raros casos em que as deliberações sociais têm eficácia externa⁵⁷. De opinião

⁵² Cfr. Furtado, 2003, p. 398 e Antunes, 2002, p. 576.

⁵³ Precavendo o resultado da anulabilidade, a sociedade dominante, frequentemente, opta pelo exercício da influência dominante junto do órgão de administração da sociedade dominada.

⁵⁴ Abreu, 1996, p. 277 e ss. Fazemos desenvolvimentos adicionais sobre esta questão mais à frente.

⁵⁵ Ponto 3. (Responsabilidade do sócio controlador, p. 26).

⁵⁶ Para mais desenvolvimentos, v. Costa, 2007, pp. 49 e ss.; Vaz, 1996, pp. 373 e ss.

⁵⁷ Antunes, 2002, p. 577, n. 1126.

contrária, Maria de Fátima Ribeiro entende que, embora a lei determine expressamente que essa responsabilidade existe perante a sociedade e os outros sócios, verificadas que estejam as condições exigidas pelos artigos 606.º e seguintes do Código Civil, poderão os credores sociais agir em via sub-rogatória⁵⁸.

Por fim, importa ainda fazer menção a dois importantes mecanismos que, embora não sejam alvo de maiores desenvolvimentos, estão intimamente ligados a esta questão: o instituto dos Impedimentos de Voto⁵⁹ e o instituto da Exclusão Judicial dos Sócios⁶⁰.

3. Responsabilidade do sócio controlador

Ainda no sistema jurídico-societário geral, consideramos assumir grande importância a norma do artigo 83.º do CSC⁶¹. Nas palavras de Engrácia Antunes, “[t]rata-se de uma norma cujo regime, sendo inteiramente inovador em relação ao nosso direito societário pretérito, se nos afigura encerrar algumas potencialidades no terreno do domínio entre sociedades”⁶². Ainda que um certo otimismo levado a cabo por parte de Raúl Ventura não tenha sido reconhecido por grande parte da doutrina⁶³, o autor chegou mesmo a considerar que o preceito em causa era capaz de valer “per si” para assegurar satisfatoriamente uma regulação global do fenómeno de domínio intersocietário⁶⁴.

De um ponto de vista mais generalizado, conseguimos perceber a aplicação desta norma ao contexto das sociedades em relação de domínio, visto que, neste tipo de relações, a sociedade dominante também se assume como controladora da sociedade dominada, podendo, muitas das vezes, eleger ou destituir os órgãos de gestão da sociedade dominada e com isso exercer a sua influência na gestão societária⁶⁵.

Procedendo, primeiramente, a uma desconstrução normativa, consideramos que o âmbito da mesma abarca dois grupos de casos, que assentam em dois tipos de responsabilidade: responsabilidade por culpa⁶⁶ “*in elegendo*” e responsabilidade por culpa “*in instruendo*”.

⁵⁸ Ribeiro, 2014, p. 447.

⁵⁹ Para mais desenvolvimentos, cfr. Antunes, 2002, pp. 577 e ss.

⁶⁰ Para mais desenvolvimentos, cfr. Leitão, 1995 e Cunha, 2002, pp. 201 e ss.

⁶¹ Este artigo surge influenciado pelo direito brasileiro (117 da lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades Anónimas) e pelo direito alemão (§ 117 *AktG*).

⁶² Antunes, 2002, pp. 585 e 586.

⁶³ Fazemos referência a Coutinho de Abreu (Abreu, 1996, p. 277), Carlos Osório (Osório, 1992, pp. 15 e ss.) Teresa Vaz (Vaz, 1996, p. 377) e Maria da Graça Trigo (Trigo, 1991, p. 67). Neste aspeto, Engrácia Antunes também não é tão otimista. Este autor vê a possibilidade de esta norma constituir no futuro “uma importante base auxiliar de integração da disciplina legal”, v. Antunes, 2002, p. 586.

⁶⁴ Antunes, 2002, p. 586 e ss., n. 1144.

⁶⁵ Ribeiro, 2014, p. 451.

⁶⁶ Sobre o sentido dado a esta “culpa”, v. Antunes, 2002, pp. 587 e ss., n. 1146.

No primeiro grupo (n.ºs 1, 2 e 3), incluímos a responsabilidade do sócio controlador por culpa “*in elegendo*”. Nestes casos, o sócio controlador (*in casu*, a sociedade dominante) é responsabilizado nos termos do artigo 83.º sempre que, verificando-se culpa na escolha, o administrador ou gerente responsável tenha sido eleito⁶⁷ graças ao voto maioritário (próprio⁶⁸ ou em conjunto com outros sócios⁶⁹) detido pela mesma e, para tal, não tenha contado com o apoio de metade ou mais dos votos emitidos pelos restantes sócios⁷⁰. Neste tipo de responsabilidade, o ónus de prova dependerá da qualificação da responsabilidade. Assim sendo, se se tratar de uma responsabilidade delitual, o ónus recai perante os interessados – sociedade dependente e os seus sócios. Por outro lado, se se tratar de uma responsabilidade de natureza obrigacional, a culpa presume-se e seria perante a sociedade dominante que recairia o ónus da prova, nos termos do artigo 799.º do CC⁷¹.

No segundo grupo, incluímos as situações de responsabilidade do sócio controlador por culpa “*in instruendo*”. Aqui, sempre que um gerente ou administrador de uma sociedade dominada incorre em responsabilidade para com esta (72.º) ou para com os respetivos sócios (79.º), a sociedade dominante poderá vir a responder solidariamente com o administrador ou gerente quando tenha utilizado a sua influência, oriunda do seu poder de destituir esse mesmo gerente ou administrador, no sentido de o determinar a “praticar ou omitir o ato ilícito e danoso fonte de responsabilidade”⁷².

Embora consigamos encontrar o seu proveito útil no contexto das relações de domínio – principalmente no seu segundo grupo –, não podemos ser indiferentes ao trabalho argumentativo desenvolvido a desfavor deste preceito por grande parte da doutrina.

Para além da crítica associada aos meios probatórios⁷³, uma das críticas apontadas a este preceito reside na clareza com que o n.º 4 do artigo 83.º restringe a responsabilidade solidária do sócio controlador (*in casu*, a sociedade dominante) às situações em que os administradores incorrem em responsabilidade perante a sociedade

⁶⁷ Nas sociedades por quotas ainda existe a possibilidade de a sociedade dominante ter um direito especial de designação, pelo que, também nesta situação, e caso estejam preenchidos todos os requisitos adicionais, podemos falar na sua responsabilização solidária.

⁶⁸ Que pode resultar de um direito especial de designação (sociedades por quotas) ou de uma maioria de votos.

⁶⁹ Fazemos referência aos acordos parassociais.

⁷⁰ Sobre a responsabilidade da sociedade dominante quando a mesma tenha sido eleita ou designada para exercer o cargo de administração, Cfr. Labareda, 1998, pp. 23 e ss.

⁷¹ Para maiores desenvolvimentos, v. Cordeiro, 1997, pp. 493 e ss.; Vaz, 1996, pp. 393 e ss.; Ventura & Correia, 1970, pp. 116 e ss. e pp. 372 e ss.

⁷² Antunes, 2002, p. 591. Sobre a natureza desta responsabilidade, v. Vaz, 1996, p. 395.

⁷³ Para além dos problemas apontados no âmbito dos votos abusivos, existirá sempre a necessidade de identificação dos atos causadores de danos e dos próprios danos, v. Abreu, 1996, pp. 276 e 277; e Abreu, 2011, p. 183.

ou os sócios. O que à primeira vista parece não levantar grandes dúvidas, quando conjugado com o n.º 5 do artigo 72.º, deixa de fora alguns casos⁷⁴. Tal acontece porque este último preceito absolve os administradores da sua responsabilidade quando as suas ações ou omissões derivam de uma deliberação dos sócios, mesmo que essa deliberação seja passível de anulação. Assim sendo, basta que os administradores da sociedade dominada atuem no cumprimento de uma deliberação para que a sociedade dominante não incorra em responsabilidade perante a sociedade dominada e os seus sócios⁷⁵.

Por outro lado, encontramos a falha já antes descoberta para o instituto do voto abusivo. Também aqui a norma em causa fica aquém da realidade experienciada nos grupos de sociedades. Não só a influência dominante tem em vista a titularidade indireta dos instrumentos de domínio⁷⁶, como também podemos encontrar outros meios através dos quais a sociedade dominante pode exercer essa influência e que não estão previstos no preceito em questão⁷⁷.

Para além disso, e utilizando a lei alemã como elemento comparativo, Coutinho de Abreu desde cedo levantou a dúvida sobre a utilidade deste preceito, uma vez que percebeu que a mesma não se deixou ficar pelo regime estabelecido no § 117 da *AktG*. De facto, a lei alemã, ao contrário do que acontece entre nós, estabeleceu, adicionalmente, o regime previsto nos §§ 311-318⁷⁸.

Este não foi o único autor a pronunciar-se nesse sentido. Também Carlos Osório Castro entendeu que o sistema pecou em não ter seguido o exemplo alemão e o francês, que impõem a elaboração de um relatório anual sobre a relação de dependência, tal como prescreve o § 312 da *AktG* no que concerne aos atos e negócios em que haja a intervenção da sociedade dominante e dependente e em que a primeira tenha exercido influência sobre a segunda⁷⁹.

No entanto, e mesmo compreendendo todas as opiniões que se constroem neste sentido, seria injusto não fazer referência ao fator inovador desta norma. Partindo do mesmo ponto de comparação – a lei alemã –, entendemos não só que o § 117 excluía do seu âmbito os casos em que a influência teve expressão por via do exercício do direito de voto, como também que o § 317 apenas visa responsabilizar a *empresa* dominante,

⁷⁴ Sobre a designada Business Judgement Rule, v. Ac. TRL de 11/11/2014 (proc. n.º 5314/06.3TVLSB.L1-7).

⁷⁵ Cfr. Vaz, 1996, pp. 373 e ss.

⁷⁶ Abrangendo também os casos em que uma determinada sociedade não assume o papel de sócio.

⁷⁷ Sobre este aspeto, v. Antunes, 2002, p. 586, n. 1145; Osório, 2005, pp. 60 e ss., consultado em Ribeiro, 2009, p. 448, n. 125 e 126;

⁷⁸ Abreu, 1996, p. 277, n. 721.

⁷⁹ A obrigação de elaboração deste relatório resolve em parte o problema da prova que se levanta neste contexto. Cfr. Osório, 1992, p. 16.

descurando qualquer referência à pessoa singular enquanto fonte direta da influência dominante⁸⁰.

Em suma, e apesar deste fator inovador que a norma do artigo 83.º nos consegue oferecer, é inegável a sua falta de aplicabilidade ao contexto das relações de domínio, pelo facto de o seu âmbito de aplicação ser bastante restrito⁸¹.

4. Administrador de facto

Um dos meios de tutela apontados para proteger os interesses da sociedade dominada, dos seus sócios minoritários e credores tem sido a qualificação da sociedade dominante como gerente ou administrador de facto da sociedade dominada⁸². É por via desta qualificação que a sociedade dominante poderá vir a responder perante a sociedade dominada, os seus sócios minoritários e credores sociais, nos termos previstos para a responsabilidade de gerentes/administradores de direito.

De uma forma geral e inicial, o Direito das Sociedades Comerciais regula expressamente a responsabilidade dos gerentes e administradores por uma gestão ilícita e culposa – artigos 72.º a 79.º. Este regime pretende assegurar uma gestão adequada por via da responsabilização, mas, pela forma como se encontra estruturado, notamos alguma desconexão com a realidade. Desta forma, assistimos a um claro desequilíbrio entre a responsabilização dos administradores de direito e a responsabilização dos administradores de facto que assenta no pressuposto de este regime não ter sido pensado para os comportamentos próprios de um administrador de facto, o que, em consequência, levanta alguns problemas de impunibilidade.

Começando pelo próprio conceito, entendemos que o administrador de facto é aquele que, “sem título bastante, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo, funções próprias de administrador de direito da sociedade”⁸³. Este conceito não se apresenta indiferente ao contexto das relações de coligação, principalmente no que concerne às relações de domínio.

Neste tipo de relações, assistimos, frequentemente, a uma influência por parte da sociedade dominante que se faz sentir no núcleo da administração da sociedade dependente. Contudo, essa influência tem lugar à margem da lei, visto que, tal como

⁸⁰ Basto, [et al.], 1992, p. 15, n. 15.

⁸¹ Antunes, 2002, p. 587, n. 1145.

⁸² No caso das sociedades em relação de domínio, estamos perante um “administrador de facto na sombra”, isto é, estamos na presença de sujeitos (*in casu*, administradores da sociedade dominante) que, sem qualquer cargo de administração, influenciam de forma indireta a atuação dos administradores de direito (*in casu*, administradores da sociedade dominada).

⁸³ Abreu, 2010, p. 101. No mesmo sentido, v. Ac. TRL de 31/10/2023 (proc. n.º 10840/21.1T8SNT-A.L1-1).

referido na presente dissertação, a sociedade dominante não tem legitimidade para dar instruções vinculativas aos órgãos da sociedade dominada⁸⁴. Assim sendo, e devido às características associadas à figura do administrador de facto e às situações que lhe estão adstritas, muitos são os autores que veem nesta figura a resolução de muitos dos problemas que se encontram associados às relações de domínio.

Em suma, o propósito subjacente a este instituto é obstruir a utilização indevida da influência exercida por parte da sociedade dominante, a qual, ao gerir os assuntos societários da sociedade dominada, almeja suplantar o papel do seu gerente/administrador.

No entanto, não podemos ser indiferentes ao facto de o sistema jurídico-societário atual estar vazio de substância quando perspetivamos o tema da responsabilidade dos administradores de facto. Efetivamente, o CSC apenas faz referência aos administradores *de iure* (arts. 72.º e ss. do CSC), também designados “administradores de direito”⁸⁵, ignorando por completo a realidade empresarial e a existência de “administradores de facto”⁸⁶, que, tal como os primeiros, devem ser chamados a responder para com a sociedade e terceiros⁸⁷.

De acordo com Ricardo Costa, o regime em causa, por se encontrar adstrito à característica da previsão legal, promove “a tentação de esvaziar e iludir o alcance desse regime, pois, maliciosamente ou não, bastaria o *abrigo da falta ou de uma irregularidade na investidura formal* (...) para afastar a punição, ainda que se tenham praticado *actos próprios* do desempenho das funções de administração”⁸⁸. Tal como avançado por Ricardo Costa, o problema acaba por surgir em relação ao fundamento jurídico de tal responsabilidade, uma vez que, sem o habitual apoio da lei, são diversas as perspetivas que têm surgido.

Assim sendo, Maria de Fátima Ribeiro, juntamente com outros autores⁸⁹, defende que uma das possíveis vias utilizadas para fundamentar a responsabilidade do gerente

⁸⁴ Segundo Ricardo Costa, o legislador revela-se o principal culpado, visto que “planta a faculdade de influência sobre a administração de sociedade juridicamente alheia”. Assim sendo, “[o]s administradores e gerentes da sociedade dominante ultrapassam a fronteira da legitimidade e transformam a sua influência num instrumento continuado de intervenção na administração da sociedade dependente e de determinação da atividade dessa sociedade com subordinação permanente dos seus interesses”, cfr. Costa, 2016, pp. 270 e 277.

⁸⁵ Falamos aqui dos chamados administradores a título formal que foram devidamente designados e que exercem de forma regular o seu cargo.

⁸⁶ Aqui entendido no seu sentido mais amplo possível (administradores de facto aparentes, ocultos sob outro título e os administradores de facto “na sombra”).

⁸⁷ Neste aspeto não existem dúvidas: os administradores de facto devem estar sujeitos aos mesmos deveres provenientes do artigo 64.º do CSC. Neste sentido, cfr. Abreu, 2010, p. 104.

⁸⁸ Costa, 2016, p. 957.

⁸⁹ Esta perspetiva foi defendida por Tânia Cunha, 2009, pp. 76 e ss. e Maria Elisabete Ramos, 2002, pp. 180 e ss., e, embora não de forma explícita, parece ser esse o entendimento de Pero Vasconcelos (Vasconcelos, 2007, p. 1171).

ou administrador de facto assenta na norma do artigo 80.º do CSC. Apesar de o preceito em causa ter na sua base algumas imperfeições⁹⁰ capazes de suscitar diversas compreensões, estes autores entendem que o artigo 80.º abrange todos aqueles que administram a sociedade, mesmo não assumindo a titularidade do órgão de administração.

Muito embora compreendamos esta visão, a lei deixa claro que esta função de administração teria de ser “*confiada*” a determinado sujeito para que o mesmo pudesse ficar abrangido pela qualificação da norma, pressupondo, desta maneira, um ato de vontade de alguém (legitimado) para o efeito⁹¹. No mesmo sentido, atualmente encontramos Coutinho de Abreu e Maria Elisabete Ramos, que enaltecem a sua desconfiança na utilidade deste artigo no que diz respeito aos administradores aparentes sem qualquer título ou aos “administradores na sombra”, por entenderem que, na grande maioria das vezes, não foram “*confiadas*” funções de administração a determinado sujeito a quem se pretende qualificar de administrador de facto⁹². Para além destes dois autores, Ricardo Costa destaca-se argumentativamente quanto à inaplicabilidade desta norma enquanto fundamento jurídico para a responsabilização do administrador de facto⁹³, mas não deixa de afirmar a necessidade de responsabilizar estes administradores⁹⁴.

Todavia, mesmo consciente do sentido dado pela letra da lei, Maria de Fátima Ribeiro, defende uma interpretação extensiva do artigo por entender pouco chocante a extensão do mesmo a todas aquelas situações em que ao administrador de facto não lhe foram “*confiadas*” funções de administração. Isto é, segundo a autora, “se o preceito responsabiliza o administrador/gerente de facto em situações em que a este, de algum modo, as funções de administração foram “*confiadas*”, por maioria de razão deverá responsabilizá-lo nas situações em que o sócio assumiu tais funções por sua própria iniciativa”⁹⁵. Esta interpretação mostra-se compreensível, uma vez que surge no sentido

⁹⁰ Já na sua génese (artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de novembro de 1969) a sua interpretação não era cristalina.

⁹¹ Cfr. Ribeiro, 2009, p. 469.

⁹² Abreu & Ramos, 2004, p. 45. No mesmo sentido, Raúl Ventura e Luís Brito Correria entendem que devem ser incluídos no âmbito do art. 80.º os membros suplentes dos órgãos de administração, titulares dos órgãos de administração legalmente constituídos, e titulares de outro órgão (individual ou coletivo, seja qual for a sua designação) ao qual tenham sido atribuídas funções que legalmente pertencem ao conselho de administração. Excluindo, por sua vez, todas as outras pessoas que não fazem parte dos órgãos legais da sociedade e tenham recebido poderes próprios para a prática de atos de administração. Cfr. Ventura & Correia, 1970, pp. 403 e ss.

⁹³ Sobre a ineptidão do art. 80.º, v. Costa, 2016, pp. 974 e ss.

⁹⁴ Costa, 2016, p. 958.

⁹⁵ Cfr. Ribeiro, 2009, p. 470.

de dar consistência ao próprio artigo, evitando a inaplicabilidade prática que tanto prometia⁹⁶.

Para além disso, e no que diz respeito às sociedades por quotas, Maria de Fátima Ribeiro faz ainda outro reparo, por entender que é a própria lei que confia estes poderes aos próprios sócios⁹⁷. Neste aspeto, não podemos deixar de concordar, visto que o mesmo resulta do artigo 259.º do CSC. Tal como desenvolvido anteriormente, os gerentes deste tipo de sociedades devem gerir a sociedade “com respeito pelas deliberações dos sócios”⁹⁸. *Hoc sensu*, podemos dizer que os sócios, neste específico contexto, estão legitimados pela lei a exercer estas funções de administração que caracterizam os gerentes/administradores⁹⁹ e, por isso, deverão ser responsabilizados ao abrigo do artigo 80.º do CSC.

Independentemente dos problemas que podemos antever no que diz respeito à fundamentação desta responsabilização, a doutrina, na sua generalidade, defende a possibilidade e a necessidade de responsabilizar estes administradores de facto e, portanto, a sociedade dominante¹⁰⁰.

Aceitando este entendimento – que tem por base a qualificação da sociedade dominante como administrador de facto – e não existindo nenhuma violação de uma norma que se destina à proteção dos credores da sociedade dominada, muitos são os autores que defendem a legitimidade destes últimos na propositura de uma ação de responsabilidade contra a sociedade dominante. Neste tipo de situações¹⁰¹, e embora de forma indireta, Igor Silva de Lima, tal como Maria de Fátima Ribeiro, entende que os credores da sociedade dependente podem vir lançar mão do mecanismo da sub-rogação prevista no n.º 2 do artigo 78.º do CSC^{102 103}.

Embora seguindo o entendimento de que este mecanismo pode ser bastante útil para os credores sociais da sociedade dominada, não podemos negar as grandes

⁹⁶ Neste sentido, Cunha, 2009, p. 78.

⁹⁷ Cfr. Ribeiro, 2009, p. 470.

⁹⁸ Cordeiro, 2017, pp. 402 e ss.

⁹⁹ Raúl Ventura fala num princípio de obediência por parte dos gerentes em relação às ordens ou instruções dos sócios que podem ser “genéricas e de execução permanente” ou “incidir sobre a conduta dos gerentes em casos concretos”, Cfr. Ventura, 1991, p. 139.

¹⁰⁰ “Mesmo assim, o regime legal é suficiente (...) para os fazer responder sem dúvida pela atuação enquanto administradores que (também) são”, cfr. Costa, 2016, p. 975.

¹⁰¹ Afastamos aqui todas as outras em que os credores da sociedade dominada são lesados de forma direta pela sociedade dominante, possuindo, em consequência, um caminho direito para responsabilizar a sociedade dominante. Cfr. Abreu, 2010, pp. 104-105. Abreu & Ramos, 2010, p. 43. Em sentido contrário, Nuno Manuel Pinto Oliveira (Oliveira, 2014, pp. 93-106).

¹⁰² Caso a própria sociedade e os seus sócios minoritários, por alguma razão, se mostrem inativos neste aspeto (sendo este um requisito essencial).

¹⁰³ Relativamente ao ónus da prova esta via indireta possibilita, e bem, ao credor afastar o ónus da prova. Quando o caminho assume estes contornos, a presunção de culpa determinada pelo n.º 1 do artigo 72.º acaba por incidir sobre a sociedade dominante, pelo que caberá a esta última a “prova de que qualquer das excludentes referidas nos n.ºs 2 a 5 do referido dispositivo legal é aplicável”, v. Lima, 2022, p. 118, n. 80.

dificuldades que lhe estão associadas. Desde logo, o facto de recair sobre os credores da sociedade dominada o ónus da prova, uma vez que estes, contrariamente ao que acontece com os sócios minoritários da sociedade dominada, não beneficiam de uma qualquer presunção. Desta maneira, e mesmo estando afastados dos assuntos internos da sociedade (e consequentemente dos documentos que comprovem tal situação), são eles que têm de fazer prova desta influência exercida por parte da sociedade dominante. O problema intensifica-se se tivermos em conta que grande parte das instruções dirigidas à sociedade dominada não têm uma base probatória firme com que os credores se possam valer¹⁰⁴.

Em suma, podemos afirmar que a bondade deste instituto se encontra limitada pela falta de sensatez do nosso sistema jurídico, não se compreendendo a decisão de limitar o sucesso de uma ação a uma das partes que se encontra numa posição tanto ou mais frágil.

¹⁰⁴ Neste sentido, Ricardo Costa, fazendo referência a Fabrizio Guerrera (Guerrera, 1991), refere que tais dificuldades de prova facilmente seriam combatidas se existisse “uso das fontes de forma presuntiva (referência a práticas empresariais ou administrativas consolidadas (...), à impossibilidade de explicar o motivo inspirador de certos comportamentos orgânicos, etc.)”, consultado em Costa, 2016, p. 285, n. 598.

Capítulo IV – Desconsideração da personalidade jurídica

Chegados a este ponto e bastante conscientes de que os meios mencionados anteriormente assumem, frequentemente, um papel insuficiente face ao problema da instrumentalização das relações de domínio, somos forçados a abrir os horizontes e a idealizar uma solução que, embora peque pela sua insegurança jurídica¹⁰⁵, é suscetível de resolver o problema da impunibilidade da sociedade dominante – o *instituto da desconsideração da personalidade jurídica*.

1. Personalidade jurídica

Antes de avançarmos para o estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sentimos a necessidade tecer algumas considerações sobre a personalidade jurídica das pessoas coletivas¹⁰⁶.

De facto, encontramos a sua expressa consagração no artigo 5.º do CSC e, ao contrário do que sucede com as pessoas singulares, a atribuição da personalidade jurídica às pessoas coletivas, mais especificamente às sociedades comerciais, surgiu de uma construção do próprio Direito. Trata-se de um “mecanismo técnico” que foi construído tendo em vista “considerações de oportunidade, de política (...)”¹⁰⁷ e que é regado por toda a praticidade e simplicidade a que está intrinsecamente associado.

Esta personalidade jurídica encontra-se intimamente relacionada com a autonomia jurídica que, por sua vez, se desdobra na autonomia pessoal¹⁰⁸ e na autonomia patrimonial, sendo esta última a que mais importância assume para o nosso estudo¹⁰⁹.

1.1. Autonomia patrimonial

Efetivamente, a autonomia patrimonial é uma condição essencial da personalidade jurídica e, apesar de conseguirmos encontrar várias aceções da mesma, no contexto das sociedades comerciais, esta autonomia significa que a responsabilidade patrimonial das

¹⁰⁵ Pelo menos em Portugal, pois existem ordenamentos jurídicos – como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro – que abrem a porta ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

¹⁰⁶ Sobre os movimentos doutrinários mais significativos no âmbito da explicação da existência e da natureza da personalidade jurídica v. Ribeiro, 2009, pp. 83 e ss., n. 27; Cordeiro, 2007, p. 522; Vasconcelos, 2008, pp. 182 e ss.

¹⁰⁷ Cordeiro, 1989, pp. 17 e ss.

¹⁰⁸ Ribeiro, 2009, p. 77. Aqui fazemos referência ao surgimento de um novo ente jurídico que se distancia daqueles que o integram.

¹⁰⁹ De acordo com Ferrer Correia, 1982, p. 547, “[p]ode haver autonomia patrimonial sem personalidade, mas não esta sem aquela”.

sociedades comerciais se circunscreve ao seu património, existindo, portanto, uma clara diferenciação entre este património e o património dos sócios.

Assim sendo, fruto desta autonomia, e apenas no que diz respeito às “sociedades de capitais”¹¹⁰, compreendemos que o património da sociedade responde única e exclusivamente pelas dívidas da sociedade e pelas dívidas desta responde apenas o seu património social, e não o património pessoal dos sócios. Isto demonstra aquilo que designamos por “responsabilidade limitada” e cujo abuso justifica a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Desta forma, a responsabilidade limitada surge como um mecanismo protetor dos sócios e, conseqüentemente, incentivador do investimento¹¹¹. No fundo, estando a responsabilidade dos sócios limitada ao montante das suas entradas, existe uma maior predisposição ao investimento, na medida em que os sócios sabem que a sua responsabilidade nunca poderá ultrapassar aquele valor de entrada¹¹². Contudo, essa necessidade de produção de lucro e desenvolvimento a nível económico pode ter efeitos nefastos para todos aqueles que se relacionam com este tipo de sociedades, uma vez que assistimos a uma explícita transmissão do risco dos sócios da sociedade de responsabilidade limitada para os seus credores sociais¹¹³.

Deste modo, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica surge da necessidade de dar uma resposta aos abusos a que este princípio se mostra sujeito e, como consequência lógica dessa resolução, aprimorar o próprio instituto da personalização da sociedade comercial¹¹⁴.

2. Caracterização

No que diz respeito ao seu conceito, e embora não consigamos antever uma definição fechada do mesmo, foram vários os autores que procuraram a sua concretização¹¹⁵. Apesar das discrepâncias que surgiram nesta tentativa de encontrar uma definição que pudesse abarcar os inúmeros casos a que este instituto pretende dar

¹¹⁰ Sociedades por quotas e sociedades anónimas.

¹¹¹ Não são só estas as virtudes que fundam o princípio da responsabilidade limitada. Sobre a separação entre a entre os titulares dos órgãos deliberativos e administrativos, v. Abreu, 2010, pp. 81 e ss.

¹¹² Nas sociedades de “responsabilidade ilimitada” (sociedades em nome coletivo) este princípio da autonomia patrimonial também está presente, embora de outra forma. Nestas sociedades os sócios, apesar de responderem perante os credores da sociedade, fazem-no sempre de forma subsidiária em relação a esta.

¹¹³ Miranda, 2005, pp. 220 e ss.

¹¹⁴ Granjeira, 2002.

¹¹⁵ Entre outros, Coutinho de Abreu, que entende tratar-se de uma “derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjetiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respetivos sócios”, cfr. Abreu, 2011, p. 176; e Maria de Fátima Ribeiro que considera a desconsideração da personalidade jurídica “uma operação pela qual a personalidade jurídica de uma pessoa coletiva é afastada, retirada”, Ribeiro, 2016, p. 67.

resposta, esclarecido ficou o seu âmbito de aplicação. Fazemos aqui menção às situações em que “um determinado agente usa indevidamente em seu favor a autonomia patrimonial da sociedade comercial para prosseguir finalidades inaceitáveis, atuando com abuso desses conceitos, defraudando muitas vezes e simultaneamente a lei”¹¹⁶. De forma muito concisa, quando ocorra um abuso do instituto personalidade coletiva, o sistema intervém no sentido de “levantar” essa mesma personalidade, tendo como finalidade encontrar todos aqueles que utilizaram a sociedade como instrumento para a satisfação dos seus próprios interesses e estão, efetivamente, por detrás dos atos por ela praticados – os sócios. Assim sendo, os sócios poderão ser chamados a responder perante os credores sociais pelos comportamentos que, à primeira vista, só seriam imputados à sociedade¹¹⁷.

No que diz respeito ao seu fundamento, e embora não tenhamos como base qualquer preceito legal que nos permita fazer uso direto deste instituto, conseguimos encontrar algumas normas que, “uma vez ponderada a respetiva *ratio*, conduzem à ideia de que os valores inerentes à desconsideração (ou melhor, como defendemos, à imposição de responsabilidade pessoal) foram plasmados em respostas dadas pelo ordenamento a situações concretas”¹¹⁸. Desta forma, a dúvida não surge quanto ao facto de saber se o legislador perspetivou uma solução relativa à superação da personalidade coletiva, mas sim quanto à pertinência (âmbito de aplicação) do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que as normas existentes no nosso ordenamento jurídico que seguem a mesma *ratio* são bastante limitadoras deste instituto.

Desta maneira, influenciada pela doutrina alemã, a doutrina portuguesa também procurou a sistematização de casos típicos onde poderia haver lugar à desconsideração da personalidade jurídica. Estes casos surgiram como forma de garantir alguma segurança jurídica ao sistema¹¹⁹, contudo, devido à grande controvérsia que daqui resulta, o nosso estudo apenas passará pela identificação dos mesmos e não pelo seu desenvolvimento. Alvo de desenvolvimento são os requisitos associados a este instituto.

¹¹⁶ Triunfante & Triunfante, 2009, p. 133. No mesmo sentido, Cf. Ac. TRL de 03/03/2005 (proc.1119/2005-6): “Existe abuso da limitação da responsabilidade, quando alguém invocar e insistir na autonomia patrimonial da sociedade usando e abusando da limitação da responsabilidade dela em seu favor e em prejuízo dos credores da sociedade”.

¹¹⁷ Cfr. Ac. STJ de 07/11/2017 (proc.919/15.4T8PNF.P1.S1): “responsabilizar os que estão por detrás da autonomia (ficcional) da sociedade e a controlam”

¹¹⁸ Triunfante & Triunfante, 2009, pp. 138 e 139.

¹¹⁹ Fazemos referência à subcapitalização, à descapitalização e à mistura de patrimónios. De acordo com Maria de Fátima Ribeiro, o único caso que demonstra a necessidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica é o da mistura de patrimónios, cfr. Ribeiro, 2014, p. 459.

O primeiro e, provavelmente, o mais importante, está relacionado com a natureza subsidiária do próprio instituto. Algo bastante compreensível se tivermos em consideração que não só estamos perante um instituto que não se encontra legalmente consolidado, mas também porque o mesmo tem como finalidade a derrogação de um princípio basilar do direito societário (o da responsabilidade limitada)¹²⁰. Assim sendo, apenas podemos lançar mão a este instituto quando não existam outros mecanismos legais capazes de proteger os interesses dos credores sociais no caso em concreto. Paralelamente, entendemos ser sensato que o instituto em estudo apenas tenha lugar quando o património da sociedade dominada se mostre insuficiente para o cumprimento das obrigações¹²¹.

O segundo requisito prevê uma “confusão mais ou menos intensa entre as esferas jurídicas de duas ou mais pessoas, normalmente entre a sociedade e os seus sócios”¹²². Desta forma, a interseção entre essas esferas deve ter ocorrido em algum dos domínios tradicionalmente vinculados à autonomia da personalidade, sendo que a intensidade dessa confusão determinará, por sua vez, determinar a magnitude da reação.

Outro requisito subjacente a esse instituto assenta na atuação abusiva por parte do(s) sócio(s). Para a sua efetivação, entendemos ser necessário existir um aproveitamento da proteção oferecida pelo princípio da responsabilidade limitada em prejuízo dos interesses dos credores. Portanto, é necessário que esta conduta seja considerada censurável pelo direito e contrária aos princípios que a ordem jurídica pretendia garantir ao estabelecer o princípio da responsabilidade limitada. No fundo, “[o] juízo de censurabilidade é fundamental, pois permite impedir o alargamento excessivo de hipóteses onde existe a tentação de aplicar a figura da desconsideração”¹²³.

Por último, estamos cientes de que o recurso a este instituto só faz sentido quando, do uso abusivo do princípio da responsabilidade limitada, resultam concretos prejuízos para terceiros. Nestes termos, a partir do momento em que os credores estão impossibilitados de verem ser satisfeitos os seus créditos, já podemos afirmar que existe um dano e que esse dano pode vir a ser reparado por via do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Assim sendo, o prejuízo resultante de uma atuação abusiva é um requisito para que se possa lançar mão a este instituto¹²⁴.

¹²⁰ Esta excecionalidade já foi várias vezes mencionada pela nossa jurisprudência, nomeadamente, no Ac. TRP de 25/10/2005 (proc. 0524260) e no Ac. TRC de 03/07/2013 (proc. 943/10.8TTLRA.C1).

¹²¹ Cfr. Cordeiro, 1989, p. 163. Em sentido contrário, Antunes, 2007, p. 65.

¹²² Triunfante & Triunfante, 2009, pp. 141 e 142. Neste sentido, Ac. TRP de 24/01/2005 (proc. JTRP00037645).

¹²³ Triunfante & Triunfante, 2009, p. 143.

¹²⁴ Neste sentido, v. Ac. TRG de 17/11/2011 (proc. 798/08.8TBEPs.G1): “na desconsideração da personalidade jurídica é necessário determinar se existe e com que potencialidade uma atuação em fraude à lei. Esta verificar-se-á aquando da existência de um efeito prejudicial a terceiros”.

3. Aplicabilidade às relações de domínio

Posto isto, consideramos que o levantamento da personalidade jurídica – finalidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica – “encontra, no grupo, espaço privilegiado de atuação, o que não causa surpresa se tivermos presente a intensa interpenetração das esferas jurídicas das sociedades agrupadas”¹²⁵. De facto, é nos grupos de sociedades que somos capazes de identificar uma usurpação de poderes e um uso abusivo do princípio da responsabilidade limitada¹²⁶.

Contudo, devido a todas as características anteriormente mencionadas, somos forçados a fazer uma ressalva quanto às relações de grupo. De facto, é nas relações de domínio que sentimos uma maior necessidade de fazer operar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Isto é, nas relações de grupo a lei consagra, nos termos do art. 501.º, um regime específico de proteção dos credores das sociedades-filhas. No fundo, a norma mencionada é, ela própria, uma norma que “consagra legislativamente, para estes casos específicos, a desconsideração da personalidade coletiva, eliminando a separação de patrimónios para prevenir (ou corrigir) abusos e vinculando a sociedade dominante às obrigações da sociedade dominada”¹²⁷, não existindo a necessidade de fazer operar este instituto, que tem como característica principal a subsidiariedade¹²⁸.

Contrariamente, nas relações de domínio, e tal como desenvolvido anteriormente, encontramos um regime pobre que, muitas das vezes, não consegue ser enriquecido por via das normas gerais previamente pensadas para as sociedades individuais. Para além disso, todos os outros requisitos anteriormente referidos têm o seu pleno encaixe quando

¹²⁵ Quanto à criação, por parte da doutrina germânica, de um novo grupo de casos típicos de recurso à desconsideração da personalidade jurídica associado aos grupos de sociedades (*existenzvernichtender Eingriff*), v. Oliveira, 2012, pp. 626 e ss.

¹²⁶ Pelo medo que este abuso criava, inicialmente, pensou-se na inserção, nos grupos de casos típicos que requererem o uso da desconsideração da personalidade jurídica, de um novo grupo que dizia respeito aos casos específicos dos grupos de sociedades. Apesar desta tese ter sido completamente abandonada, conseguimos perceber que os grupos de sociedades são um campo fértil para este tipo de abusos. Sobre a impossibilidade das relações de grupo constituírem, por si só, um grupo de casos, v. Ac. TRL de 04/10/2011 (proc.646/11.1TVLSB-B.L1-1).

¹²⁷ Cfr. Ac. TRL de 28/01/2016 (proc.1804-11.4TVLSB.L1- 6). No mesmo sentido, temos Oliveira de Ascensão cfr. Ascensão, 1993, p. 67.

¹²⁸ A própria jurisprudência nacional tem realçado este aspeto: “No sentido de não ser suficiente, para efeitos de desconsideração da personalidade jurídica a existência de uma relação de grupo”. “A excecionalidade do levantamento da personalidade coletiva deve ser mesmo enfatizada nos grupos de sociedades em que a interpenetração das esferas das sociedades, a integração económica, financeira, administrativa e pessoal entre elas, ou, em termos gerais, a unidade de direção do grupo são tudo características normais e lícitas do grupo”. Deste modo, haverá lugar à desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos grupos de sociedades quando se verifique o “preenchimento dos pressupostos de que a doutrina e jurisprudência faz depender o seu funcionamento em geral, fora do quadro das relações de grupo ou de domínio (...)”. Cf. Ac. TRL de 04/10/2011 (proc.646/11.1TVLSB-B.L1-1).

confrontados com a realidade de muitas sociedades em relação de domínio¹²⁹. Fazemos especialmente referência aos abusos do instituto da personalidade coletiva, isto é, “àquelas situações em que a sociedade dominante abusa da sua posição jurídica e, devido à influência dominante que exerce sobre a sociedade dependente, emite-lhe diretrizes que, muitas das vezes, são desvantajosas para esta”¹³⁰ e também para os seus credores. Todavia, para que se possa proceder à aplicação deste instituto, entendemos ser necessário o preenchimento de outros dois requisitos: (1) a existência de um grupo de facto, e (2) a existência de uma direção unitária por parte da sociedade dominante que não tem em conta os interesses da sociedade dominada¹³¹.

Contudo, não podemos negar a difícil aplicabilidade deste instituto. De facto, encontramos aqui grandes dificuldades que, ao contrário do que se possa pensar, não advém única e exclusivamente da necessidade de consagração legal.

Efetivamente, este instituto encontra o seu âmbito de aplicação bastante limitado, não só pela existência de normas que seguem a mesma racionalidade e, por isso, a mesma finalidade¹³², como também pelo facto de a sua aplicação não poder ser feita de forma desmedida. Isto é, por ter na sua base a rutura de um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, a sua aplicabilidade deverá estar dependente da existência de um dano mais intenso e insuscetível de ser resolvido por uma solução menos radical¹³³.

Apesar de todas as falhas relativas à insegurança jurídica, verificamos, paulatinamente, uma aceitação por parte da jurisprudência, não só a nível nacional, mas também internacionalmente. Desta forma, denotamos essa aceitação nos EUA, onde os tribunais tendem a aplicar o referido instituto para assegurar a tutela dos credores da sociedade dominada¹³⁴. Para além dos EUA, e embora de forma mais conservadora, também conseguimos identificar a sua aplicação por parte dos tribunais australianos¹³⁵ e por parte dos tribunais brasileiros¹³⁶.

¹²⁹ É no “domínio do abuso da responsabilidade limitada que o instituto da desconsideração da personalidade adquire toda a sua dimensão”, cfr. Ac. do STJ de 21/02/2006.

¹³⁰ Terrível, 2012, p. 996.

¹³¹ Duarte, 2007, p. 352.

¹³² Triunfante & Triunfante, 2009, p. 140.

¹³³ Triunfante & Triunfante, 2009, p. 145. Também neste sentido, v. Ac. TRL de 22-01-2004.

¹³⁴ Matheson, 2008/2009, p. 1125. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu>.

¹³⁵ Ramsay & Noakes, 2001, p. 16. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au>

¹³⁶ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 18/12/2008 (recurso especial n.º 968.564 – RS). Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

Considerações finais

Por meio da análise empreendida no presente trabalho, procurámos dar a conhecer as fragilidades associadas ao regime das sociedades em relação de domínio, assim como grande parte dos problemas que estas mesmas podem motivar na esfera da própria sociedade dominada, dos seus sócios minoritários e credores sociais.

Começando pela despreocupação do legislador na criação de um regime suficientemente tutelador e terminando na inexistência de soluções próprias deste tipo de relações intersocietárias que podem ser empenhadas para compensar esta falha, denotámos uma maior desconsideração pelos credores da sociedade dominada que, fruto do mecanismo da responsabilidade limitada, acarretam com os riscos provenientes da atividade societária.

Exatamente por considerarmos pouco viável a aplicabilidade das normas de tutela dos credores sociais tipificadas no CSC para as relações de grupo propriamente dito, providenciámos um conjunto de soluções advindas do regime jurídico-societário geral. Contudo, fruto da unicidade que cada caso faz exaltar, a nossa análise não se mostrou exaustiva, tendo apenas a ressalva de que estas normas, que pertencem ao regime jurídico-societário geral e, por isso, são destinadas a sociedades ditas individuais, podem não ser suficientes para proteger todos os interesses em jogo.

Muito embora estas normas não sejam consideradas satisfatórias em precisas situações, a verdade é que, quando suficientes, obstam à aplicabilidade de qualquer construção jurisprudencial e doutrinária que não tenha assento em institutos jurídicos legalmente consagrados. No fundo, com este trabalho, fomos capazes de discernir o avanço jurisprudencial correlacionado ao instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, mas também comprovámos a sua imprecisão, propiciadora de casuismo e insegurança jurídica.

Apesar de esta constante procura por uma solução digna e satisfatória terminar com um sabor agri-doce, percebemos a premência de não nos conformarmos com uma situação que assume resistência à mudança e que se mostra contrária à evolução que tanto caracteriza o pensamento jurídico.

Referências bibliográficas

- ABREU, J.M.C. & RAMOS, M.E. (2004). Responsabilidade civil de administradores e sócios controladores: Notas sobre o artigo 379.º do Código do Trabalho. *Miscelâneas*, n.º 3. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (2016). O direito dos grupos de sociedades segundo o European Model Company Act (EMCA). In *IV Congresso de Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (2011). *Curso de direito comercial – Das sociedades*, vol. I, 4.ª edição. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (1996). *Da empresarialidade. As empresas no direito*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (1999). *Do abuso de direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (2010). *Governança das sociedades comerciais*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (2010). *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, L. (2003). *Anulação e suspensão de deliberações sociais*, 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, A.F.M. (2007). O abuso da personalidade jurídica coletiva no direito das sociedades comerciais – Breve contributo para a temática da responsabilidade civil. In *Novas tendências da responsabilidade civil*, pp. 7-83. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J. E. (2023). *Direito das sociedades*, 11.ª edição. Porto: Edição de Autor.
- ANTUNES, J.E. (2003). Autoparticipações e cômputo das participações intersocietárias. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, vol. II, pp. 275-291. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- ANTUNES, J.E. (1994). Liability of corporate groups. *Studies in Transnational Economic Law*, vol. 10.
- ANTUNES, J.E. (1994). *Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e direcção dos grupos societários*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora.
- ANTUNES, J.E. (2002). *Os grupos de sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, J. (1993). *Direito comercial – Sociedades comerciais*, vol. IV. Lisboa: Dislivro.
- BASTO, J.G.X. [et al.]. (1992). *Problemas societários e fiscais do mercado de valores mobiliários*. Lisboa: Edifisco.
- CARVALHO, C. (2001). *Da mobilidade dos trabalhadores no âmbito dos grupos de empresas nacionais*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- CORDEIRO, A. (1997). *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex.
- CORDEIRO, A.M. (2011). A responsabilidade da sociedade com domínio total (Art. 501.º/1, do CSC) e o seu âmbito. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1.

- CORDEIRO, A.M. (2022). *Direito das sociedades I – Parte geral*, 5.^a edição (com a colab. de António Barreto Menezes Cordeiro). Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2005). *Direito europeu das sociedades*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2017). *Manual de direito das sociedades*, vol. II. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, P. (1989). *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*. Lisboa: AAFDL.
- CORREIA, A.F. (1982). A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica. In *Estudos vários de direito*, Actae Universitatis Conimbrigensis. Coimbra.
- CORREIA, L.B., (1988). Grupos de sociedades. In *Novas perspectivas do direito comercial*, pp. 379-399. Coimbra: Almedina.
- CÔRTE-REAL, L. (2013). Breve apontamento sobre a aplicação dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais a outras relações de coligação societária que não uma relação de grupo de direito. Portal Verbo Jurídico.
- COSTA, R. (2016). *Os administradores de facto das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, C. (2002). A exclusão de sócios (em particular, nas sociedades por quotas). In *Problemas do direito das sociedades*, pp. 201-233. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, T.M. (2009). *Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais: A culpa nas responsabilidades civil e tributária*. Coimbra: Almedina.
- DIAS, R.P. (2021). Artigo 481.º (âmbito de aplicação). In ABREU, J.M.C. (Coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VII, 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- DIAS, R.P. (2007). *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas – Uma análise de direito material e direito de conflitos*. Coimbra: Almedina.
- DUARTE, D. (2007). *Aspectos do levantamento da personalidade coletiva nas sociedades em relação de domínio*. Coimbra: Almedina.
- ESTACA, J. (2003). *O interesse da sociedade nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina.
- FIGUEIRA, E. (1990). Disciplina jurídica dos grupos de sociedades – Breves notas sobre o papel e a função do grupo de empresas e a sua disciplina jurídica. *Colectânea de Jurisprudência*, vol. XV, n.º 4, pp. 38-59.
- FRADA, M. (1988). Deliberações sociais inválidas. In *Novas perspectivas do direito comercial*. Coimbra: Almedina.
- FRANÇA, M.A. (1990). A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo. Lisboa: AAFDL.
- FURTADO, J.H.C.P. (2005). *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.
- FURTADO, J.H.C.P. (2003). *Deliberações dos sócios: Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: Artigos 53 a 63*. Coimbra: Almedina.
- GRANJEIA, F. (2002). *Breves notas sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade no âmbito das sociedades coligadas*. Verbo Jurídico.

- GRUNEWALD, B. (2005). Die Haftung der Mitglieder bei Einflussnahmen auf abhängige eingetragene Vereine. In *Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter Recht.
- GUERRERA, F. (1991). *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*. Milano: Giuffrè Editore.
- GUINÉ, O.V. (2006). A responsabilização solidária nas relações de domínio qualificado. *Revista da Ordem dos Advogados*.
- HURTADO COBLES, J. (2005). *El levantamiento del velo y los grupos de empresa*. Barcelona: Bosch.
- KOPPENSTEINER, H.-G. (2006). Os grupos no direito societário alemão. *Miscelâneas*, n.º 4.
- LABAREDA, J. (1998). Da designação de pessoas coletivas para cargos sociais em sociedades comerciais. In *Direito societário português – Algumas questões*. Lisboa: Quid Juris.
- LEITÃO, L.M. (1995). *Pressupostos da exclusão de sócio nas sociedades comerciais*. Lisboa: AAFDL.
- LIMA, I.S. (2022). A responsabilidade da sociedade dominante na relação de domínio qualificado: Roadmap para os credores da sociedade anônima dependente. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 28, pp. 89-120.
- MACHADO, J.B. (1989). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A.S. (2016). *Um curso de direito da insolvência*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- MATHESON, J.H. (2008/2009). The modern law of corporate groups: An empirical study of piercing the corporate veil in the parent-subsidary context. *North Carolina Law Review*, vol. 87, pp. 1091-1156. <https://scholarship.law.umn.edu>.
- MENEZES A.C. (1997). *Da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex.
- MIRANDA, J. (2005). Grupos de sociedades e princípio da igualdade. Parecer. In *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. II. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A.P. (2022). Papel e competência da assembleia geral da sociedade anónima no Código das Sociedades Comerciais. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. XIV, n.º 2, pp. 171-195.
- OLIVEIRA, A.P. de & FERRO, M.S. (2010). The sins of the son: Parent company liability for competition law infringements. *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 3.
- OLIVEIRA, A.P. (2012). *Grupos de sociedades e deveres de lealdade – Por um critério unitário de solução do “conflito do grupo”*. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A.P. (2021) in CORDEIRO, A.M. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 4.ª edição. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A.P. (2017). *Manual de grupos de sociedades*. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, D. (2014). O ónus da prova da culpa no art.78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 11, pp. 93-106.

- OSÓRIO, C. (1992). Os casos de obrigatoriedade do lançamento de uma oferta pública de aquisição. In *Problemas societários e fiscais do mercado de valores mobiliários*, pp. 7-77. Lisboa: Edifisco.
- OSÓRIO, C. (2022). Notas breves sobre os poderes do órgão de administração das sociedades anónimas em assuntos de gestão: objeto social, “competência não escrita” e acordos omnilaterais. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. XIV, n.º 2, pp. 331-342.
- RAMOS, M.E. (2002). *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- REDINHA, M.R. (1984/1985). Deliberações sociais abusivas. *Separata da Revista de Direito e Economia*, n.º 10/11.
- REICH-GRAEFE, R. (2005). Changing paradigms: The liability of corporate groups in Germany. *Western New England University School of Law*, vol. 37, pp. 785-817.
- RIBEIRO, M.F. (2016). A desconsideração da personalidade jurídica: as realidades brasileira e portuguesa. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 15, pp. 19-57.
- RIBEIRO, M.F. (2014). Responsabilidade nas relações de domínio. In *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, M.F. (2009). *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina.
- TERRÍVEL, R. (2012). O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4.
- TRIGO, M.G. (1991). Grupos de sociedades. *O Direito*, n.º 123, pp. 41-114.
- TRIUNFANTE, A.M. (2004). *A tutela das minorias nas sociedades anónimas – Direitos de minoria qualificada; abuso de direito*. Coimbra: Coimbra Editora.
- TRIUNFANTE, A.M. & TRIUNFANTE, L.L. (2009). Desconsideração da personalidade jurídica – sinopse doutrinária e jurisprudencial. *Julgar*.
- VASCONCELOS, P.P. (2007). D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima. In *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P.P. (2008). *Teoria geral do direito civil*, 5.ª edição. Coimbra: Almedina.
- VAZ, T. (1996). A responsabilidade do acionista controlador. *O Direito*, n.º 3-4, pp. 329-405.
- VENTURA, R. (1981). Grupos de sociedades, uma introdução comparativa a propósito de um projeto preliminar de Diretiva da CEE. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 23-81.
- VENTURA, R. (1994). *Novos estudos sobre sociedades anónimas e em nome coletivo*. Coimbra: Almedina.
- VENTURA, R. (1991). *Sociedades por quotas*, vol. III. Coimbra: Almedina.
- VENTURA, R. & CORREIA, L.B. (1970). Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 192, 193, 194 e 195.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de fevereiro de 2006. (<https://www.pgdlisboa.pt>)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de novembro de 2017. Processo n.º 919/15.4T8PNF.P1.S1. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 3 de julho de 2013. Processo n.º 943/10.8TTLRA.C1. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 15 de fevereiro de 2024. Processo n.º 2816/23.0T8GMR.G1. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17 de novembro de 2011. Processo n.º 798/08.8TBEPS.G1. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de novembro de 2014. Processo n.º 5314/06.3TVLSB.L1-7. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de janeiro de 2024. Processo n.º 20963/22.4T8LSB-A.L2-1. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de janeiro de 2016. Processo n.º 1804-11.4TVLSB.L1- 6. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de março de 2005. Processo n.º 1119/2005-6. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31 de outubro de 2023. Processo n.º 10840/21.1T8SNT-A.L1-1. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de novembro de 2011. Processo n.º 646/11.1TVLSB-B.L1-1. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de fevereiro de 2023. Processo n.º 19495/19.2T8SNT.L1-1. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de fevereiro de 2021. Processo n.º 2532/16.0T8AVR.P2. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de janeiro de 2005. Processo n.º JTRP00037645. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25 de outubro de 2005. Processo n.º 0524260. (<https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 17 de fevereiro de 2011. Processo n.º 117/07.0TYVNG.P1. (<https://www.dgsi.pt>)

Ausência de resistência no crime de violação

Eduarda de Fátima Cardoso Fonseca

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria da Conceição Fonseca Ferreira da Cunha

Agradecimentos

À minha orientadora, Senhora Professora Doutora Maria da Conceição Fonseca Ferreira da Cunha, pela ajuda, disponibilidade e conhecimento transmitido.

À minha família, principalmente aos meus pais e ao meu irmão, pelo apoio e paciência.

Às minhas amigas, as que desde sempre estiveram presentes e as que conheci neste percurso académico.

Resumo

A ratificação da Convenção de Istambul por Portugal, em 2013, promoveu diversas alterações legislativas, através das quais passou a estar previsto no artigo 164.º do Código Penal, até à data, que o constrangimento é o elemento principal do crime de violação. Além disso, foram diferenciadas as situações mais graves (que anteriormente eram as únicas previstas) das menos graves, em que não é exigida violência física, ameaça grave, colocação na impossibilidade de resistir ou tornar inconsciente. Foi também acrescentada a expressão “contra a vontade cognoscível da vítima” no n.º 3 do artigo, de forma a esclarecer o que se entende por constrangimento. No entanto, coloca-se a questão de saber se estas recentes alterações são suficientes e adequadas à realidade prática do tipo legal.

Palavras-chave: cognoscibilidade; consentimento; constrangimento; convenção de Istambul; dissentimento; negligência; resistência; silêncio; violação; vontade da vítima.

Abstract

The ratification of the Istanbul Convention by Portugal, in 2013, promoted several legislative changes through which it became established in article 164 of the Penal Code, to date, that constraint is the main element of the crime of rape. Furthermore, the most serious situations (which were previously the only ones foreseen) were differentiated from the less serious ones, in which physical violence, serious threat, being unable to resist, or rendering unconscious are not required. The expression “against the knowing will of the victim” was added to number 3 of the article to clarify what is meant by constraint. However, the question arises as to whether these recent changes are sufficient and adequate to the practical reality of the legal type.

Keywords: knowability; consent; constrain; Istanbul convention; dissent; negligence; resistance; silence; rape; victim’s will.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
Art./Arts.	Artigo/Artigos
CI	Convenção de Istambul (Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica)
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
GREVIO	Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence
N.º	Número
p./pp.	página/páginas
Proc.	Processo
StGB	Strafgesetzbuch
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vs.	Versus

Índice

Introdução	7
1. Evolução histórica	8
2. Convenção de Istambul e alterações subsequentes	12
3. Modelos	19
3.1. Modelo do consentimento	19
3.2. Modelo do constrangimento	20
3.2.1. Vontade cognoscível	21
3.3. modelo do dissentimento	23
3.4. O problema do dolo	27
3.4.1. A negligência	27
4. O silêncio	29
4.1. Interpretação de acordo com os modelos	29
4.2. Modelo do consentimento livre	32
Conclusão	35
Bibliografia	37
Jurisprudência	39
Legislação	40

Introdução

A presente dissertação versará sobre o crime de violação – que constitui uma grave ofensa à liberdade sexual e à dignidade da pessoa humana, sendo crescente e incontestável a sua relevância e debate no contexto jurídico e social – praticado contra pessoas adultas sem qualquer incapacidade.

A definição de violação, que tem traçado uma evolução significativa no ordenamento jurídico português, iniciou-se nas ordenações afonsinas e teve a sua última modificação legislativa em 2023. Mas foi com a ratificação da Convenção de Istambul (que estabelece padrões e diretrizes para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica) por Portugal, em 2013, e consequentes alterações introduzidas pela Lei 83/2015, de 5 de agosto, que foi alargado o tipo legal, ao abranger o constrangimento por outros meios (para além dos que até então estavam tipificados na lei). Neste seguimento, serão estudados, comparados e criticados os vários modelos que têm vindo a ser usados e discutidos a propósito do crime de violação, nomeadamente os modelos do consentimento, do dissentimento e do constrangimento (adotado por Portugal), e a respetiva legislação comparada nos casos em que tal se aplique.

Também em 2019, o artigo 164.º sofreu uma alteração importante com a introdução de um novo número no artigo e da expressão “contra a vontade cognoscível da vítima”¹. Esta nova redação, que terá um papel central nesta dissertação, levanta diversas questões que se referem ao seu significado e abrangência.

Finalmente, a questão do silêncio, da passividade ou da falta de reação da vítima tem sido objeto de controvérsia, levantando questões sobre o verdadeiro significado de consentimento e dissentimento, pelo que importa explorar qual o modelo que melhor se adequa a estas situações e qual a resposta que a Convenção de Istambul lhes dá.

¹ Art. 164.º, n.º 3 do CP.

1. Evolução histórica

A violação sexual é uma das mais graves formas de violência, com consequências profundas tanto para a vítima quanto para a sociedade. Por isso, numa tentativa de acompanhar a evolução social, cultural e jurídica em Portugal, aliada à preocupação com os direitos das vítimas e à promoção da justiça, a legislação nacional referente a crimes sexuais, especialmente no que ao crime de violação se refere, tem passado por diversas e constantes mutações ao longo do tempo.

Inicialmente, no Título VI “Da Molher forçada, e como se deve provar a força” do Livro Y das Ordenações Afonsinas, era punida a conduta do homem “que forçosamente, e per força dormir com molher casada, ou religiosa, ou moça virgem, ou viuva, que honestamente vivesse”², sendo que só estaria em causa este ilícito quando perpetrado por homens contra mulheres consideradas honestas.

Adicionalmente, para a denúncia ser válida e a vítima poder ser ouvida pelo Rei (autoridade competente), a busca por justiça traduzia-se num espetáculo público e humilhante de sofrimento, sendo exigido à vítima que, logo após a prática sexual não consentida, se dirigisse imediatamente ao monarca enquanto dizia em “grandes vozes”³ o nome do agressor no decorrer do trajeto e perante todos os transeuntes que encontrasse. De certo modo, a ideologia da época considerava as mulheres cúmplices ou agentes passivos da própria violação, pairando uma desconfiança sobre estas, e, assim, a responsabilidade parecia dividida e a culpa do agente diluída.

Mais tarde, o Código Penal de 1852 incluiu o crime de violação, denominado à época de estupro (artigos 392.º e 393.º) e cópula ilícita (artigo 394.º), no Capítulo IV “Dos crimes contra a honestidade”, que se inseria no Título 4.º “Dos crimes contra as pessoas” e visava assegurar os “sentimentos comunitários de moralidade sexual”⁴. Este tipo legal consumava-se quando se tratasse de mulher virgem, ou de viúva honesta entre os 12 e os 25 anos (casos em que a falta de consentimento era já presumida)⁵, ou ainda se fosse praticado contra a vontade de mulher não menor nem honesta e “por meios de violencia ou por meios fraudulentos tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime”⁶.

Era, então, deixada de lado a proteção da liberdade sexual e da autonomia individual das vítimas, o que encontra respaldo tanto no facto de que, não se tratando de mulher casada, a pena cessaria se o autor do crime casasse com a vítima⁷, quanto na circunstância de que a cópula não seria considerada ilícita quando realizada entre cônjuges, ainda que

² Ordenações Afonsinas, versão online, <https://gulbenkian.pt/publications/ordenacoes-afonsinas-livro-v/>.

³ Ordenações Afonsinas, versão online, <https://gulbenkian.pt/publications/ordenacoes-afonsinas-livro-v/>.

⁴ Cunha, 2011, p. 452.

⁵⁵ Arts. 392.º e 393.º do CP de 1852.

⁶ Art. 394.º do CP de 1852.

⁷ Art. 400.º do CP 1852.

verificado algum dos meios típicos. Isto ocorria em razão de a esposa ser objetificada e considerada pertença do marido, além de que a sociedade considerava importante zelar pela honra e património familiares, bem como assegurar a virgindade das mulheres solteiras.

Posteriormente, o Código Penal de 1886 manteve uma visão patriarcal e apresentou alterações mínimas em relação a esta matéria, passando a punir, no artigo 393.º, a “cópula ilícita com qualquer mulher” (permanecendo a exceção das relações conjugais), pelo que a cópula continuou a ser o único ato típico (só se aplicando este tipo legal a relações heterossexuais) e persistiu a ideia de que o autor do crime seria sempre um homem e as ofendidas do sexo feminino.

Quase um século depois, em 1982, surgiu um novo Código Penal, que enquadrou a violação no artigo 201.º da Secção II “Dos crimes sexuais”, e começou a ser dada alguma relevância à liberdade sexual. No entanto, esta secção estava elencada no capítulo “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, do título “Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”, pelo que, conforme afirma Fernanda Palma, “a intervenção do Direito do Estado no campo sexual se justificava não propriamente nos direitos da vítima, mas sim na monocromática organização ética da sociedade”⁸, permanecendo o bem jurídico praticamente inalterado.

Não obstante, este diploma trouxe uma evolução significativa, em primeiro lugar, devido à implementação, no n.º 1 do artigo referido, de alguns preceitos como violência, ameaça grave, tornar inconsciente, colocar na impossibilidade de resistência e constranger à cópula com terceiro – fazendo do crime de violação, porém, um crime de execução vinculada, uma vez que eram exigidos meios típicos de constrangimento para o preenchimento deste tipo legal. É de referir ainda que o n.º 2 introduziu os atos análogos à cópula, que foram especificados apenas quanto a menores de 12 anos (sem fazer referência, também pela primeira vez, ao género).

Este artigo afastou ainda a exigência de cópula extramatrimonial, valorizando-se, assim, a autonomia individual e a vontade das mulheres casadas. Por outro lado, o legislador parece não ter sido muito feliz na redação do último número do artigo 201.º, no qual reforça a desconfiança e discriminação em relação às mulheres, presente já nas anteriores versões do Código Penal (e que, por vezes, ainda hoje se verifica). Isto porque incluiu uma espécie de responsabilização da vítima em virtude de o “seu comportamento ou da sua especial ligação com o agente”⁹ terem contribuído sensivelmente para a consumação da violação, que conduziria a uma especial atenuação da pena.

⁸ Palma, 2023, p. 12.

⁹ Art. 201.º do CP de 1982.

O crime de violação, que até à revisão de 1995 tinha por base concepções moralistas, integra, a partir desta reforma e até aos dias de hoje, o artigo 164.º do capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, assumindo a proteção da liberdade sexual, que se aplica a contextos em que são praticados crimes sexuais “contra adultos ou menores¹⁰ sem o consentimento destes”¹¹, pelo que deixam de ser punidos relacionamentos sexuais consentidos entre adultos (já assim era em 1982), em cumprimento dos preceitos constitucionais da dignidade e necessidade penal – art. 18.º, n.º 2 da CRP – e da dignidade da pessoa humana – art. 1.º da CRP.

Além disso, a defesa da liberdade sexual vem incluir, de acordo com Conceição Cunha, a liberdade de cada pessoa se relacionar sexualmente de acordo com a sua vontade (vertente positiva), assim como de recusar qualquer relacionamento sexual (vertente negativa)¹², podendo cada pessoa dispor livremente do próprio corpo¹³.

Quanto à letra da lei, embora no número 1 o legislador continuasse a contemplar apenas a cópula com mulher, no número seguinte alargou a tutela deste tipo legal à penetração anal, equiparando-a à cópula. Ademais, não apontou, neste número 2, o género dos intervenientes, pelo que a norma começou a englobar todas as situações em que o agente do crime é do sexo masculino, nomeadamente relações homossexuais entre homens – sendo a mulher considerada ainda um ser mais fraco e frágil, incapaz de constranger outrem à prática de atos sexuais não consentidos (recorrendo a um qualquer meio típico), sendo apenas colocada na posição de vítima. Acresce ainda que, com a eliminação do antigo número 3, foi finalmente suprimida (pelo menos no que ao texto normativo diz respeito) a desconfiança convencional relativamente às mulheres e à sua contribuição para que o crime tivesse lugar.

Foi também com a entrada em vigor deste diploma que os crimes sexuais passaram a ser divididos em “Crimes contra a liberdade sexual” (secção I), “Crimes contra a autodeterminação sexual” (secção II) e “Disposições comuns” (secção III)¹⁴. Tal como refere Figueiredo Dias, tanto a primeira como a segunda secção visam proteger a liberdade e autodeterminação sexual, porém, a distinção que foi criada verifica-se porque, ao passo que a secção I se aplica independentemente da idade da vítima, a secção II – que tutela o “livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual” – é direccionada a situações em que, além de a vítima ser um menor, as circunstâncias são consideradas crime ou têm uma gravidade acentuada exatamente devido à sua idade¹⁵.

¹⁰A tutela dos menores não será tratada. Saliente-se, no entanto, que a Secção I, com as agravantes em razão da idade, aplica-se aos casos em que há meios típicos de constrangimento, enquanto o dissentimento de menores gera problemas de enquadramento.

¹¹ Albuquerque, 2022, p. 717.

¹² Cunha, 2017, p. 347.

¹³ Albuquerque, 2022, p. 717.

¹⁴ CP de 1995.

¹⁵ Dias, 2012, p. 711.

Sensivelmente três anos depois, a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, trouxe alterações significativas a este campo, refletindo uma preocupação com a tutela da liberdade sexual e com a gravidade das ofensas cometidas. Tendo em conta o n.º 1 do artigo 164.º, foi ampliada a tipificação dos atos sexuais relevantes no contexto do crime de violação, equiparando-se o coito anal e o coito oral à cópula. Adicionalmente, introduziu-se aqui a expressão “a sofrer ou a praticar”, reconhecendo que a coerção se pode manifestar de diversas formas, incluindo a pressão para que a vítima seja ativa na conduta sexual, ou seja, passou a contemplar tanto os casos de passividade da vítima em sofrer a conduta sexual quanto os de atividade (isto é, quando a vítima é coagida a realizar a prática sexual).

Foi, também, apenas a partir desta revisão de 1998 que a legislação penal adotou uma abordagem mais inclusiva e igualitária, quando eliminou a referência exclusiva à mulher como vítima deste crime e reconheceu que os sujeitos ativo e passivo tanto podem ser do sexo feminino, como masculino (com a palavra “Quem”, a norma referia-se ao autor do crime e a vítima era enunciada como “outra pessoa”¹⁶) – o que refletiu uma evolução no entendimento da gravidade e estigmatização associadas à violação, tal como reconheceu a liberdade e autodeterminação sexual de todas as pessoas, sem distinção de género.

Acresce ainda que o segundo número do artigo elencou situações específicas de abuso de autoridade resultante de relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho¹⁷, introduzindo a criminalização de condutas sexuais praticadas em circunstâncias nas quais “pode não existir ainda a ameaça grave referida na coacção sexual e na violação, mas que representa já uma afectação séria da liberdade da vítima e que, como tal, reclama intervenção penal”¹⁸.

Ulteriormente, tentando adaptar e adequar o Código Penal às novas realidades sociais, a Lei n.º 59/2007 expandiu o conceito de violação aos atos típicos de “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”¹⁹, equiparando-os à cópula ou coito anal – a introdução oral de objetos ou partes do corpo que não representem cópula oral são, no entanto, deixados de fora da tipificação. Adicionalmente, ampliou também o número 2 do artigo (referente ao assédio-violação) a situações em que o agente se aproveita do temor causado na vítima, sem necessariamente recorrer a ameaça ou ordem explícita, e passou a abranger também casos de abuso de autoridade em contexto de relações familiares, de tutela ou curatela.

¹⁶ Art. 164.º, n.º 1 do CP de 1998 – texto completo: “1 – Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”.

¹⁷ Art. 164.º, n.º 2 do CP de 1998.

¹⁸ Assembleia da República, 1998, p. 1626.

¹⁹ Art. 164.º, n.º 1 do CP de 2007.

Esta reforma, embora caracterize um avanço relativamente aos preceitos anteriormente presentes, continua a ser muito restritiva, pelo menos no que toca aos crimes sexuais.

2. Convenção de Istambul e alterações subsequentes

Em 2011, foi formalizada e adotada em Istambul a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (ou Convenção de Istambul), tendo sido aprovada e ratificada por Portugal em 2013²⁰, mas que apenas no dia 1 de agosto de 2014 entrou em vigor.

Esta Convenção estabelece um compromisso internacional que visa a prevenção e combate da violência doméstica e da violência contra as mulheres (definida como “todos os actos de violência baseada no género que resultem, ou sejam passíveis de resultar, em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres, incluindo a ameaça do cometimento de tais actos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer na vida pública quer na vida privada”²¹), incidindo sobre graves violações de direitos humanos, desigualdades entre géneros e discriminação em relação a mulheres.

No seu preâmbulo é reconhecido que as mulheres são frequentemente alvo de violência devido à perpetuação de estereótipos de género e à manutenção de relações de poder desiguais, pelo que esta violência é um problema sistémico de natureza estrutural (e não um fenómeno isolado).²² São ainda apresentadas algumas das formas mais graves desta violência, nomeadamente violência doméstica (que o diploma refere especificamente que também é exercida contra homens, ainda que em menor número), assédio sexual, casamento forçado, crimes de honra, mutilação genital e violação.

É exatamente este último, o crime de violação, que se apresenta em estudo nesta dissertação, pelo que importa observar o artigo 36.º do instrumento internacional em análise, que representa um marco crucial na luta contra a violência sexual e na evolução da tipificação do crime de violação, e que estabeleceu o seguinte: “1. As Partes tomarão as

²⁰ Com a Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de janeiro. https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis.

²¹ Artigo 3.º, alínea a) da Convenção de Istambul – CI disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>.

²² “Reconhecendo que a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que levou à dominação e discriminação das mulheres pelos homens, privando assim as mulheres do seu pleno progresso; Reconhecendo que a natureza estrutural da violência contra as mulheres é baseada no género, e que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos sociais cruciais através dos quais as mulheres são mantidas numa posição de subordinação em relação aos homens”. “Reconhecendo as violações constantes dos direitos humanos durante os conflitos armados que afectam a população civil, especialmente as mulheres, sob a forma de violações e violência sexual generalizadas ou sistemáticas, e o potencial para o aumento da violência baseada no género, tanto durante como após os conflitos;

Reconhecendo que as mulheres e as raparigas estão expostas a um maior risco de violência baseada no género que os homens” – CI disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>.

medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar a criminalização das seguintes condutas intencionais: a) a penetração vaginal, anal ou oral não consentida, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objecto; b) outros actos de carácter sexual não consentidos com uma pessoa; c) obrigar outra pessoa a praticar actos de carácter sexual não consentidos com uma terceira pessoa. 2. O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes. 3. As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que as disposições do parágrafo 1 se apliquem também a actos cometidos contra actuais ou ex-cônjuges ou parceiros, em conformidade com o direito interno”.²³

Assim, primeiramente, é estabelecida a obrigação de os Estados-Membros adotarem medidas legislativas para criminalizar atos sexuais não consentidos (isto é, sem o livre e voluntário consentimento da vítima), incluindo a penetração vaginal, anal ou oral, bem como a imposição a outrem da prática destes atos com terceiro. A Convenção vem ainda indicar que esta definição de violação se aplica independentemente da relação entre vítima e agressor (incluindo, explicitamente, as situações em que estejam em causa parceiros íntimos, como cônjuges, ex-cônjuges, companheiros ou ex-companheiros).

Desta forma, parece-nos que a ordem penal internacional considerou que o facto de estes atos sexuais serem praticados sem o consentimento livre da vítima já seria suficientemente grave para estar em causa o crime de violação na forma simples e, isto posto, os meios de constrangimento como violência, ameaça grave, tornar inconsciente e colocação na impossibilidade de resistir, que antes eram de verificação obrigatória para estar em causa este crime sexual, passariam agora a fazer parte das circunstâncias agravantes. Neste mesmo sentido, Teresa Beleza explica que “[o] uso de violência ou ameaças agrava tal dissentimento — mas não o constitui, nem é seu requisito ou condição”²⁴, tal como Conceição Cunha afirma que “faria sentido, em nossa perspetiva, que o relacionamento sexual não consentido livremente constituísse o tipo fundamental (ou os tipos fundamentais — no artigo 163.º e no artigo 164.º) e que o relacionamento sexual através dos meios típicos de constrangimento (a violência, a ameaça grave e a colocação da vítima na impossibilidade de resistir) constituísse os tipos legais agravados”²⁵.

Visto isto, este diploma, e em especial o seu artigo 36.º, pretendeu ampliar o âmbito de aplicação da definição de violação para incluir atos de penetração oral, além de, finalmente, centrar este tipo legal na ausência de consentimento (livre e voluntário) da vítima, eliminando a necessidade de prova de resistência física, o que representa, então,

²³ CI, disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>.

²⁴ Beleza, 2022, p. 44.

²⁵ Cunha, 2021, p. 21.

uma evolução paradigmática significativa na abordagem dos crimes sexuais no que diz respeito ao reconhecimento da autonomia das vítimas e à importância tanto da proteção da liberdade sexual e da autodeterminação destas, como do consentimento nas relações interpessoais.

Para responder às críticas de que a redação do Código Penal que estava em vigor antes da ratificação da Convenção era demasiado restritiva, impulsionada pela necessidade de clarificar a criminalização de qualquer relacionamento sexual não consentido e com o propósito de adequar a legislação nacional aos preceitos e orientações da Convenção de Istambul, surgiu a Lei 83/2015, de 5 de agosto, que promoveu alterações significativas no artigo 164.º do Código Penal Português.

Em primeiro lugar, se, anteriormente, o número 2 do artigo 164.º sancionava a violação quando cometida “abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou”²⁶ – restringindo a aplicação desta norma a casos específicos e excluindo outras formas de constrangimento (salvo as já previstas no n.º 1) –, com a reforma de 2015 ao Código Penal, esses elementos foram transferidos para a alínea b) do n.º 1 do artigo 177.º, pelo que passaram a fazer parte das circunstâncias agravantes dos crimes sexuais e foi reconhecida a gravidade destes contextos, que começaram a ser punidos mais severamente.²⁷

Com esta lei, teve também lugar a introdução do novo número 2, através do qual se passou a abarcar no crime de violação o constrangimento à prática de cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos por qualquer meio que não os tradicionais contemplados no número 1 (violência, ameaça grave, colocar na impossibilidade de resistir ou tornar inconsciente para esse fim), o que permitiu uma aplicação mais ampla do artigo 164.º, que abrange, a partir desta reforma, todas as situações de constrangimento independentemente do meio utilizado – com a designação “por meio não compreendido no número anterior”²⁸. Relativamente à moldura penal do número 2, que antes era de até 3 anos de prisão, esta foi aumentada para um intervalo de 1 a 6 anos de prisão.

Estas modificações refletiram uma perceção crescente da gravidade dos crimes sexuais (em especial, a violação), da necessidade de proteger adequadamente as vítimas e do reconhecimento do seu sofrimento, e garantiram uma maior punição para o agressor e

²⁶ Art. 164.º, n.º 2 do CP de 2007.

²⁷ Texto completo do art. 177.º, n.º 1 do CP de 2015:

“1 – As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima:

a) For ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente; ou

b) Se encontrar numa relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação”.

²⁸ Art. 164.º, n.º 2 do CP de 2015.

maior dissuasão para a prática do crime. A par disso, aproximaram o texto penal nacional da Convenção de Istambul, no sentido em que esta entende a violação como qualquer ato de penetração, de natureza sexual, com ou sem objeto, praticado contra alguém sem o seu consentimento, reconhecendo que pode ocorrer em diferentes contextos e destacando a importância do consentimento em qualquer relação sexual, sem enumerar meios de constrangimento específicos.

Porém, a reforma em análise não estava ainda em plena conformidade com a Convenção. Por um lado, porque a falta de clareza na redação do segundo número do artigo 164.º e a inexistência de uma definição de “constrangimento” eram suscetíveis de interpretações diversas. De um certo ponto de vista, acaba aqui por se tornar um crime muito mais amplo, no sentido em que integra situações além das que em 2007 estavam previstas: violência; ameaça grave; depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir; abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; ou aproveitando-se de temor que causou. E esta abrangência poderia criar também preocupações em relação a uma possível instrumentalização da lei para fins persecutórios ou vingativos.

Mas, numa outra perspetiva, a falta de clareza sobre o que se configurava como constrangimento poderia levar a interpretações mais restritivas que minimizavam o constrangimento sofrido e dificultavam o preenchimento do crime. Isto porque sempre existiu uma priorização da violência física, podendo levar a que fossem desconsideradas outras formas, como a psicológica ou emocional, e a subjetividade do conceito de constrangimento era propensa à disparidade de critérios na aplicação da lei e a decisões inconsistentes entre diferentes tribunais, o que geraria insegurança jurídica e dúvidas quanto à efetividade da lei.

Por outro lado, remetendo, mais uma vez, para a deficiência do texto da norma quando mantém a base do tipo legal nos meios de constrangimento e não na ausência de consentimento (ou, pelo menos, no dissentimento da vítima), a mesma norma parece concentrar-se excessivamente no comportamento do agressor, ao invés de se focar na vontade da vítima, como sugere a Convenção, o que pode resultar na exclusão de algumas situações – como é o caso da paralisação da vítima que não queria que o relacionamento sexual se realizasse, mas fica imóvel na sequência do medo ou pânico (hipóteses que serão abordadas mais à frente). Acresce que o enquadramento sistemático dos dois números do tipo legal de violação e o facto de a nova moldura penal do número 2 ser menor do que a do número 1 (fixada de 3 a 10 anos) faz parecer que representa uma atenuante do número anterior²⁹, crítica que é sanada com as alterações de 2019.

²⁹ Também assim, Cunha, 2021, p. 22; e Beleza, 2016, p. 24.

Outra consequência da subjetividade em causa era a ambiguidade da interpretação do conceito de “violência” e da avaliação da “ameaça grave”, o que suscitou questões que dividiram a doutrina, como o grau de força física necessário para uma atuação ser considerada “violência”, a possibilidade de a violência psíquica ser qualificada como “violência” e que tipo de ameaças são tidas como “graves”.

Em resposta a estas questões, por um lado, quanto à expressão “ameaça grave”, Conceição Cunha afirma que “a gravidade deverá continuar a ter em consideração a situação da vítima e a suscetibilidade de a ameaça pôr em causa os bens jurídicos a tutelar”³⁰ e que os casos de ameaças de menor gravidade devem dar lugar à aplicação do número 2³¹ do artigo 164.^o³².

No que ao conceito de violência diz respeito, face à redação da lei anterior a 2015, existiam três teorias:

- A primeira seguia linearmente a letra da lei e defendia que para estar em causa violência, deveria existir o uso de força física por parte do autor do crime;
- Uma segunda perspectiva, a mais adequada à melhor proteção das vítimas porque abrangia um maior número de situações, assentava na premissa de que toda a prática sexual na qual não exista consentimento é violenta;
- E, por fim, a corrente mais restritiva, que defendia que deve estar em causa uma resistência efetiva da vítima³³ – indo ao encontro da posição adotada, nomeadamente, pela jurisprudência no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 2011³⁴, que considerou que sem uma resistência física efetiva por parte da vítima não se preencheria o tipo legal, quando declara: “a necessidade de o agente ter de se debater contra a resistência da vítima” e refere que “não configurando o ‘empurrão’ sofrido pela ofendida por acção física do arguido um acto de violência que atente gravemente contra a liberdade da vontade da ofendida”, não considerando que o empurrão configura violência e quase exigindo que houvesse uma luta entre agente e vítima³⁵.

No entanto, desde 2015, com a introdução de novas formas de constrangimento no número 2 (o constrangimento “por meio não compreendido no número anterior”), já teremos de considerar as coisas de outra perspectiva. Assim, tendo em conta a nova redação, faz sentido que ao “meio não compreendido no número anterior” corresponda a violência psicológica e o dissentimento, passando o termo “violência” a enquadrar apenas a violência física.

³⁰ Cunha, 2022, p. 135.

³¹ N.º 2, que em 2019 (e até hoje) passou a ser o n.º 1 do artigo.

³² Cunha, 2017, p. 353.

³³ Cunha, 2022, p. 135.

³⁴ Ac. TRP, 13/04/2011, proc. n.º 476/09.0PBBGC.P1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>.

³⁵ Cunha, 2011, p. 477.

Paralelamente, Paulo Pinto de Albuquerque considera que são enquadráveis naquele n.º 2 violência psicológica, ordens, ameaças, aproveitamento de posição de autoridade e aproveitamento de temor provocado e exclui desta norma qualquer meio que envolva um equívoco ou engano por parte da vítima.³⁶

Por fim, Figueiredo Dias defende que com a palavra “violência” o legislador pretendeu referir-se ao recurso à força física destinada e idónea “a vencer uma resistência oferecida ou esperada”, mas acrescenta que importa ter em conta os aspetos de cada caso concreto, porque “em função da debilidade, física ou psíquica, do carácter temeroso ou assustadiço da vítima pode bastar, v. g., uma bofetada, o fechá-la contra a sua vontade num quarto ou mesmo num automóvel, o transportá-la de um lugar para outro”.³⁷

Conceição Cunha acrescenta ainda que exigir uma resistência efetiva da vítima não encontra respaldo legal³⁸, tanto com esta nova redação, como com a redação anterior a 2015.

Em suma, as modificações implementadas pela Lei 83/2015, de 5 de agosto, ao artigo 164.º do Código Penal representam um avanço significativo em matéria do crime de violação, progredindo na salvaguarda da liberdade sexual das vítimas. No entanto, afigurava-se fundamental tomar medidas adicionais para garantir a concordância da legislação portuguesa com os princípios da Convenção de Istambul e para aprimorar este normativo de forma a garantir a devida proteção das vítimas e a punição adequada dos agressores.

Mais tarde, a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro introduziu, em primeiro lugar, a inversão dos números 1 e 2, com o objetivo de, por um lado, enfatizar o constrangimento como elemento central do crime de violação (e, assim, o novo n.º 1 define o crime de violação como a obtenção de atos sexuais mediante constrangimento da vítima, sem especificação dos meios empregados – sendo ampliada a tipificação do crime, tal como já se previa em 2015) e, por outro lado, reconhecer a gravidade do constrangimento dos meios anteriormente previstos no número 1 (o novo n.º 2 tipifica como crime agravado a violação praticada com violência, ameaça grave, ou na qual a vítima tenha sido colocada na impossibilidade de resistir).

Ademais, a reforma do Código Penal de 2019 substituiu, no número 1 (antigo n.º 2) do artigo 164.º, a expressão “sofrer ou praticar” por “praticar”, isto é, a redação anterior mencionava “quem constranger outra pessoa a sofrer ou praticar”, enquanto a nova versão apenas prevê “quem constranger outra pessoa a praticar”³⁹.

³⁶ Albuquerque, 2022, p. 720.

³⁷ Dias, 2012, p. 726.

³⁸ Cunha, 2016, p. 138.

³⁹ Artigo 164.º, n.º 1 do CP de 2019.

Posto isto, no nosso entender, embora se possa argumentar que esta eliminação foi irrelevante porque o verbo “praticar” abrange o significado de “sofrer”⁴⁰ – ou seja, que a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos constitui crime de violação, independentemente da posição passiva ou ativa da vítima durante a prática sexual –, a intenção do legislador ao eliminar a expressão “sofrer” não é clara e parece-nos importante manter essa expressão e a sua distinção em relação ao termo “praticar” para evitar debates e interpretações divergentes, tanto doutrinal como jurisprudencialmente, que podem levar a situações de impunidade (também Conceição Cunha refere que podem surgir “dúvidas face ao princípio da tipicidade”⁴¹).

Por fim, verificou-se a inclusão de uma definição legal de “constrangimento” no terceiro número do artigo 164.º, que abrange qualquer meio utilizado para a prática dos atos sexuais previstos no número 1 do mesmo artigo que não se configure como violência, ameaça grave ou colocação da vítima na impossibilidade de resistir, desde que seja contrário à vontade cognoscível da vítima. Podemos retirar daqui que os meios de constrangimento devem ter um vínculo de causalidade com a prática sexual, pelo que o propósito do recurso àqueles meios deve ser a realização dos atos sexuais com a vítima.

É ainda reforçada a importância da vontade da vítima na tipificação do crime de violação, no entanto, a definição aplica-se apenas, de acordo com o texto da norma, às atuações previstas no primeiro número do artigo, o que pode gerar incoerências com o número seguinte do mesmo artigo, uma vez que parece sugerir que a definição de constrangimento atribuída ao número 1 não cabe também no número 2. Quanto à expressão “vontade cognoscível”, daremos especial enfoque a esse tema no capítulo seguinte.

Mais recentemente, em 2023, o legislador veio corrigir a eliminação do termo “sofrer”, voltando a contemplá-lo nas alíneas a) e b) do número 1 do artigo 164.º, e elencou na alínea b) do número 2 a introdução de partes do corpo ou objetos via oral, discriminação que, injustificadamente, vinha sendo feita desde 2007.

Em suma, estas reformas representaram uma significativa evolução na aproximação do crime de violação aos preceitos e objetivos da Convenção de Istambul, mas a tipificação deste crime ainda é complexa e incompleta nesse sentido.

3. Modelos

3.1. Modelo do consentimento

O modelo do consentimento “only yes means yes”, também conhecido como “solo sí es sí”, ganhou maior destaque após a ampla repercussão do caso “La Manada” em

⁴⁰ Albuquerque, 2022, p. 724.

⁴¹ Cunha, 2021, p. 26.

Espanha. O caso remetia-se às festividades de San Fermín em Pamplona (Espanha) de 2016, após as quais uma jovem de 18 anos foi seguida por cinco homens durante o trajeto até ao seu carro e, antes de concluir o percurso, foi empurrada, violada e furtada por eles.⁴²

Os perpetradores filmaram os atos sexuais e, ulteriormente, compartilharam as gravações num grupo de WhatsApp intitulado de “La Manada”. Nas imagens, a vítima mostrou uma atitude passiva, neutra, não participativa e foi referido até que se encontrava em estado de choque⁴³. Ainda assim, a justiça espanhola condenou os agressores, inicialmente por abuso sexual, alegando falta de violência ou intimidação. No entanto, posteriormente, o “Tribunal Supremo” reverteu a sentença para violação, modificando as penas de 9 para 15 anos de prisão.⁴⁴

Desta forma, além da indignação pública gerada e dos protestos por todo o país em que eram reivindicadas mudanças na legislação, foi também impulsionado o debate sobre o consentimento e a proteção das vítimas de agressões sexuais (especialmente, as mulheres). Posto isto, o governo espanhol iniciou uma revisão legislativa e passou a prever, para os crimes sexuais, o modelo do consentimento, também denominado “solo sí es sí” ou “only yes means yes”.

O artigo 178.º, número 1, do Código Penal Espanhol tem, desde então, a seguinte redação: “1. Qualquer pessoa que pratique qualquer ato que viole a liberdade sexual de outra pessoa sem o seu consentimento será punida com uma sentença de prisão de um a quatro anos, como responsável por agressão sexual. Só será entendido que há consentimento quando ele se manifesta livremente por meio de atos que, à luz das circunstâncias do caso, expressam claramente a vontade da pessoa”.⁴⁵

No modelo do consentimento é, portanto, priorizado o consentimento claro, inequívoco e expresso de forma livre para qualquer interação sexual (podendo verificar-se verbalmente ou por meio de ações que demonstrem clara e evidentemente uma vontade afirmativa da pessoa envolvida).

Deste modo, qualquer ato sexual que não seja precedido de um consentimento ou no qual uma das partes fica em silêncio e sem reagir é interpretado como uma agressão sexual, pelo que apenas uma disposição interior favorável ao ato sexual e exteriorizada pode excluir a tipicidade da conduta⁴⁶, ou seja, a ausência de um “sim” claro equivale a um dissentimento.

⁴² La Sexta, 2017, disponível em https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/la-brutalidad-de-la-manada-desnudaron-violaron-y-le-robaron-el-movil-a-la-victima-para-evitar-que-pidiese-ayuda_201711135a09a3560cf2ebaa1677a6fc.html.

⁴³ El País, 2017, disponível em https://elpais.com/politica/2017/11/25/actualidad/1511633639_199059.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerrado.

⁴⁴ Anadolu Ajansi, 2023, disponível em <https://www.aa.com.tr/es/mundo/-por-qu%C3%A9-la-ley-solo-s%C3%AD-es-s%C3%AD-de-esp%C3%A1-est%C3%A1-dejando-a-delincuentes-libres/2941364>.

⁴⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630&p=20220907&tn=o> – tradução nossa.

⁴⁶ Caeiro, 2019, p. 648.

Apesar das inúmeras vantagens desta lei, essencialmente no que diz respeito às pessoas que veem a sua liberdade sexual violada, surgiram algumas críticas que se focam no potencial impacto negativo na presunção de inocência, na dificuldade de prova do consentimento e na possibilidade de uso indevido da legislação (nomeadamente, através de denúncias caluniosas)⁴⁷, o que pode levar à criminalização de atos sexuais consensuais em que a comunicação não foi clara.

3.2. Modelo do constrangimento

O modelo do constrangimento atualmente vigente em Portugal enfatiza o elemento de coerção exercida pelo agente sobre a vítima, que tem em vista obrigá-la a participar em atividades sexuais contra a sua vontade. Mas, como pudemos já observar, desde a primeira versão (de 1995) e até à última modificação (de 2023), o Código Penal sempre definiu a violação como a prática de atos sexuais contra a vontade da vítima, mediante o constrangimento – que inicialmente se cingia apenas à violência física ou ameaça grave, tornar inconsciente ou colocar na impossibilidade de resistir.

Ainda assim, embora a legislação penal nacional tenha tradicionalmente seguido o modelo do constrangimento, observa-se uma evolução especialmente em resposta a recomendações de órgãos internacionais de defesa de direitos humanos, que têm instigado à reflexão sobre a importância do consentimento livre da vítima no contexto dos crimes sexuais. Neste sentido, o GREVIO explicou no Relatório de avaliação das medidas legislativas adotadas por Portugal para concretizar as disposições da Convenção de Istambul, publicado em janeiro de 2019, que não concorda com a implementação do termo “constranger” e que as normas deveriam ter como elemento principal a ausência de consentimento livre por parte do ofendido: “A particular area of concern is the definition of rape which is not based only on the absence of freely given consent and requires the use of ‘constraint’”.⁴⁸

O constrangimento consiste num qualquer comportamento (como o emprego de violência física, psicológica ou moral) apto a levar a vítima a submeter-se a atos sexuais contra a sua vontade. Ou seja, trata-se da imposição da vontade do agente à vítima, através da utilização de meios, que resulta na anulação da sua capacidade de consentir livremente, com o objetivo de a submeter à prática sexual.

Isto posto, existir uma relação de causalidade (“relação meio/fim”⁴⁹) entre os meios de constrangimento utilizados pelo agente e as práticas sexuais é fundamental para a tipificação do crime de violação. Isto é, o constrangimento não deve ser um mero

⁴⁷ BBC, 2022, disponível em <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-62694510>.

⁴⁸ Conselho da Europa, 2019, p. 7, disponível em <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>.

⁴⁹ Dias, 2012, 724.

antecedente ou consequente dos atos sexuais, mas sim um elemento que os determina e os torna ilícitos porque se traduz no meio utilizado pelo agente para obter a submissão da vítima à prática dos atos sexuais (e à vontade deste), “impedindo a formulação e expressão de uma vontade própria, espontânea e, sobretudo, livre”⁵⁰.

Apesar das preocupações manifestadas pelo GREVIO, as alterações de 2019 ao Código Penal não eliminaram o termo “constranger”, mas antes destacaram também, no número 3, a necessidade de considerar a “vontade cognoscível” da vítima como elemento típico do crime de violação.

3.2.1. Vontade cognoscível

Com a redação de 2015, o preceito do artigo 164.^o focava-se no constrangimento como elemento central do crime de violação, sem fazer qualquer menção explícita ao consentimento ou dissentimento da vítima em relação aos atos praticados, o que gerava algumas dificuldades na aplicação da lei porque a caracterização do constrangimento podia ser complexa e subjetiva (especialmente devido à formulação “por meio não compreendido no número anterior”⁵¹).

Por isso, em 2019, numa tentativa de se alinhar com a Convenção de Istambul, o Código Penal introduziu no crime de violação a expressão “contra a vontade cognoscível”.

Para aferir se a prática sexual foi realizada contra a vontade da vítima – e tal como indica a Convenção de Istambul no seu artigo 36.^o, número 2⁵² –, é então necessário analisar as circunstâncias de cada caso concreto. Deste modo, a Convenção vai além do mero consentimento e afirma que a vontade da vítima deve ser interpretada no contexto em que a conduta sexual se verifica, porque situações semelhantes podem ter diferentes qualificações jurídicas, dependendo de fatores relevantes como, por exemplo, a relação entre as partes envolvidas, a vulnerabilidade da vítima e o contexto social. Assim, é ampliada a proteção das vítimas, reconhecendo que o consentimento pode ser viciado por diversos fatores, como coação, medo ou erro.

Neste âmbito, acrescenta Conceição Cunha que “serão de valorar todas as circunstâncias em que o comportamento se desenrola, tendo em conta, evidentemente, as regras da experiência relativas a relacionamentos interpessoais íntimos; sem preconceitos infundados, sem estigmas ou mitos do passado, mas atendendo às características dos intervenientes e a todo o contexto envolvente”.⁵³

⁵⁰ Aguiar, 2023, p. 31.

⁵¹ Art. 164.^o, n.º 2 do CP de 2015 – redação completa: Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

⁵² Art. 36.^o/2 da CI: “O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”.

⁵³ Cunha, 2021, p. 34.

Posto isto, se Portugal seguisse exatamente o que está previsto na Convenção, e que ratificou, a conduta sexual seria considerada ilícita se realizada sem o consentimento da vítima.

No entanto, não foi esse o entendimento do legislador, que introduziu a expressão “contra a vontade cognoscível” com a reforma de 2019 do Código Penal no n.º 3 do artigo 164.º, com a seguinte redação: “Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima”⁵⁴.

Tal como anteriormente referido, o legislador não foi muito preciso ao referir, na norma em análise, apenas o número 1, porque leva a crer que, neste, o conceito de constrangimento terá um significado diferente do que se aplica ao número 2, uma vez que a definição presente no terceiro número do artigo apenas terá incidência sobre o primeiro.

Outra dúvida que aqui se levanta é a de saber se qualquer relação sexual realizada por meio de violência, ainda que em concordância com a vontade da vítima, está abrangida pelo tipo de ilícito do número 2. Parece-nos que, tendo em conta a redação da norma, na parte de “constranger pelo meio”, ainda que se verifique o meio (violência ou ameaça grave), não haveria constrangimento. Quer isto dizer que, se existe uma clara concordância com a vontade da outra pessoa, a relação é consensual e, por isso, não se pode dizer que esta foi constrangida (porque implicaria já que a outra pessoa não quer/não consente).

A par desta falha na clareza do artigo, outro ponto negativo, a nosso ver, é que o constrangimento continua a fazer parte dos elementos típicos do crime de violação, sendo um requisito essencial para a configuração deste e mantendo-se a desconsideração da falta de consentimento livre como elemento principal do crime de violação (sendo que o facto de a atuação ser contrária à vontade da vítima não é suficiente para o preenchimento do tipo legal).

A palavra “cognoscível” deriva do latim “cognoscibile” e significa “que pode ser conhecido”, logo, no presente contexto, o agente deve conseguir perceber que a vítima não deseja a prática sexual. Quer isto dizer que, ainda que um indivíduo pratique algum dos atos sexuais enumerados nas alíneas do número 1 do artigo 164.º contra a vontade da vítima, essa pessoa não poderá ser condenada por violação de acordo com esse número do tipo legal se não era possível conhecer/representar a recusa daquele que vê a sua liberdade sexual lesada.

Paralelamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de setembro de 2022, mencionou que “[o] tipo subjetivo de ilícito admite qualquer das suas formas

⁵⁴ Art. 164.º, n.º 3 do CP.

contempladas no art.14.º do Código Penal, ou seja, direto, necessário ou eventual, mas o agente deve representar a oposição da vontade da vítima.”⁵⁵

A alteração instituída pela Lei n.º 101/2019 de 6 de setembro teve por base, de acordo com Anabela Miranda Rodrigues – e com a qual concordamos –, um “modelo «inacabado» de dissentimento”, visto que o constrangimento se basta com o dissentimento da vítima (“a prática de atos de cariz sexual suscetíveis de integrar as incriminações em causa tem de ocorrer contra a vontade da vítima”) e que esse dissentimento se constata na “oposição íntima séria da vítima ao ato sexual”.⁵⁶

No nosso entender, é apenas neste contexto que poderá fazer sentido a distinção, na definição de constrangimento presente no último número, entre o número 1 e o número 2 do artigo 164.º, ou seja, o segundo número está preenchido, independentemente da resistência da vítima, se o agente recorrer a algum dos meios elencados nesse número – isto é, a prática sexual deve ser constrangida e tem de haver violência, ameaça grave, colocação na impossibilidade de resistir ou tornar inconsciente, partindo-se do princípio de que a prática com recurso a estes meios é contra a vontade da vítima, salvo prova em contrário.

3.3. Modelo do dissentimento

O termo “vontade cognoscível” teve origem na Alemanha, que, em 2016, aprovou uma reforma parcial dos crimes sexuais previstos no seu Código Penal⁵⁷ e passou a prever o modelo do dissentimento, através do qual procedeu à introdução da expressão “vontade reconhecível”.⁵⁸ Este modelo em muito se equipara ao modelo do constrangimento português, com a diferença de que este (modelo do dissentimento) não exige qualquer meio de constrangimento, bastando o dissentimento da vítima.

Anteriormente, o crime de violação no Código Penal Alemão (StGB) exigia que a vítima fosse coagida a realizar atos sexuais através de força física, ameaça de violência ou abuso de uma situação de vulnerabilidade. Assim, antes da reforma, a legislação não reconhecia explicitamente o dissentimento verbal (o “não”) como um limite à realização dos atos sexuais.

Neste sentido, começaram a surgir movimentos que demonstravam o descontentamento popular em relação à legislação vigente até 2016 e os efeitos que tinha

⁵⁵ Ac. STJ, 08/09/2022, proc. n.º 205/20.8JASTB.L1.S1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3e35fafbb137bb2f802588b8002eba44?OpenDocument>.

⁵⁶ Rodrigues, 2021, p. 288.

⁵⁷ https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2015_SchutzSexuelleSelbstbestimmung.html.

⁵⁸ Redação completa do art. 177, n.º 1 do StGB: “(1) Quem, contra uma vontade reconhecível, realiza atos sexuais sobre essa pessoa ou faz com que essa pessoa realize atos sexuais sobre ela, ou, ou faz com que essa pessoa realize ou aceite atos sexuais realizados em ou por uma terceira pessoa incorre numa pena de prisão por um período entre seis meses e cinco anos” – tradução nossa.

na jurisprudência, no entanto, a necessidade de alterações ao texto legal dos crimes sexuais (mais especificamente, uma definição mais clara de dissentimento e de constrangimento) intensificou-se com os acontecimentos em Colónia.

Isto porque, na noite de 31 de dezembro de 2015 e madrugada de 1 de janeiro de 2016, diversas cidades alemãs (em especial, a cidade de Colónia) foram palco de uma série de agressões sexuais contra mulheres. Foi noticiado que mais de 1000 homens jovens participaram neste incidente e que as vítimas abrangiam pelo menos 500 mulheres.⁵⁹

Os relatos que surgiram apontaram para ataques em locais públicos onde se realizava a celebração da passagem de ano, e nos quais os agressores, descritos como jovens e em grupos, cercaram e atacaram mulheres, furtando-lhes os bens pessoais, tocando-lhe em zonas íntimas e, em alguns casos, violando-as.⁶⁰

Este evento gerou uma onda de indignação e debate na Alemanha e foram levantadas questões relativas à eficácia da legislação (que vigorava naquela altura) na proteção das vítimas de crimes sexuais e na responsabilização dos agentes, o que levou a que o governo alemão respondesse às demandas por justiça e segurança através da implementação de uma série de alterações ao respetivo Código Penal.

A reforma de 2016 foi aprovada com celeridade – o que pode, todavia, ter impedido uma análise mais profunda e abrangente dos crimes sexuais no StGB – e a partir desta implementação foi abandonado o modelo tradicional baseado no constrangimento físico ou na ameaça de violência e passou a ser criminalizada a prática sexual praticada contra a “vontade reconhecível”⁶¹ da vítima. Desta forma, a definição de violação foi ampliada para incluir o dissentimento da vítima, o que significa que, mesmo que não exista violência física ou ameaça de violência, o ato sexual é considerado violação, sendo suficiente o dissentimento (tendo sido aplicado, desde então, o modelo do dissentimento neste país).

A vontade qualificada como “reconhecível” – e de acordo com a interpretação adotada por Pedro Caeiro relativamente à palavra “cognoscível”, quando afirma que “[o] padrão é o do homem médio colocado na posição do agente”⁶² – refere-se à vontade que o cidadão médio, nas circunstâncias em que se encontrava o agente, poderia reconhecer como contrária à prática sexual.

Portanto, assumiu o legislador alemão que a recusa pode ser expressa de diversas formas, pelo que a vontade da pessoa que sofre esta ofensa deve ser expressa de forma

⁵⁹ The Guardian, 2016, disponível em <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/05/germany-crisis-cologne-new-years-eve-sex-attacks>.

⁶⁰ BBC, 2016, disponível em <https://www.bbc.com/news/world-europe-35250903> e Observador, 2016, disponível em <https://observador.pt/2016/01/12/abusos-sexuais-grande-escala-colonia-nao-fenomeno-isolado/>.

⁶¹ Art. 177.º, n.º 1 do StGB.

⁶² Caeiro, 2019, 651.

clara, inequívoca e perceptível, verbalmente ou através de linguagem corporal, deixando de ser necessário provar que a vítima se opôs fisicamente ao ato sexual.

Esta nova redação acaba, todavia, por ser suscetível de diversas críticas.

Primeiro, continua a ser imposta uma conduta à vítima (que Pedro Caeiro refere como um “ônus mínimo de auto-protecção dos seus interesses”⁶³), o que leva a que sejam deixadas de fora situações em que a reação da vítima se traduz em silêncio – ou pelo menos conduz a que existam dúvidas sobre a punição destes casos em que a vítima não reage ou em que a sua atitude é ambígua ou de incerteza –, sendo que, aqui, a sua não atuação é interpretada como consentimento, a não ser que se trate de um “momento de surpresa” que é já abrangido pelo número 3 do artigo 177 do StGB.

Esta é uma questão levantada também no relatório do GREVIO: “GREVIO considers that such a wording is not sufficient to definitively break away from the longstanding practice of Portuguese courts to require proof of the victim’s resistance in order to sentence the perpetrator”.⁶⁴

No que a este assunto diz respeito, desde que foi aprovado o primeiro Código Penal Português (em 1852), nunca fez parte do texto do tipo legal de violação uma resistência da vítima, não sendo esta obrigada a reagir fisicamente para que se considere verificado o crime. Porém, esta preocupação do GREVIO resulta do facto de que, até há pouco tempo, muitas decisões judiciais exigiam uma oposição física da pessoa ofendida, como foi o caso do já referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 2011⁶⁵, que indicou:

A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade, de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes para se julgar verificado o crime de Violação.

*Não basta uma platónica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte.*⁶⁶

Em comentário a este acórdão, Clara Sottomayor é perentória a criticar a imposição deste ónus de resistência às vítimas, bem no nosso entender, e afirma que é “como se a vítima, se não defender o seu corpo e a sua autonomia com energia, agredindo o violador,

⁶³ *Ibidem*, p. 652.

⁶⁴ Conselho da Europa, 2019, p. 49.

⁶⁵ Ac. TRP, 13/04/2011, proc. n.º 476/09.OPBBGC.P1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>.

⁶⁶ Em comentário a este acórdão (in Cunha, 2011, p. 477), Conceição Cunha afirma que esta é uma exigência que não consta do tipo legal de crime (note-se, mesmo antes da alteração de 2015, que era a versão que vigorava ao tempo do acórdão), uma vez que “nem a reacção da vítima nem a contra-reacção do agente são elementos típicos, ou seja, em parte alguma o tipo legal de crime de violação exige que haja uma luta entre agente e vítima! Exige, sim, que sejam empregues meios de constrangimento da vítima, nos quais se inclui a violência, o que é mais do que suficiente para haver lesão do bem jurídico que se pretende tutelar — a liberdade sexual. Na verdade, exigir esta luta poderia até deixar de parte (não criminalizar) os casos mais graves — ou seja, aqueles em que a violência exercida é tão grave que praticamente neutraliza ou paralisa a vítima e/ou em que a vítima está tão fragilizada (física e/ou psiquicamente) que não consegue reagir”.

merecesse ser violada ou a sua liberdade sexual deixasse de ser tutelada pelo direito penal”⁶⁷.

Atualmente, em Portugal, podemos retirar da expressão “contra a vontade cognoscível”⁶⁸ que é pressuposto o dissentimento da vítima⁶⁹ e uma exteriorização desse dissentimento, que pode ser expresso verbal ou não verbalmente. Todavia, este dissentimento não tem de ser ruidoso e ostensivo – assim menciona Conceição Cunha que “não se deverá exigir um dissentimento ostensivo para haver preenchimento do tipo de crime (mesmo com a atual formulação), tal como não será exigível um consentimento ostensivo para se excluir a tipicidade”⁷⁰.

Posto isto, veremos adiante que a jurisprudência mais recente tem já considerado que impor à vítima uma oposição física para que se considere preenchido o artigo 164.º seria colocar sobre ela um ónus excessivo.

Importa salientar que, por um lado, a superação do ónus da resistência física da vítima neste crime permite verificar uma maior sensibilização dos tribunais perante a vulnerabilidade, o medo e o pânico a que as vítimas podem estar sujeitas no momento da prática do crime e garantir uma melhor proteção dos direitos das vítimas de violência sexual, construindo uma sociedade mais justa e igualitária.

Por outro lado, no nosso entender, esta obrigação de resistência física, além de ser incompatível com a Convenção de Istambul (da qual Portugal é signatário), violaria o princípio da tipicidade, reforçaria estereótipos machistas que responsabilizam a vítima pela violência sofrida e dificultaria a responsabilização penal dos agressores, exacerbando a impunidade destes em diversos casos de violência sexual.

3.4. O problema do dolo

Com a redação atual do nosso Código Penal, o ofendido deve provar que, além de não ter consentido no ato, demonstrou a sua recusa ao agente e foi constrangido (acontecimentos que não têm de ser verificados necessariamente por esta ordem), o que pode ser difícil, nomeadamente em casos de paralisação da vítima. Neste aspeto, adita ainda Conceição Cunha que “a distribuição do risco, já pelo facto de se tratar de crime doloso, que geralmente ocorre em ambientes privados, e ainda tendo em conta o princípio *in dubio pro reo*, corre contra a vítima, sendo difícil provar o seu dissentimento”.⁷¹

Além disso, o artigo 13.º do CP indica que “[s]ó é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”, logo, uma vez que o tipo

⁶⁷ Sottomayor, 2011, p. 275.

⁶⁸ Art. 164.º, n.º 3 do CP.

⁶⁹ Pedro Caeiro, p. 650.

⁷⁰ Cunha, 2021, p. 34.

⁷¹ *Ibidem*, p. 32.

legal de violação (tal como os restantes crimes sexuais) não faz qualquer referência a uma possibilidade de que este crime seja praticado com negligência, é exigida qualquer forma de dolo.

O dolo é, portanto, o elemento subjetivo do crime de violação e pressupõe, por parte do agente, o conhecimento da factualidade típica, isto é, a representação correta da situação (o agente deve ter consciência de que a vítima não consente no ato sexual). Quer isto dizer que, caso o agressor não tenha percebido que está a atuar contra a vontade da vítima ou caso haja dúvidas sobre se o agente representou essa situação, vigora o princípio *in dubio pro reo* e, portanto, não haveria responsabilização penal.

Consequentemente, se o dolo já faz parte dos elementos típicos para a verificação do crime de violação, a exigência de cognoscibilidade – isto é, o pressuposto de que a recusa interna da vítima seja perceptível (fosse possível representar) para a pessoa razoável colocada naquelas circunstâncias – acaba por se tornar redundante.

3.4.1. A negligência

A cognoscibilidade deve ser averiguada através do critério da pessoa razoável colocada naquelas circunstâncias, ou seja, averiguar se essa pessoa poderia ter reconhecido a oposição da vítima. Mas imaginemos uma situação hipotética em que a vítima fica em pânico e imóvel, deixando que a relação sexual se inicie, sem proferir qualquer dissentimento, mas o agente não se apercebe e, pensando que aquele silêncio significava consentimento, continua a realizar a prática sexual.

Se, neste caso, a vontade da vítima fosse cognoscível para a pessoa razoável (ou seja, se uma pessoa razoável se teria apercebido que a vítima estava em pânico e que não queria que o ato sexual se realizasse ou prosseguisse – por exemplo, porque a vítima começou a tremer ou a suar, manteve-se rígida, não participou no ato sexual, ficou com uma expressão de medo, etc.) e se pudéssemos concluir que o agente não se apercebeu porque foi descuidado em relação à outra parte, então parece que este poderia ser responsabilizado penalmente.

Porém, não se conseguindo provar que o agente de facto representou o pânico em que a vítima se encontrava, isto implicaria a punição de uma conduta negligente. Portanto, se o agente nem sequer representou que a sua conduta iria levar àquele resultado, mas tal era cognoscível (ou seja, havia possibilidade de ter representado porque a pessoa razoável, na mesma situação, poderia ter reconhecido), estaria aqui em causa uma negligência inconsciente – em que não existe o elemento intelectual do dolo (representar que a vítima não queria e praticar os atos sexuais ou representar como possível essa vontade contrária da vítima e, conformando-se com tal hipótese, praticar os atos – “o conhecimento,

previsão ou representação por parte do agente, dos elementos materiais constitutivos do tipo objetivo do ilícito”⁷²).

No entanto, sabemos que, pelo já mencionado artigo 13.º do Código Penal, os crimes só são puníveis a título de negligência se assim estiver expressamente previsto e, embora a palavra “cognoscível” possa levar à interpretação referida, não nos parece que se possa considerar que se tratou de uma previsão expressa, nem que tenha sido esta a intenção do legislador – isto é, no nosso entender, ao acrescentar a expressão “cognoscível” o legislador não teve o intuito de alargar a punibilidade do crime de violação às situações de negligência, até pelo contrário: terá tido intenção de o delimitar às situações em que a oposição da vítima é perceptível; se nas circunstâncias não for reconhecível, não pode haver crime.

Só que esta premissa já estava assegurada pelo próprio facto de o crime de violação ser doloso, isto é, já se deveria provar, não a cognoscibilidade, mas que o agente se apercebeu, que tinha o elemento intelectual do dolo (ter representado que a vítima não queria, que teria uma vontade negativa).

Em suma, sempre que se verifique um erro quanto à factualidade típica⁷³ – portanto, nos casos em que seja perceptível que a vítima não queria praticar (ou sofrer) atos sexuais, mas não se conseguiu provar o dolo do agente –, não há crime porque fica excluído o dolo, por isso, questionamos se não faria sentido e teria relevância criminalizar a negligência grosseira (obviamente com moldura inferior à do crime doloso), de forma a punir erros manifestamente grosseiros e conferir à expressão “vontade cognoscível da vítima” algum efeito útil.⁷⁴

Clara Sottomayor defende que, “numa perspectiva de *iure constituendo*, a violação negligente deve ser punida tal como é punido o homicídio negligente, pois a falta de cuidado quanto ao consentimento livre da vítima e a omissão de deveres de respeito e de indagação desse consentimento revelam uma atitude de indiferença do agente a bens jurídicos que a sociedade considera fundamentais e provoca danos psíquicos nas vítimas”⁷⁵.

Importa também perceber que, mesmo em sentido contrário, esta redação não parece ter sido muito feliz. Para melhor ilustrar este ponto, vejamos o seguinte caso: o agente (por já a conhecer, ter conhecimento do seu tipo de relações, etc.) sabe que a vontade da vítima era contrária à relação sexual, todavia, uma pessoa razoável, colocada naquelas circunstâncias, poderia não se aperceber da situação – ou seja, objetivamente,

⁷² Acórdão do TRL, 05/05/2022, proc. n.º 652/21.8PEAMD.L1-9. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dd7fb1d0dc5e0ecd80258847003bab59?OpenDocument>.

⁷³ Sobre este tema, ver Figueiredo Dias, 2019, p. 416 e Taipa de Carvalho, 2022, pp. 329-332.

⁷⁴ Neste sentido, também Cunha, 2021, p. 33.

⁷⁵ Sottomayor, 2011, p. 313.

não era cognoscível, mas aquele agente sabia. Neste caso, o agente atua com dolo, mas, seguindo a letra da lei, não sendo cognoscível, não há crime, o que nos parece criticável.⁷⁶

Em resposta a este problema, além da eliminação do termo “cognoscível” do número 3 do artigo 164.º do Código Penal, poderia ser sublinhada a importância de ter em conta as circunstâncias envolventes para a prova dos factos, tal como prevê a Convenção de Istambul.

Do nosso ponto de vista, a expressão “vontade cognoscível” veio complicar em vez de ajudar a esclarecer as situações enquadráveis no crime de violação, sendo que, por um lado, parece que alarga o tipo legal de crime às situações em que o agente não representou, embora fosse possível representar (a oposição da vítima), mas não é isso o que acontece porque o crime não é punível a título de negligência; na verdade, pode acabar por restringir o seu âmbito de aplicação, dado que parece que, para além de o agente saber/ter reconhecido a vontade negativa da vítima, esta tinha que ser cognoscível para a pessoa razoável.

4. O silêncio

4.1. Interpretação de acordo com os modelos

Nos modelos analisados supra, a prática sexual é ilícita, resumidamente, quando: é utilizado algum meio de constrangimento e existe uma vontade contrária reconhecível (modelo do constrangimento); nos casos em que a outra parte não tenha consentido expressamente (modelo do consentimento); ou quando se verifica uma oposição expressa, p. ex. através de palavras ou gestos (modelo do dissentimento).

No entanto, importa saber como é tratada, por estes modelos, a ausência de reação (silêncio/passividade) de uma das partes, isto é, quando não pode ser reconhecível qualquer vontade por parte dessa pessoa.

Se o modelo do dissentimento (bem como o modelo do constrangimento) exige, para haver um crime de violação, que o agente prossiga com a atividade sexual mesmo depois de a vítima ter expressado um dissentimento (de forma física ou verbal: deve haver algum tipo de manifestação de recusa, que tanto se pode traduzir numa expressão corporal ou facial como em palavras), o silêncio da vítima representará uma ausência de dissentimento caso a vontade não seja reconhecível (já não será assim se a passividade refletir uma expressão ou rigidez corporal em que pode ser cognoscível que a vítima está em pânico, p. ex.) – o que significa que, além de não ser possível provar que a vítima manifestou não querer aquele ato sexual (e aqui, o ónus da prova recairia sobre a vítima que deveria

⁷⁶ Neste sentido, Cunha, 2021, p. 33.

demonstrar que manifestou que não pretendia a realização do ato sexual), a prática sexual que se realize perante esse (não) comportamento não é considerada ilícita.

Já para o modelo do consentimento, a ausência de resistência e a falta de uma ação de repulsa não é suficiente para determinar o consentimento explícito ou válido, devendo verificar-se uma manifestação afirmativa clara e voluntária.

Posto isto, o modelo do consentimento parece ser o que melhor protege as vítimas de violação (especialmente na sua autonomia sexual) que não se manifestam e permanecem em silêncio, embora a sua vontade fosse contrária ou indiferente à prática sexual. No entanto, são levantadas algumas questões.

Por isso mesmo, Pedro Caeiro apresentou um caso hipotético: “Suponhamos que A e B se conhecem num lugar público e, passadas algumas horas, concordam em ir para casa de A. Aí chegados, beijam-se e abraçam-se. B, todavia, encontra-se num estado íntimo de indecisão relativamente à prática de actos sexuais. A percebe que B se encontra naquele estado de indecisão. Ainda assim, assume o risco de avançar e começa a despir B, embora esteja disposto a parar se B assim o desejar. Nesse momento, B decide que não quer manter práticas sexuais com A, recolhe as suas roupas num ápice e abandona repentinamente a casa.”⁷⁷

Perante esta situação, as respostas dos modelos do dissentimento e do constrangimento são idênticas, isto é, não existindo qualquer oposição reconhecível, o estado de indecisão é interpretado como um consentimento para estes modelos (ou um não dissentimento), sendo excluída a tipicidade e não se considerando verificada uma tentativa do crime de violação ou de coação sexual.

Em sentido contrário, sob a ótica do modelo do consentimento, a conduta de A poderia ser interpretada como tentativa de violação ou de coação sexual, uma vez que B não expressou qualquer assentimento (verbal ou não verbal) para a prática sexual e A praticou atos de execução. Nesta perspetiva, a indecisão de B configura uma ausência de consentimento, pelo que estaria em causa uma tentativa de violação ou de coação sexual e A teria agido com dolo eventual, dado que representou esta ausência de consentimento de B (indecisão) e conformou-se com essa hipótese, tendo assumido “o risco de avançar e começar a despir B”.

Consequentemente, Pedro Caeiro afirma que punir A por tentativa de violação (ou de coação sexual) seria “inadequado e desproporcional”, uma vez que não há desvalor da ação, isto é, a intenção de A era manter relações sexuais com B, mas não contra uma não vontade.⁷⁸

⁷⁷ Caeiro, 2019, p. 649.

⁷⁸ *Ibidem*.

Portanto, parece-nos que A pretendia recuar apenas perante um dissentimento de B. Mas, perante uma situação de não reação da vítima, deve o agente poder escolher se pretende ou não prosseguir para a prática de atos sexuais? Isto é, que este decida se quer interpretar aquele silêncio como um consentimento ou como um dissentimento? Especialmente em casos em que as pessoas são praticamente desconhecidas, não deveria o agente ativamente interessado na relação sexual tentar perceber qual o sentido desse silêncio/passividade da outra parte? Isto é, quando duas pessoas não se conhecem, apesar de já se terem beijado, será razoável aceitar que, no silêncio/indecisão/não reação de uma, a outra possa pressupor que existe um consentimento implícito?

Conceição Cunha, com a qual concordamos, evidencia que “a passividade da outra parte, o seu silêncio, tanto pode ser consequência de indecisão, aceitação passiva, tolerância, como de medo ou mesmo pânico”⁷⁹.

Também alguma jurisprudência mais recente tem vindo a refletir sobre estas situações, em especial, a passividade da vítima que deriva do medo:

- Em 2023, o Tribunal da Relação de Coimbra estabeleceu que “[a] inexistência de qualquer reacção ou resistência de uma vítima de violência sexual radica no facto de estar a sentir a agressão como uma ofensa à sua integridade física, ou mesmo à sua vida, pelo que adopta um comportamento orientado para a sua preservação, podendo optar por diferentes estratégias de sobrevivência” e que “a maioria das vítimas relata que teve medo de ser fisicamente agredida ou morta, pelo que não ofereceu resistência”.⁸⁰

- Em 2022, um acórdão do Tribunal da Relação do Porto reforçou que “qualquer estudo de psicologia e sociologia nos ensina que muitas vezes o silêncio, passividade ou mesmo colaboração da vítima são motivadas por um consentimento constrangido”.⁸¹

- Em 2019, foi a jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa que reconheceu que “está hoje já estabelecido pela Psicologia que a ausência de resistência física por parte da vítima não pode ser considerada como uma forma de aceitação ou consentimento da agressão, mas pelo contrário expressa apenas o desejo de sobreviver a uma situação cujo controle não detém e relativamente à qual experimenta um sentimento de completa impotência”.⁸²

- Mas também, já em 2003, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos se pronunciou sobre a ausência de resistência: “os Estados-Membros do Conselho da Europa

⁷⁹ Cunha, 2021, p. 29.

⁸⁰ Ac. TRC, 07/06/2023, proc. n.º 793/21.1JALRA.C1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/99f55eca540d33fc802589d3004e8cf6?OpenDocument>.

⁸¹ Ac. TRP, 21/09/2022, proc. n.º 3006/20.0JAPRT.P1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ffb833411206f524802588d3003789ab?OpenDocument>.

⁸² Ac. TRL, 12/06/2019, proc. n.º 473/16.0JAPDL.L1-3. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a702496a92a5e7518025841c0055094b?OpenDocument&fbclid=IwAR2MVvLnC3ruwN9TunkeNYmyaeI5t8zalU4WSiGTxDxmDrgjeD1MapZ3KKs>

concordaram que a penalização dos actos sexuais não consensuais, independentemente de a vítima ter resistido ou não, era necessária para a protecção eficaz das mulheres contra a violência e apelou à implementação de novas reformas nesta área” e, por isso, “qualquer penetração sexual sem o consentimento da vítima constituía violação, reflectindo uma tendência universal no sentido de considerar a falta de consentimento como o elemento essencial da violação e do abuso sexual”.⁸³ Dá assim a entender que os Estados que ratificaram a Convenção de Istambul devem cumprir o texto nela elencado, mas especificamente, quanto à caracterização dos crimes sexuais como sendo praticados sem o consentimento da vítima.

4.2. Modelo do consentimento livre

Ao adotar o modelo do constrangimento, o Código Penal apresenta lacunas na proteção da vítima em situações de indecisão ou paralisia, o que demonstra a necessidade de revisão e aperfeiçoamento da legislação para garantir a efetiva tutela da liberdade sexual.

Mais uma vez, demonstramos o nosso desagrado pela ausência de concordância do legislador português com o legislador internacional, mais especificamente, no que diz respeito ao texto da Convenção de Istambul, que nos parece ser adequado.

Percebemos que, perante uma situação como a ilustrada por Pedro Caeiro, exista algum receio relativo à responsabilização do agente (visto que este respeitou a vontade da vítima assim que esta a manifestou com clareza), nomeadamente porque isto retiraria alguma naturalidade às relações e possibilitaria falsas denúncias. Mas o Modelo do Consentimento Livre (elencado na Convenção) levaria necessariamente à responsabilização de um caso destes?

Diz-nos o artigo 36.º, n.º 2 da Convenção de Istambul: “O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”. Por isso, importa, tal como sugere a norma, ter em conta a normalidade do desenvolvimento das relações entre as pessoas, ou seja, para querer uma relação sexual não tem cada parte de cumprir um padrão de exteriorização dessa vontade.

Se, por um lado, há pessoas que são mais expressivas e expansivas, outras são mais tímidas e preferem deixar que a relação se vá desenvolvendo sem se exprimirem tanto. Desta forma, o “sim” ou “não” tanto pode ser expresso de forma mais entusiasta, expressa e clara como de uma forma mais subtil. No nosso entender, assim como explicita o texto

⁸³ Ac. TEDH, 04/12/2003, Caso M.C. vs. Bulgária. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-104387%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-104387%22]}).

legal internacional, cada situação deve ser interpretada de acordo com as circunstâncias envolventes, as circunstâncias concretas.⁸⁴

Por exemplo, se a pessoa está indecisa quanto aos atos de especial relevo, mas sente-se confortável em deixar que a outra continue a despi-la ou a acariciá-la, tendo em mente que, se entretanto decidir que não pretende prosseguir com a prática sexual, dissenterá, até esse momento, no nosso entender, está a consentir tacitamente. O mesmo acontece quando, embora em silêncio, existe uma colaboração ou cooperação na prática dos atos sexuais ou precedentes.⁸⁵

Todavia, existem situações (já referidas supra) em que a vítima não reage porque fica com medo, pânico, ...

No artigo *Neuroscience evidence counters a rape myth*, Patrick Haggard (neurocientista cognitivo e professor de neurociência cognitiva na *University College London*) e Ebani Dhawan (mestre em bioética) explicam que 70% das 287 mulheres que fizeram parte do estudo relataram ter apresentado imobilidade tónica⁸⁶ – que ocorre também com algumas espécies de animais, nomeadamente, “imobilidade tónica (imobilidade prolongada com uma postura fixa) ou imobilidade colapsada (caracterizada pela perda de tónus muscular)”⁸⁷ –, o que acontece “devido a uma resposta neural involuntária à ameaça que bloqueia os circuitos cerebrais que fornecem controlo voluntário sobre o movimento corporal”⁸⁸.

Logo, esta paralisação nunca poderia ser interpretada como um consentimento, uma vez que se trata de uma resposta involuntária do sistema nervoso⁸⁹, pelo que, atendendo às circunstâncias – e tendo estas sido provadas –, do nosso ponto de vista, este silêncio, passividade e imobilidade deve valer como um “não”, um dissentimento (ou a ausência de um consentimento ou vontade positiva para a prática sexual).

A prova, nestes casos, é um grande problema, que não desenvolveremos muito, mas pensamos ser importante referir que partilhamos da ideia de Teresa Beleza que evidencia que a prova dos factos será difícil, “mas não mais do que em muitos outros crimes (como, justamente, pode suceder com a violação de domicílio)”⁹⁰. Importa, neste seguimento, sublinhar também a diferença de tratamento entre a entrada em casa alheia e a “entrada em corpo alheio”⁹¹, sendo que no crime de violação de domicílio basta a ausência de

⁸⁴ Neste sentido, também Cunha, 2021, p. 34.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 31 e 35.

⁸⁶ Haggard e Dhawan, 2023, p. 2.

⁸⁷ *Ibidem* – tradução nossa.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 1 – tradução nossa.

⁸⁹ Galliano, 1993, p. 112.

⁹⁰ Beleza, 2016, p. 25.

A autora acrescenta que “Há muitos crimes na nossa lei penal em que as dificuldades de prova são notórias (dos factos ou da intenção com que são praticados) mas isso não impede o CP de os manter ou até alargar no seu catálogo de factos incriminados, em alguns casos com penas de acentuada severidade” – *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, p. 22.

consentimento ou autorização de quem de direito para estar preenchido o tipo legal, ao contrário do artigo 164.º do CP que exige uma vontade contrária e cognoscível.

A este propósito, Conceição Cunha aproveita para fazer algumas associações entre casos de silêncio na violação de domicílio e na violação (sexual). Primeiramente, explica que, se o dono abre a porta e, embora sem um convite entusiasta, deixar a pessoa entrar, parece existir consentimento – a não ser que essa passividade denote medo ou pânico (e o mesmo se aplica à ausência de resistência no crime de violação). Também pode o dono da casa deixar uma pessoa entrar para uma divisão, mas não a deixar ir para outra ou, a qualquer momento, decidir que a outra pessoa deve sair (tal como, para a prática de atos sexuais, cada indivíduo deve poder impor limites, consentir apenas em determinadas práticas e revogar o seu consentimento sempre que assim o pretender).⁹²

Posto isto, reforçamos que, no nosso entender, seria adequado aplicar à legislação portuguesa o modelo do consentimento livre da Convenção de Istambul. Assim, deveria o consentimento ser livre, voluntário e revogável a qualquer momento, além de poder ser prestado quer verbalmente como através de gestos e atitudes, devendo sempre ser prestada uma especial atenção às circunstâncias envolventes em cada caso concreto.

⁹² Cunha, 2021, p. 30.

Conclusão

As reformas legislativas têm sido implementadas para fortalecer a proteção das vítimas e expandir as definições legais, no entanto, estas alterações tanto revelam progresso, como lacunas.

A partir de 1995, o Código Penal nacional deixou de enquadrar os crimes sexuais nos crimes contra os sentimentos comunitários de moralidade sexual e passou a denominá-los crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Pelo que reforçou a importância da liberdade sexual das vítimas e deixou de punir atos sexuais praticados com o consentimento das partes (quando se tratar de adultos capazes).

No entanto, continuou a ser exigida à vítima um conjunto de requisitos que se devem verificar durante a prática sexual para que haja lugar à punição.

Em primeiro lugar, antes da revisão de 2015, para haver crime, os atos sexuais teriam de ser praticados através dos meios de constrangimento enumerados: violência, ameaça grave, colocação da vítima na impossibilidade de resistir e tê-la tornado inconsciente para esse fim (redação que suscitou divergências doutrinárias e jurisprudenciais especialmente devido à definição dos conceitos que nela se inserem). Isto significa, pois, que era deixada de lado a proteção da liberdade sexual das vítimas que tivessem sido constrangidas por qualquer outro meio.

Mais tarde, ratificada a Convenção de Istambul – que impõe a criminalização de qualquer ato sexual praticado sem o consentimento livre da vítima –, houve lugar à revisão de 2015, que passou a contemplar no número 2 a criminalização o constrangimento “por meio não compreendido no número anterior”. O facto de o número 1 continuar a contemplar as formas mais graves de constrangimento fazia parecer que essa seria a verdadeira forma do crime de violação e que a do número seguinte se referia a casos atenuados.

Este problema foi corrigido em 2019 que, no entanto, levantou outra questão ao implementar a “cognoscibilidade da vontade contrária da vítima” como elemento fundamental para podermos considerar que houve constrangimento na norma do número 1. Esta redação, por um lado, é redundante, uma vez que os crimes sexuais são dolosos.

Por outro lado, a letra da lei leva-nos a cogitar a possibilidade da punição por negligência (grosseira – não sendo plausível, no nosso entender, punir outra forma) e, embora não nos pareça que seja essa a intenção do legislador, acreditamos que poderia fazer sentido implementar essa criminalização em casos de erros muito grosseiros, isto é, quando a vontade da vítima era evidente.

Por fim, circunstâncias em que a vítima fica em silêncio e não reage (e não se verificou qualquer meio de constrangimento previsto no número 2) colocam graves dúvidas.

Face ao exposto, no nosso entender, deveria ser excluída a exigência de constrangimento e a expressão “vontade cognoscível da vítima” e seria eficaz para resolver estas questões o modelo implementado pela Convenção de Istambul, que consagra que devem ser criminalizados os atos sexuais praticados sem o consentimento livre e voluntário da vítima e que cada caso deve ser interpretado tendo em conta o contexto das circunstâncias envolvente.

Bibliografia

- AGUIAR B. (2023). O consentimento nos crimes sexuais: Algumas questões a propósito da solução do ordenamento jurídico português. *Miscellanea APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima)*, n.º 18, pp. 27-37. https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/3271-apav-apresenta-numero-18-da-revista-miscellanea.
- ALBUQUERQUE, P. P. de (2022). *Comentário do Código Penal – À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 716-738.
- Ajansi, A. (julho de 2023). ¿Por qué la ley “solo sí es sí” de España está dejando a delincuentes libres? <https://www.aa.com.tr/es/mundo/-por-qu%C3%A9-la-ley-solo-s%C3%AD-es-s%C3%AD-de-esp%C3%A1a-est%C3%A1-dejando-a-delincuentes-libres/2941364>.
- Assembleia da República. (1998, 13 de março). *Debate parlamentar sobre a proposta de lei n.º 160/VII – Altera o Código Penal e do projecto de lei n.º 403/VII - Altera disposições do Código Penal relativas ao princípio da extraterritorialidade, ao abuso sexual de menores, outros crimes sexuais e à liberdade de imprensa, e adita disposições relativas a ilícitos penais laborais (PCP)*, Lisboa, pp. 1625-1626. <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/07/03/048/1998-03-12?sft=true&pgs=1635&org=PLC&plcdf=true#p1626>.
- BBC News Mundo. (26 de agosto de 2022). Solo sí es sí: En qué consiste la nueva y polémica ley de consentimiento sexual en España. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-62694510>.
- BBC News World. (7 de janeiro de 2016). Cologne sex attacks: Women describe “terrible” assaults. <https://www.bbc.com/news/world-europe-35250903>.
- BELEZA, Teresa Pizarro. (2016). “Consent – It’s as simple as tea”: Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação. In *Combate à violência de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 17-26. Porto: Universidade Católica Editora.
- BELEZA, T. P. (dezembro de 2022). Violação e morte a pedido: Consentimento e liberdade. *Legibus – Revista de Direito da Universidade Lusófona Lisboa*, n.º 4, pp. 41-51.
- CAEIRO, P. (junho de 2019). Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de perseguição e violência doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias), pp. 631-679. <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765231524254454e51566b51765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334e686279396c4f5451794d5449784e43316d4d54526d4c5451304e6a51744f4449334f5330314e475a6c5a544a6c5a6d4d304e6a6b756347526d&fich=e9421214-f14f-4464-8279-54fee2efc469.pdf&Inline=true>.
- CARVALHO, A. T. de (2022). *Direito penal, Parte geral – Questões fundamentais, teoria geral do crime*, 4.^a ed. Universidade Católica Editora, pp. 329-332.

- Conselho da Europa. (2019). Baseline evaluation report. Portugal, GREVIO. <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>.
- CUNHA, C. (julho a setembro de 2011). Conceito de violência no crime de violação. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/4/2011. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, pp. 441-479.
- CUNHA, C. (2016). Do dissentimento à falta de capacidade para consentir. In *Combate à violência de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 129-166. Porto: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, C. (2017). Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 3, pp. 345-376. https://ciencia.ucp.pt/files/37220443/Crimes_sexuais_contra_crian_as_e_adolescentes.pdf.
- CUNHA, C. (2021). A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da Convenção de Istambul. *Crimes Sexuais*, pp. 15-37. Lisboa, Portugal: Centro de Estudos Judiciários. https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=uMxjnSJ_t24%3D&portalid=30.
- CUNHA, C. (2022). *Os crimes contra as pessoas*, 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora
- DIAS, J. F. (2012). Artigo 163.º. In *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª edição, pp. 714 a 742. Coimbra Editora
- DIAS, J. F. (2019). *Direito penal – Parte geral – Tomo I – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 3.ª ed. Gestlegal.
- El País. (27 de novembro de 2017). Caso La Manada. Un juicio de 96 segundos. https://elpais.com/politica/2017/11/25/actualidad/1511633639_199059.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerrado.
- GALLIANO, G. (1993). Victim reactions during rape/sexual assault: A preliminary study of the immobility response and its correlates. <https://time.com/wp-content/uploads/2014/11/galliano.pdf>.
- HAGGARD P. & DHAWAN E. (junho de 2023). *Neuroscience evidence counters a rape myth*. https://www.nature.com/articles/s41562-023-01598-6.epdf?sharing_token=5bu64_ypuqNp49sWhipq69RgNojAjWel9jnR3ZoTvoN1V2sUyIeViugZOkbuqTLiFIofN5MAvR97P8A4wVQo-hL6WBvHPT1%202VURtXbckXi7gKwAS7TxTWp3Ain2lvbuIMVCQgcswtYdUaJDcAekaQOq-6BlbCSTesi-Fbsv8srURqHJXZyl3MpAfNboj2Dt9N7CAW7oSlXLkgbAs59V1VA%3D%3D&tracking_referrer=elpais.com.
- La Sexta. (13 de novembro de 2017). La brutalidad de “La Manada”: Desnudaron, violaron y le robaron el móvil a la víctima para evitar que pidiese ayuda. https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/la-brutalidad-de-la-manada-desnudaron-violaron-y-le-robaron-el-movil-a-la-victima-para-evitar-que-pidiese-ayuda_201711135a09a3560cf2ebaa1677a6fc.html.

- Observador. (12 de janeiro de 2016). *Abusos sexuais em grande escala. Colónia não foi fenómeno isolado*. <https://observador.pt/2016/01/12/abusos-sexuais-grande-escala-colonia-nao-fenomeno-isolado/>.
- PALMA, M.F. (janeiro a junho de 2023). Magna Carta do delinquente versus direito penal da vítima na reforma penal do crime de violação. *Anatomia do Crime*, n.º 17, pp. 11-18. <https://anatcrime.scholasticahq.com/article/87774>.
- RODRIGUES, A. M. (2021). A reforma permanente dos crimes sexuais no ordenamento jurídico-penal português. *Reformas penales en la Península Ibérica: A “jangada de pedra”?* pp. 281-294. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8044262>.
- SOTTOMAYOR, C. (2011). O conceito legal de violação: Um contributo para a doutrina penalista: A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011. *Revista do Ministério Público*, n.º 128, pp. 273-318.
- The Guardian. (5 de janeiro de 2016). *Cologne inquiry into “coordinated” New Year's Eve sex attacks*. <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/05/germany-crisis-cologne-new-years-eve-sex-attacks>.

Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Caso M.C. vs. Bulgária), de 4 de dezembro de 2003. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-104387%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-104387%22]}).
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011, processo n.º 476/09.oPBBGC.P1. <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de junho de 2019, processo n.º 473/16.oJAPDL.L1-3. <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a702496a92a5e7518025841c0055094b?OpenDocument&fbclid=IwAR2MVvLnC3ruwN9TunkeNYmyaeI5t8zalU4WSiGTxDxmDrgjeD1MapZ3KKs>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de maio de 2022, processo n.º 652/21.8PEAMD.L1-9. <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dd7fb1d0dc5e0ecd80258847003bab59?OpenDocument>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de setembro de 2022, processo n.º 205/20.8JASTB.L1.S1. <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3e35fafbb137bb2f802588b8002eba44?OpenDocument>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de setembro de 2022, processo n.º 3006/20.oJAPRT.P1. <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ffb833411206f524802588d3003789ab?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 7 de junho de 2023, processo n.º 793/21.1JALRA.C1.
<https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/99f55eca540d33fc802589d3004e8cf6?OpenDocument>.

Legislação

Ordenações Afonsinas, Livro V, Título VI “Da Mulher forçada, e como se deve provar a força”.

Versão Online. <https://gulbenkian.pt/publications/ordenacoes-afonsinas-livro-v/>.

Decreto de 10 de dezembro de 1852, que aprova o Código Penal. Versão Online.
<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, que aprova o Código Penal. Versão Online.
<https://files.dre.pt/1s/1982/09/22101/00020064.pdf>.

Decreto de 16 de setembro de 1886, que aprova o Código Penal. Versão Online.
<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>.

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, que aprova o Código Penal. Versão Online.
<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>.

Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, que altera o Código Penal. Versão Online.
<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/65-1998-566854>.

Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que altera o Código Penal. Versão Online.
<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/59-2007-640142>.

Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de janeiro, que aprova a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011.
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis.

Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, que altera o Código Penal. Versão Online.
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=38&so_miolo=.

Lei n.º 101/2019, de 06 de setembro, que altera o Código Penal. Versão Online.
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3142&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=.

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul) <https://rm.coe.int/168046253d>.

Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch – StGB). https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1717.

Lei que altera o Código Penal Alemão – melhorando a proteção da autodeterminação sexual (Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung), de 9 de novembro de 2016.
https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2015_SchutzSexuelleSelbstbestimmung.html.

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630&p=20220907&tn=0>.

A imputação de direitos de voto
detidos por fundos de investimento

Fernando Jorge Vidal Cordeiro

Sob a orientação do Professor
Doutor José Engrácia Antunes

Ex Nihilo Nihil Fit

Agradecimentos

À minha família, em especial à minha mãe, exemplo de vida pela sua resiliência, entrega, amor, dedicação e pelo esforço e investimento na minha educação. À minha irmã pela preocupação, o carinho e o amparo, e por me trazer à terra sempre que preciso. À Rafaela, por ser o meu porto de abrigo de todos os momentos. Ao meu pai, que olha sempre por mim. Aos meus amigos, que sempre me ajudaram pela minha vida e em especial durante este período de dissertação.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Engrácia Antunes, pela paciência, os conselhos e disponibilidade.

Resumo

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo a análise da imputação dos direitos de voto detidos por fundos de investimento em Portugal. Para tal, é dado um enquadramento geral dos Organismos de Investimento Coletivo, focando-nos nos fundos de investimento, com especial enfoque nas alterações trazidas pelo novo Regime de Gestão de Ativos. Posteriormente, e por referência ao mesmo diploma, analisaremos as entidades relacionadas com os Organismos de Investimento Coletivo. Em seguida, abordaremos a natureza jurídica dos fundos de investimento, elencando as diferentes teses doutrinárias. Finalmente, analisaremos os diferentes critérios de imputação de direitos de voto, constantes do artigo 20.º do Código dos Valores Mobiliários, para que possamos concluir com a análise da imputação dos direitos de voto detidos por fundos de investimento.

Palavras-chave: Organismos de Investimento Coletivo; sociedade gestora; fundos de investimento; natureza jurídica; imputação de direitos de voto.

Abstract

This dissertation aims to analyse the imputation of voting rights held by investment funds in Portugal. To this end, a general overview of Collective Investment Undertakings is given, focusing on investment funds, with a special emphasis on the changes brought about by the new Asset Management Regime. Subsequently, and in reference to the same legislation, we will analyse the entities associated with Collective Investment Undertakings. Next, we will look at the legal status of investment funds, listing the different doctrinal theses. Finally, we will analyse the different criteria for voting rights imputation set out in Article 20 of the Portuguese Securities and Exchange Code, so that we can conclude with an analysis of the voting rights imputation held by investment funds.

Keywords: Collective Investment Undertakings; investment management; investment funds; legal status; voting rights imputation.

Lista de siglas e abreviaturas

CC	Código Civil
CMVM	Comissão dos Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código dos Valores Mobiliários
FI	Fundo(s) de Investimento
FII	Fundo(s) de Investimento Imobiliário(s)
FIM	Fundo(s) de Investimento Mobiliário(s)
OIA	Organismos de Investimento Alternativo
OIC	Organismo(s) de Investimento Coletivo
OICVM	Organismo(s) de Investimento Coletivo em Valores Mobiliários
OPA	Oferta Pública de Aquisição
RGA	Regime de Gestão de Ativos
RGOIC	Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo
RJCRESIE	Regime Jurídico do Capital de Risco, Empreendedorismo Social e Investimento Especializado
RJICSF	Regime Jurídico das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
SCR	Sociedade(s) de Capital de Risco
SG	Sociedade(s) Gestora(s)
SGOIC	Sociedade(s) Gestora(s) de Organismo(s) de Investimento Coletivo
SI	Sociedade(s) de Investimento
SS	Seguintes
UP	Unidade(s) de Participação

Índice

Introdução	7
I. Os Organismos de Investimento Coletivo	9
1. Aspetos introdutórios	9
2. Os OIC ao abrigo do novo regime de gestão de ativos	9
3. As entidades relacionadas com os OIC	11
3.1. A entidade gestora	11
3.2. O depositário	12
3.3. A entidade comercializadora	13
3.4. O auditor	13
3.5. Nota conclusiva	14
II. Os fundos de investimento	15
1. Noções gerais	15
2. A autonomia patrimonial	17
3. A natureza jurídica	18
4. A questão da atribuição de personalidade jurídica	23
III. A imputação de direitos de voto	27
1. Noções gerais e funções	27
2. Os Critérios de imputação de direitos de voto	28
3. Alguns critérios em particular	29
IV. A imputação de votos detidos por fundos de investimento	35
1. Questão prévia	35
2. Os critérios de imputação do artigo 20.º do CVM – a alínea g) em particular	35
3. A imputação para efeitos do artigo 16.º do CVM	37
4. A imputação para efeitos do artigo 187.º do CVM	38
Conclusão	40
Bibliografia	42

Introdução

Os Organismos de Investimento Coletivo (OIC) assumem um papel fundamental no panorama financeiro português. Estes concentram o aforro dos investidores, traduzindo-se num investimento em escala maior do que aquele que resultaria do investimento individual. Tal circunstância permite retornos de investimento superiores. O investimento coletivo desse aforro é canalizado para investimentos diversificados e geridos por profissionais, as Sociedades Gestoras (SG).

A presente dissertação visa aprofundar o estudo dos OIC em Portugal, com particular enfoque nos Fundos de Investimento (FI), e no âmbito do recente Regime de Gestão de Ativos (RGA). Para compreender o funcionamento dos OIC é essencial analisar, ainda que em latíssima síntese, as diferentes entidades com as quais estes se relacionam. Abordaremos, por um lado, a SG, responsável pela gestão do OIC e pela tomada das decisões de investimento. Por outro lado, analisaremos o papel das demais entidades relacionadas com os OIC: o depositário, a entidade comercializadora e o auditor. No âmbito dos OIC, os FI assumem particular destaque na medida em que são a estrutura típica do investimento coletivo, permitindo aos participantes o investimento em diferentes tipo de ativos, beneficiando de uma gestão profissional e da divisão do riscos.

A natureza jurídica dos FI tem sido objeto de estudo na doutrina. Neste trabalho iremos analisar as diferentes correntes, para que possamos, desta forma, partir para uma análise da imputação dos direitos de voto detidos pelos FI. A presente dissertação tem como principal objetivo analisar a imputação dos direitos de voto detidos por FI em Portugal. Assim, um dos temas centrais prende-se com a imputação dos direitos de voto, à luz dos critérios do Código dos Valores Mobiliários (CVM), em especial, os inerentes aos ativos integrantes pelos FI. Com efeito, abordaremos os diferentes critérios de imputação de direitos de voto com relevância para o tema central deste trabalho, procurando o enquadramento mais adequado. Por fim, analisar-se-á em concreto a imputação dos direitos de voto detidos por FI, por referência às principais normas que convocam os critérios de imputação de direitos de voto, procurando responder à questão de a quem deverão tais votos ser imputados.

Creemos que a presente dissertação assume relevância tanto do ponto de vista teórico, como prático. A análise da imputação dos direitos de voto detidos por FI, do ponto de vista teórico, apresenta-se como o retomar de um tema que parece ter ficado esquecido nos últimos anos, em especial tendo em conta as mais recentes alterações trazidas pelo Regime

de Gestão de Ativos (RGA). De um ponto de vista prático, a questão central da nossa dissertação procura trazer segurança jurídica às relações que se estabelecem entre os participantes, o Fundo e a SG, bem como aos deveres e obrigações decorrentes do investimento gerido por esta. Esperamos que este estudo possa oferecer um contributo significativo para o debate académico e para a prática jurídica, promovendo a transparência do mercado e a proteção dos participantes em FI.

I. Os Organismos de Investimento Coletivo

1. Aspetos introdutórios

Segundo a letra da lei, os OIC são instituições que visam o investimento coletivo de capitais obtidos junto de investidores, de acordo com uma política de investimento previamente estabelecida¹.

O investimento coletivo é uma forma de investimento, distinta do investimento individual. Enquanto o investimento individual pressupõe o conhecimento do funcionamento e das regras dos mercados financeiros, bem como competências de análise e identificação de risco, ou a contratação de entidade/agente que tenha por objeto a atividade de gestão de carteiras de investimento, o qual possa auxiliar ou substituir-se ao investidor individual na tarefa de navegar o mercado de capitais; o investimento coletivo retira grande parte do risco associado ao investimento em mercados financeiros, na medida em que é conduzido por profissionais, os quais têm o dever de atuar no interesse dos investidores.

Os OIC podem revestir duas grandes formas: FI, os quais assumem a forma contratual, consistindo num património autónomo, sem personalidade jurídica; ou Sociedades de Investimento (SI), assumindo estas a forma societária². Foram vários os diplomas legais que regularam os OIC, tendo o DL n.º 46 342, de 20 de maio de 1965, trazido pela primeira vez para o léxico jurídico nacional os FI³. O DL n.º 27/2023, de 28 de abril veio revogar o Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo (RGOIC), através da criação do novo Regime da Gestão de Ativos, adotando um quadro regulatório comum aos vários OIC, passando a regular de forma unitária as matérias que estavam dispersas pelo RGOIC e pelo Regime Jurídico do Capital de Risco, Empreendedorismo Social e Investimento Especializado (RJCRESIE)⁴. Encontramos ainda o Regulamento da Comissão dos Valores Mobiliários (CMVM) n.º 7/2023, que concretiza o RGA.

2. Os OIC ao abrigo do novo regime de gestão de ativos

Quer os FI, quer as SI são esquemas de investimento coletivo, podendo dizer-se que os OIC são um género do qual os FI e as SI são uma espécie⁵.

¹ Art. 2.º do Decreto-Lei n.º 27/2023, de 28 de abril – RGA.

² Art. 3.º do RGA.

³³ Acerca da evolução legislativa *vide* Pereira de Almeida, 2008, pp. 9-38; Menezes Leitão, 2021, pp. 621-639; Câmara, 2011, pp. 631-650; Reis Martins, pp. 319-422.

⁴ Teixeira & Guimarães, 2023.

⁵ Pereira De Almeida, 2008, pp. 9-38; Menezes Leitão, 2021, pp. 621-639.

O art. 2.º n.º 1, alínea aa) do RGOIC definia os OIC como “instituições, dotadas ou não de personalidade jurídica, que têm como fim o investimento coletivo de capitais obtidos junto de investidores, cujo funcionamento se encontra sujeito a um princípio de repartição de riscos e à prossecução do exclusivo interesse dos participantes”. Desta definição podíamos retirar claramente cinco elementos característicos dos OIC⁶: i) A forma institucional; ii) O investimento coletivo de capitais; iii) A subscrição pública; iv) O princípio da divisão de riscos; v) O interesse exclusivo dos participantes. Estes cinco elementos podem ser agregados em três categorias: “– O seu objeto: a gestão de ativos na titularidade coletiva dos participantes, cujo interesse exclusivo deve prevalecer; – A proveniência dos capitais aplicados: os capitais são recolhidos junto de investidores; e – A vocação de investimento: o património gerido destina-se a ser aplicado em ativos (mobiliários ou imobiliários), de acordo com um princípio de repartição de riscos”⁷.

Por seu turno, o art. 2.º do RGA define os OIC como “instituições, dotadas ou não de personalidade jurídica, que têm como fim o investimento coletivo de capitais obtidos junto de investidores de acordo com uma política de investimento previamente estabelecida”. Dos cinco elementos identificados supra, por referência à definição de OIC constante do RGOIC, podemos identificar na definição do RGA três deles: a forma institucional, o investimento coletivo e a subscrição pública.

À primeira vista poderíamos julgar que os princípios da divisão de riscos e da prossecução do interesse exclusivo dos participantes foram subalternizados pelas regras estabelecidas nas políticas de investimento dos OIC. No entanto, o princípio da prossecução do interesse exclusivo dos participantes, enquanto pedra de toque dos OIC, encontra-se consagrado no art. 10.º do RGA. Já em relação ao princípio da repartição de riscos apenas encontramos referência a este no art. 176.º, n.º 1 do RGA, por referência aos Organismos de Investimento Coletivo em Valores Mobiliários (OICVM).

Em linha com o que já se encontrava previsto no RGOIC, o RGA diferencia a forma dos OIC consoante estes tenham ou não personalidade jurídica. Assim, as SI assumem forma societária; e os FI forma contratual⁸. Do mesmo modo, também no RGA encontramos a distinção entre OIC abertos e fechados, consoante as unidades de participação (UP) (no caso de FI) ou o capital (nas SI) seja em número variável ou fixo. As UP de OIC abertos podem ser resgatadas a pedido dos participantes, de acordo com o estabelecido nos documentos

⁶ Pereira de Almeida, 2013, p. 134.

⁷ Câmara, 2016, p. 798.

⁸ Art. 3.º do RGA.

constitutivos, enquanto as UP de OIC fechados não podem ser resgatadas, salvo nos casos previstos na lei ou no regulamento⁹.

As tipologias dos OIC não sofreram qualquer alteração com o RGA, podendo estes ser: a) OICVM; ou b) Organismos de Investimento Alternativo (OIA). Os primeiros têm por objeto exclusivo o investimento coletivo dos capitais obtidos junto do público em valores mobiliários ou outros ativos financeiros líquidos. Os segundos correspondem aos OIC que não se enquadrem como OICVM. Uma das alterações introduzidas pelo RGA foi a redução do elenco de OIA a quatro tipologias, em função do objeto principal do investimento: i) os OIA imobiliários; ii) os OIA de capital de risco; iii) os OIA de créditos; iv) e os demais OIA - uma tipologia residual, com uma composição de carteira flexível¹⁰.

3. As entidades relacionadas com os OIC

Contrariamente às SI, os FI não são dotados de personalidade jurídica, pelo que não têm órgãos próprios e internos para exprimir a sua vontade, com exceção da assembleia de participantes, à qual são conferidos poderes limitados¹¹. Como tal, a lei criou entidades com as quais os FI se relacionam obrigatoriamente – a entidade gestora; o depositário; a entidade comercializadora; e o auditor –, que caracterizaremos sucintamente por referência ao regime constante do RGA.

3.1. A entidade gestora

Nos termos do art. 6.º do RGA “São sociedades gestoras as entidades cuja atividade habitual é a gestão de organismos de investimento coletivo”. As SG são as entidades legalmente habilitadas à gestão de OIC. O facto de os FI não terem personalidade jurídica implica a intervenção de uma entidade que assegure a sua competente gestão.

Conforme se referiu supra, as SG agem no exclusivo interesse dos participantes, nos termos dos art. 10.º e 65.º. Além disso, as SG estão sujeitas a deveres de cuidado na gestão dos OIC, concretizados pela diligência na seleção dos ativos que integram a carteira de ativos, na sua contabilização, no exercício dos direitos inerentes, na distribuição de rendimentos e na prestação de informação¹². As SG adotam, obrigatoriamente, o tipo de sociedade anónima¹³.

⁹ Art. 4.º do RGA.

¹⁰ Teixeira & Guimarães, 2023. No mesmo sentido Simões Coelho, Vogler Guiné & Couto, 2023, <https://www.vda.pt/pt/>. Também no mesmo sentido, Formigal, et al., 2023, <https://abreuadvogados.com/>.

¹¹ Veja-se, a título exemplificativo, o disposto nos artigos 212.º e 232.º do RGA.

¹² Câmara, 2016, p. 809; Câmara, 2011, pp. 636-638.

¹³ Art. 29.º, alínea a) do RGA.

Com o RGA passaram a existir apenas duas tipologias de SG: 1) As Sociedades Gestoras de Organismos de Investimento Coletivo (SGOIC), as quais podem gerir quaisquer OIC, desde que os organismos sob a sua gestão não se circunscrevam a OIA de capital de risco; 2) As Sociedades de Capital de Risco (SCR), as quais podem gerir apenas OIA, desde que, pelo menos, um dos organismos por si geridos seja qualificado como OIA de capital de risco, não podendo a maioria dos organismos sob sua gestão ser OIA imobiliários. Através das alterações introduzidas com o RGA, passamos a ter ainda uma distinção entre SG de grande e de pequena dimensão, as quais têm obrigações distintas¹⁴.

As funções da SG encontram-se previstas no art. 63.º, sendo as principais a gestão do investimento, a gestão do risco e a administração do OIC. No exercício dessas funções, a SG encontra-se obrigada a observar os deveres¹⁵ gerais enunciados no art. 64.º, dos quais se destacam i) o dever de atuar no exclusivo interesse dos participantes e da integridade do mercado; ii) o dever de atuar com elevado grau de competência, cuidado e diligência, dispondo e aplicando eficazmente os recursos e os procedimentos necessários ao adequado desempenho das suas funções; e iii) o dever de evitar conflitos de interesses. Existem ainda importantes deveres de informação, os quais constam do art. 84.º e ss, relativos, em especial, aos documentos constitutivos do OIC. Por forma a concretizar estes deveres, os arts. 104.º e ss do RGA preveem que o órgão de administração da SG deverá ter uma composição adequada ao cumprimento das funções a que se encontra vinculada¹⁶.

Compete ainda à SG o exercício dos direitos de voto relativamente às ações detidas pelo OIC, devendo exercê-los de modo diligente e sempre em benefício exclusivo do OIC e dos seus participantes, cumprindo a política de investimento constante do regulamento de gestão definido para o OIC – art. 81.º, 84.º e 86.º do RGA.

3.2. O depositário

Os ativos que constituem a carteira do OIC são confiados a um único depositário, nos termos do art. 130.º. A função do depositário é a de custódia dos ativos do OIC, exercendo funções genéricas de controlo sobre a SG¹⁷. Contudo, esta não é a sua única função¹⁸. Podemos afirmar que o depositário exerce uma dupla função: a referida função de custódia;

¹⁴ Teixeira & Guimarães, 2023. No mesmo sentido, Simões Coelho, Vogler Guiné & Couto, 2023, e Formigal, et al., 2023.

¹⁵ Sobre o tema *vide* REIS, 2002, pp. 157-164.

¹⁶ Art. 104.º do RGA.

¹⁷ Vaz Tomé, 1997, p. 94.

¹⁸ Barreto Menezes Cordeiro, 2017, pp. 281-295, afirma uma divisão tripartida dos deveres do depositário em: “deveres principais, deveres acessórios e deveres secundários”.

e ainda uma função de fiscalização, garantindo perante os participantes o cumprimento da lei, dos regulamentos e documentos constitutivos, por parte da SG¹⁹.

Para assegurar um maior controlo dos valores, o depositário tem de ser uma entidade distinta da entidade gestora²⁰, com quem estabelece uma relação contratual, a qual é formalizada por escrito – art. 133.º n.º 3 e 131.º. O depositário é responsável perante a SG e os participantes pela perda dos instrumentos financeiros confiados à sua guarda e ainda por quaisquer prejuízos sofridos pelos participantes²¹ que resultem do incumprimento culposos dos seus deveres – art. 138.º.

3.3. A entidade comercializadora

Para Paulo Câmara²² a comercialização de UP consiste no serviço relacional dirigido a clientes com vista à distribuição desses valores mobiliários, definindo o art. 140.º do RGA o conceito de comercialização. Podem ser entidades comercializadoras a sociedade gestora, o depositário, os intermediários financeiros registados junto da CMVM e ainda outras entidades autorizadas pela CMVM – art. 142.º n.º 1.

Mais uma vez, a relação contratual que se estabelece entre a SG e a entidade comercializadora rege-se por contrato escrito. A principal função da entidade comercializadora é a recolha das ordens de subscrição e de resgate das UP, devendo proceder ao respetivo registo e arquivo. Pereira de Almeida²³ afirma que:

As entidades comercializadoras devem observar as regras impostas aos intermediários financeiros em matéria de normas relativas ao exercício da atividade, designadamente as de prevenção e resolução de conflitos de interesses, ficando os serviços responsáveis pela comercialização sujeitos à supervisão da CMVM nos mesmos termos do que aqueles intermediários e ficam sujeitas, nomeadamente, ao dever de disponibilizar ao subscritor ou participante a informação que para o efeito lhes tenha sido remetida pela entidade gestora.

3.4. O auditor

Os OIC não dispõem de conselho fiscal, fiscal único ou revisor oficial de contas, pelo que a sua fiscalização é levada a cabo por um auditor registado junto da CMVM, a quem

¹⁹ Câmara, 2016, p. 818.

²⁰ Pereira de Almeida, 2013, p. 150.

²¹ Sobre a temática da responsabilidade do depositário pelos danos causados aos participantes, *vide* Menezes Leitão, 2021, p. 637 e ainda Romão Pinho, 2012, p. 129.

²² Câmara, 2016, p. 822.

²³ Pereira de Almeida, 2008, p. 26.

competete formular um relatório de auditoria sobre a informação financeira contida nos documentos de prestação de contas do OIC, nos termos do art. 139.º.

O auditor comunica à CMVM os factos relativos ao OIC de que tome conhecimento no exercício das suas funções e que sejam suscetíveis de constituir infração às normas relativas à atividade do OIC, afetar a continuidade do exercício da atividade do mesmo ou determinar a emissão de um relatório de auditoria qualificado, designadamente nas modalidades de opinião com reservas, escusa de opinião ou opinião adversa – art. 139.º, n.º 2.

3.5. Nota conclusiva

Embora seja certo que a inexistência de personalidade jurídica torne etimologicamente incorreta a afirmação de que as entidades relacionadas com os FI constituem os órgãos destes, certo é também que as funções confiadas a tais entidades se podem reconduzir às do órgão de administração (no caso da entidade gestora) e do órgão de fiscalização (no caso do depositário e do auditor). Em tal raciocínio, poderíamos classificar os FI como um ente para-societário, sendo as entidades relacionadas com o FI os seus órgãos estatutários. Neste sentido, Brandão Veiga²⁴ equaciona a possibilidade de se considerar que:

Os fundos de investimento são pessoas jurídicas, apenas com a especialidade de terem órgãos internos muito rudimentares. Repare-se que não são totalmente desprovidas de órgãos internos, na medida em que a lei, embora em casos restritos, prevê assembleias de participantes. Mas são basicamente pessoas jurídicas extra-orgânicas e não intra-orgânicas, ao contrário do paradigma continental.

Assim, num raciocínio paralelo ao funcionamento das sociedades comerciais, poderemos considerar que as entidades que se relacionam com os OIC, em especial com os FI, são como que os órgãos estatutários destes, ainda que externos.

²⁴ Brandão da Veiga, 2000, p. 6.

II. Os fundos de investimento

1. Noções gerais

Vaz Tomé²⁵ afirma que:

Os fundos de investimento correspondem a uma atividade de intermediação financeira que facilita a interceção entre a procura e a oferta de capital. Deste modo, através das respetivas sociedades gestoras, promovem uma ação de estímulo e de coordenação destinada a estabelecer o ponto de encontro entre a poupança privada e o investimento em bolsa de valores.

Engrácia Antunes²⁶, referindo-se aos FII, afirma que os FI são:

Veículos jurídico-organizativos de investimento coletivo, através dos quais uma massa de investidores coloca em conjunto as suas poupanças com vista à constituição de um fundo patrimonial destinado fundamentalmente à aquisição e administração de bens imóveis ou de instrumentos financeiros relativos a empresas imobiliárias.

Conforme enunciado supra, os FI são OIC, os quais constituem patrimónios autónomos sem personalidade jurídica, pertencentes aos participantes no regime geral de comunhão²⁷. Com efeito, estabelece o art. 12.º do RGA que os OIC não respondem, em caso algum, pelas dívidas dos participantes, da sociedade gestora, do depositário ou das entidades comercializadoras, bem como de outros OIC, sendo que pelas dívidas deste responde apenas o seu próprio património.

Vaz Tomé²⁸ afirma que “a autonomia patrimonial do património gerido constitui uma característica fundamental da estrutura da relação de participação”, pelo que “os credores pessoais dos participantes e da sociedade gestora podem tão somente executar, para assegurar a realização dos seus direitos, respetivamente, as unidades de participação dos seus devedores e o património da sociedade sua devedora”. Os FI são então:

Patrimónios autónomos, pertencentes, em regime de comunhão, a uma pluralidade de pessoas singulares ou coletivas (participantes) – que neles investiram as suas poupanças em troca da titularidade de uma quota nesse

²⁵ Vaz Tomé, 1997, p. 11.

²⁶ Engrácia Antunes, 2019, p. 49.

²⁷ Poderá colocar-se a questão de saber se atualmente, face à letra da lei, os FI pertencem aos participantes no regime geral de comunhão. Enquanto tal referência era expressa no art. 2.º, n.º 1, u) do RGOIC, a verdade é que inexistia qualquer menção a tal regime de comunhão no RGA. Sobre esta temática, iremos pronunciar-nos adiante.

²⁸ Vaz Tomé, 2007, p. 138.

património (unidade de participação) – com o objetivo de aplicação dos capitais obtidos junto desses investidores em carteiras diversificadas de ativos²⁹.

O património dos fundos é constituído pelo investimento de cada participante, o qual se traduz em UP. As UP³⁰ são “valores mobiliários representativos da posição jurídica do participante em fundos de investimento”³¹, sendo estas qualificadas pelo CVM como valores mobiliários, nos termos do art. 1.º, alínea d). Para Engrácia Antunes³², enquanto valores mobiliários, as UP “representam o *estatuto jurídico* do participante nos fundos de investimento, ou seja, uma posição jurídica unitária e global, constituída por um feixe de direitos e deveres, de natureza real, creditícia e outra”, sendo os participantes titulares de uma quota ideal (para aqueles que enquadram a natureza jurídica dos FI na comunhão de mão comum) ou contitulares de um património comum (para aqueles que enquadram a natureza jurídica dos FI na compropriedade).

Os FI não desenvolvem qualquer atividade económica própria, sendo o capital neles investido gerido pela SG. A “atividade” desenvolvida pelos fundos consiste na captação de aforro junto dos investidores – através da emissão de UP, as quais, em conjunto, formam o património do fundo –, e a alocação desse aforro a operadores do mercado, carecidos de capital. A valorização do fundo depende da valorização das UP, a qual está dependente da própria valorização ou do rendimento obtido através do investimento do património do fundo.

A questão da natureza jurídica dos FI vem sendo discutida na doutrina portuguesa há vários anos. Tal questão apresenta-se como mais do que um mero capricho doutrinário de busca incessante pela categorização das diversas figuras do nosso ordenamento jurídico – ela “permite-nos recortar os limites da figura” e esclarecer se os FI podem ou não ser “dotados de personalidade jurídica”³³. A lei é clara na não atribuição de personalidade jurídica aos FI – veja-se os arts. 2.º e 3.º do RGA. Questão diversa é a de saber se seria possível (ou até mesmo benéfica), a atribuição de personalidade jurídica aos FI.

Conforme refere Engrácia Antunes³⁴, parte dos autores considera estarmos perante um “património autónomo – ainda que porventura originando formas especiais de propriedade coletiva (comunhão) ou de propriedade fiduciária (*‘trust’*)”, sendo que outros autores consideram a caracterização dos FI como patrimónios autónomos pouco adequada,

²⁹ Engrácia Antunes, 2019, p. 53.

³⁰ Sobre o regime jurídico das UP, veja-se Engrácia Antunes, 2017, pp. 135 e ss.

³¹ Engrácia Antunes, 2017, p. 132.

³² Engrácia Antunes, 2017, pp. 134 e ss.

³³ Brandão Da Veiga, 2000, p. 1.

³⁴ Engrácia Antunes, 2019, p. 54.

face à proximidade destes com uma entidade dotada de personalidade jurídica, havendo inclusive quem sustente (conforme supra se referiu) que os FI “são pessoas jurídicas, apenas com a especialidade de terem órgãos internos muito rudimentares”³⁵, ou que estamos perante uma “pessoa jurídica especial”³⁶. Não existe um consenso na doutrina portuguesa quanto à temática da natureza jurídica dos FI. Para tal contribui a escassez de autores que se pronunciem sobre tal temática, bem como a falta de clareza legal. Iremos esquematizar a abordagem da natureza jurídica dos FI, identificando as posições existentes na doutrina portuguesa, devendo, no entanto, referir-nos previamente à autonomia patrimonial dos FI.

2. A autonomia patrimonial

Enquanto no art. 2.º n.º 1, alínea u) do RGOIC os FI eram definidos como “patrimónios autónomos, sem personalidade jurídica, pertencentes aos participantes no regime geral de comunhão regulado no presente Regime Geral”, no RGA não encontramos norma equiparada. Porém, podemos encontrar definição semelhante no preâmbulo do diploma onde se refere que “Os OIC são patrimónios autónomos, podendo assumir forma contratual, de fundo de investimento, ou societária, de sociedade de investimento coletivo”³⁷. No entanto, o preâmbulo não constitui fonte normativa³⁸, destinando-se somente a identificar as linhas orientadoras do ato normativo, podendo apenas desempenhar um papel de auxílio à interpretação das normas, mas nunca poderá, por si só, constituir fonte legal. Poderemos com isto dizer que o legislador deixou de considerar os FI como patrimónios autónomos? Cremos que não. O art. 12.º do RGA, aplicável a todos os OIC, estabelece a autonomia patrimonial destes, não respondendo assim pelas dívidas dos participantes, da sociedade gestora, do depositário ou das entidades comercializadoras, assim como de outros OIC, sendo que pelas suas próprias dívidas responde apenas o seu património. Poderemos sim interpretar a falta de referência legal à autonomia patrimonial dos FI como uma tentativa do legislador de se afastar da discussão em torno da natureza jurídica dos FI.

³⁵ Brandão da Veiga, 2000, p. 6.

³⁶ Engrácia Antunes, 2019, p. 55, dando nota da posição adotada por Liliana Figueiredo, a qual refere que “se os FII reúnem as condições necessárias a uma adequada qualificação no contexto capacidade jurídica, da personalidade judiciária, da capacidade judiciária, e da personalidade e capacidade tributárias, não se alcançam razões impeditivas da atribuição a tais entidades de personalidade jurídica, naturalmente de natureza especial” (Figueiredo, 2005).

³⁷ Atente-se, no entanto, na ausência de referência à titularidade, mais concretamente, ao regime de comunhão.

³⁸ Neste sentido, Rosa Ferro, 2005, pp. 133-157.

A autonomia patrimonial dos FI é uma autonomia de destinação³⁹, uma vez que os bens integrantes do fundo apenas podem ser utilizados para a prossecução da atividade legalmente definida – a atividade de investimento, no exclusivo interesse dos participantes. Assim, os FI “têm, face ao património pessoal de cada um dos participantes, uma destinação especial e uma administração separada”. No entanto, a doutrina não define a autonomia patrimonial através dos critérios da destinação ou da administração, mas sim através do critério da responsabilidade por dívidas⁴⁰. Conforme mencionado, nos FI (e nos OIC em geral) pelas suas dívidas responde somente o seu próprio património, e nunca o património dos participantes. De igual modo, pelas dívidas destes, não responde o património do FI, mas tão somente as suas UP. Com efeito, estamos perante uma verdadeira autonomia patrimonial⁴¹.

3. A natureza jurídica

Tendo em conta a ausência de personalidade jurídica dos FI, coloca-se a questão de saber quem é o titular dos bens integrantes do fundo. Para Vaz Tomé⁴², esta é uma questão complexa, na medida em que, por um lado, existe a necessidade de assegurar plena autonomia e poder de disposição à SG, sobre os bens que integram o património do fundo, e por outro, a exigência da destinação da atividade à prossecução do interesse dos participantes, atribuindo-lhes os resultados económicos dessa atividade. Assim, a titularidade deste património autónomo tem de ser atribuída à sociedade gestora (solução fiduciária), ou aos participantes (solução da compropriedade).

A primeira tese preconizada pela doutrina é então a da compropriedade. Reis Martins⁴³ identifica a posição defendida por Reis Figueira, segundo o qual estamos perante uma compropriedade assente na construção dogmática do instituto romano, referindo este autor que os FI são “conjuntos de valores mobiliários pertencentes a uma pluralidade de pessoas, singulares e coletivas, os participantes, como titulares de quotas-partes dos valores que os integram”⁴⁴, considerando ainda que as UP conferem um direito de propriedade proporcional no fundo. Assim, sustenta que:

³⁹ Vaz Tomé, 1997, p. 154; Vaz Tomé, 1999, p. 52.

⁴⁰ Mota Pinto, Pinto Monteiro & Mota Pinto, 2020, pp. 347 e ss.

⁴¹ Em sentido contrário Vaz Tomé, 1997, pp. 156 e 157 e ainda Reis Martins, 2007, p. 361. No entanto, tal afirmação é feita no âmbito do DL n.º 276/94, o qual referia somente a autonomia patrimonial no sentido de que pelas dívidas dos participantes não respondia o património do fundo, não fazendo qualquer referência à autonomia patrimonial no sentido de pelas dívidas do FI responderem apenas os bens deste. No entanto, tal previsão encontra-se plasmada na lei desde a entrada em vigor do RGOIC.

⁴² Vaz Tomé, 1997, p. 158.

⁴³ Reis Martins, 2007, p. 362.

⁴⁴ Reis Figueira *apud* Reis Martins, p. 362.

A situação dos participantes face ao fundo revela-se fundamentalmente de natureza real, de compropriedade, embora com um aspeto específico, próprio da comunhão pro indiviso: os participantes não podem pedir a liquidação do fundo, a partilha dos bens, a sua entrega em espécie – mas tão só o reembolso do valor líquido correspondente à sua quota⁴⁵.

Para os defensores desta tese, estamos perante um direito de compropriedade⁴⁶ dos participantes sobre o património do fundo, que tem por base o art. 1403.º do Código Civil (CC), os quais concedem um mandato à SG⁴⁷. Em súmula, segundo esta conceção, cada participante tem um direito de propriedade sobre os bens do fundo, proporcional à medida da sua UP, podendo cada participante exigir somente o reembolso em dinheiro das UP por si detidas⁴⁸.

Embora próxima desta tese, mas contra a formulação da natureza jurídica dos FI assente na compropriedade romanística, sustentando uma tese assente na compropriedade germanística de mão comum ou património coletivo, argumenta Vaz Tomé⁴⁹ que os participantes não podem influenciar diretamente a administração do património do fundo; não respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações assumidas por conta do fundo; e não podem requerer a dissolução da comunhão, obtendo a divisão do património em espécie. Mais refere que a separação entre a titularidade e a administração não é característica da titularidade de um direito real de propriedade, sendo que o participante não tem o domínio dos bens integrantes do fundo, cuja administração lhes está vedada. Assim, os direitos dos participantes reduzem-se apenas à perceção periódica de rendimentos, e no caso de resgate das UP ou da liquidação do fundo, à entrega pecuniária do valor correspondente às suas UP⁵⁰. Conclui a autora referindo que:

O fundo não parece, tecnicamente, objeto de uma compropriedade de direito comum, pois que não se encontra nenhuma das situações jurídicas características dessa comunhão. Os fundos de investimento afastam-se do conceito de *communio iuris romani* e aproximam-se antes do conceito

⁴⁵ Reis Figueira *apud* Reis Martins, 2007, p. 362.

⁴⁶ Importa referir que, tal como nos diz Reis Martins, 2007, p. 364, “a figura da comunhão vem prevista no Art. 1404.º [do CC], que estabelece que as regras da compropriedade são aplicáveis, com as necessárias adaptações, à comunhão de quaisquer outros direitos (...) desta norma podemos retirar (...) que à contitularidade de outros direitos para além do direito de propriedade se dá o nome de comunhão”. Afirma Vaz Tomé, 1997, p. 161 que “a comunhão é conceito mais amplo do que a compropriedade, compreendendo direitos reais, de crédito e outros, abrangendo qualquer espécie de contitularidade”.

⁴⁷ Vaz Tomé, 1997, p. 161.

⁴⁸ Vaz Tomé, 1997, p. 161.

⁴⁹ Vaz Tomé, 1997, p. 162.

⁵⁰ No mesmo sentido, Reis Martins, 2007, p. 372.

germanístico da comunhão *pro indiviso*, comunhão de mão comum (...) ou património coletivo. Trata-se de um património dotado de uma estrutura coletivista, que incide não já sobre a *res* mas sobre o património enquanto instrumento de um escopo comum, que ignora o conceito de quota e em que os proprietários não podem pedir a divisão.

Segundo Manuel De Andrade⁵¹, o património coletivo ou em comunhão “pertence em bloco e só em bloco a todas as pessoas, à coletividade por elas formadas”, pelo que refere Reis Martins⁵² que o direito dos participantes não incide sobre os concretos bens que integram o património do fundo, mas sim sobre o seu conjunto, constituindo uma universalidade de direitos. Assim, tal património não é repartível por quotas (nem sequer ideais), que os proprietários possam alienar, contrariamente à compropriedade romanística, na qual cada um dos comproprietários é titular de uma quota alienável. Já a possibilidade de alienação do património coletivo pertence à coletividade.

Uma terceira tese (ou segunda, caso consideremos a tese da comunhão como uma variação da tese da compropriedade), é a tese fiduciária, a qual considera existir um direito de propriedade da SG sobre o património do fundo, não se limitando ao exercício da administração deste⁵³. Estamos perante um negócio fiduciário em que a SG é proprietária formal dos bens integrantes do fundo, encontrando-se limitada pelo regulamento de gestão e pelo exercício da atividade no interesse dos participantes, sendo estes titulares da propriedade económica do fundo. André Figueiredo⁵⁴ define o negócio fiduciário como:

O contrato mediante o qual uma parte – o fiduciário – é investido, direta ou indiretamente, na propriedade de um bem, comprometendo-se a geri-lo (lato sensu) no interesse de outrem – o fiduciante – a quem, uma vez finda a relação fiduciária, deverá ser devolvido o acervo patrimonial resultante daquela atividade gestória. Emerge como traço estrutural distintivo a configuração do fiduciante como titular de um direito de crédito sobre o fiduciário, só a este cabendo a titularidade de uma posição jurídica enquadrável no *numerus clausus* dos direitos reais – que é, todavia, desprovida de conteúdo económico, porque se encontra, por contrato, funcionalmente afeta à prossecução dos interesses patrimoniais do fiduciante.

⁵¹ Andrade, 1997, p. 225.

⁵² Reis Martins, 2007, p. 366.

⁵³ Vaz Tomé, 1997, p. 172; no mesmo sentido Reis Martins, 2007, p. 391.

⁵⁴ Figueiredo, 2011, p. 4.

Vaz Tomé e Leite Campos⁵⁵ identificam a teoria do duplo efeito do negócio fiduciário, a qual assenta na transferência de um direito real e na criação de uma obrigação. Para os autores:

O conceito romanístico de *fiduciae* é constituído por dois elementos: de um lado, a parte real, traduzida na transmissão do *dominium da res* para o fiduciário e, de outro, a parte obrigacional, o acordo mediante o qual o fiduciário assume, perante o beneficiário ou fideicomitente, os deveres de administrar o bem em benefício do último sob determinadas condições e de retransferir a propriedade aquando do cumprimento do objetivo. (...) apesar de este conceito surgir como similar ao *trust* da *common law*, o beneficiário de fidúcia não dispõe de qualquer tutela de natureza real, mas antes e apenas de uma proteção *in personam*. Assim, os bens transmitidos não se encontram separados daqueles do fiduciário e, na insolvência ou falência deste, o disponente é tratado como um credor geral.

No entanto, o conceito germânico de fidúcia (*Treuhand*) comparado frequentemente ao *trust*, oferece maior proteção ao fiduciante do que aquela que é conferida pelo conceito romanístico. Em tal conceção existe uma transferência da propriedade ao fiduciário, sob condição resolutiva, pelo que em caso de incumprimento do dever de fidúcia, ou nos casos de insolvência, a propriedade retransmite-se ao fiduciante ou ao beneficiário⁵⁶. Além disso a propriedade fiduciária permanece separada da do fiduciário, protegendo-a assim contra os credores deste.

A opção pela fidúcia romana ou pela fidúcia germânica deve resolver-se pela interpretação da vontade das partes, *i.e.*, caso a vontade do fiduciante for a de transmissão para o fiduciário da plena titularidade; ou antes condicionar a transmissão da propriedade a uma condição resolutiva⁵⁷. Mas mesmo a *Treuhand* não oferece as vantagens do *trust*, na medida em que a proteção contra os credores do fiduciário apenas existe quando o fiduciante seja simultaneamente o beneficiário⁵⁸.

Nota relevante será a existência de diferentes modalidades de negócios fiduciários⁵⁹, sendo os mais relevantes os negócios fiduciários para garantia (*fiducia cum creditore*), e os negócios fiduciários para administração (*fiducia cum amico*). Enquanto que na primeira

⁵⁵ Vaz Tomé & Leite de Campos, 1999, p. 201.

⁵⁶ Kunjiquisse Jelembi, 2017, pp. 57 e ss.

⁵⁷ Vaz Tomé & Leite de Campos, 1999, p. 202.

⁵⁸ *Idem*, p. 202.

⁵⁹ Kunjiquisse Jelembi, 2017, pp. 307 e ss.

estamos perante um negócio cuja transmissão da propriedade visa garantir uma obrigação⁶⁰, na segunda estamos perante um negócio que visa exclusivamente a administração pelo fiduciário dos bens transmitidos pelo fiduciante, para que depois sejam retransmitidos ao beneficiário.

Decorrente da tese do negócio fiduciário, a doutrina coloca em questão a admissibilidade no ordenamento jurídico português de uma figura existente no sistema anglo-saxónico, em tudo próxima a esta – o *trust*. No entanto, é entendimento da doutrina que a transposição de tal figura para o nosso ordenamento jurídico traz consigo associados vários problemas, em especial, de ordem sistemática, tendo em conta i) a teoria da unidade dos direitos reais, decorrente do art. 1305.º do CC⁶¹; ii) a publicidade dos direitos reais⁶²; iii) o princípio dos *numerus clausus* dos direitos reais, decorrente do art. 1306.º do CC⁶³; iv) o Direito sucessório⁶⁴.

No entanto, também a admissibilidade dos negócios fiduciários no ordenamento jurídico português é colocada em causa⁶⁵, fundamentalmente pelos mesmos motivos que obstam à transposição do *trust* para o nosso sistema. Conforme afirma Vaz Tomé⁶⁶:

A atribuição à sociedade gestora da propriedade fiduciária do Fundo, desprovida do poder de gozo dos bens objeto do direito, não se afigura *prima facie* legítima no direito vigente, porquanto não se admite que o gestor de um património de terceiros seja considerado como proprietário.

Já para Barreto Menezes Cordeiro⁶⁷ “a admissibilidade ou não admissibilidade dos negócios fiduciários deve ser averiguada em concreto, *i.e.*, se a relação constituída viola ou não algum princípio ou norma jurídica”.

Há que ter em consideração que as teses da compropriedade e da comunhão de mão comum se baseiam nos diplomas legais vigentes até à entrada em vigor do RGA. Em tais diplomas, nos quais se inclui o parente mais próximo do RGA – o RGOIC –, os FI eram expressamente definidos como patrimónios autónomos pertencentes aos participantes no regime geral de comunhão “regulado no presente Regime Geral”⁶⁸. Estando o legislador

⁶⁰ Kunjiquisse Jelembi, 2017, p. 308.

⁶¹ Vaz Tomé & Leite de Campos, 1999, p. 280.

⁶² *Idem*, p. 285.

⁶³ *Idem*, p. 287.

⁶⁴ *Idem*, pp. 290 e 292.

⁶⁵ Barreto Menezes Cordeiro, 2014, pp. 783-808; Vaz Tomé & Leite de Campos, 1999, pp. 242-245; Vaz Tomé, 1997, pp. 180-186; Costa Andrade, 2009, pp. 55-84.

⁶⁶ Vaz Tomé, 1997, p. 182.

⁶⁷ Barreto Menezes Cordeiro, 2014, p. 564.

⁶⁸ Art. 2.º n.º 1 u) do RGOIC. Tendo por base a expressão “regulado no presente Regime Geral”, os vários autores defensores dos testes da compropriedade e da comunhão de mão comum identificavam um regime especial de compropriedade. Veja-se neste sentido Vaz Tomé, 1997, p. 186; Reis Martins, 2017, p. 364; Mas

ciente da controvérsia relativa à natureza jurídica dos FI, estabeleceu no art. 14.º do RGA que “As unidades de participação são valores mobiliários que representam os direitos de conteúdo idêntico dos titulares a uma fração do património de organismo de investimento coletivo sob forma contratual”. Poderemos considerar ter sido intenção do legislador estabelecer um regime de compropriedade (ainda que sob a forma de comunhão)?

Sem mais informações, a resposta tenderia a ser afirmativa. No entanto, não podemos deixar de salientar que a falta de rigor do legislador ao longo do diploma parece ofuscar qualquer tentativa de interpretação da lei consentânea com o art. 9.º n.º 3 do CC. Veja-se os flagrantes casos dos arts. 63.º n.º 1 e 104.º do RGA nos quais o legislador, ao arrepio do que parece querer estabelecer no art. 14.º do RGA, estabelece a obrigação da SG em atuar no cumprimento dos seus deveres fiduciários, invocando assim a tese fiduciária. Como pode o intérprete fazer valer a presunção constante do art. 9.º n.º 3 do CC nos casos em que a presumida expressão do legislador é contraditória e inconjugável?

Cremos que a única forma de dar sentido útil aos mencionados artigos será, em primeiro lugar, considerar que a menção feita pelo legislador aos deveres fiduciários da SG não deverá ser interpretada como uma consagração da tese fiduciária, mas antes como uma remissão (pouco cautelosamente formulada) para os deveres segundo os quais se deve orientar a atividade do fiduciário⁶⁹, *i.e.*, deveres de lealdade, de cooperação, de informação, de cuidado, de proteção patrimonial, de distribuição de rendimentos e, em especial, de atuação no interesse dos participantes.

Assim considerada a menção operada pelo legislador nos Arts. 63.º e 104.º do RGA, será possível interpretar o n.º 1 do art. 14.º como uma aceitação da tese da compropriedade romanística, segundo a qual o património do fundo é propriedade dos participantes no regime de compropriedade, embora mitigada pela característica da comunhão *pro indiviso*⁷⁰.

4. A questão da atribuição de personalidade jurídica

Embora a lei expressamente consagre a inexistência de personalidade jurídica dos FI, a verdade é que existe na doutrina quem defenda vantagens na atribuição de

também é este o entendimento da jurisprudência, neste sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13/11/2018, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/12/2019, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/07/2020 acessíveis em www.dgsi.pt “fundos de investimento constituem patrimónios autónomos pertencentes, no regime especial de comunhão regulado pelo presente diploma, a uma pluralidade de pessoas singulares ou coletivas designadas ‘participantes’”.

⁶⁹ Barreto Menezes Cordeiro, 2014, pp. 563-589; Kunjiquisse Jelembi, 2017, pp. 187-218.

⁷⁰ Vaz Tomé, 1997, p. 184.

personalidade jurídica aos FI⁷¹, rejeitando a necessidade do recurso à figura do *trust* para explicar a natureza jurídica dos FI, embora seja esta claramente a mais adequada à estrutura dos FI. Brandão Veiga⁷² afirma que “não se nega a utilidade de se ponderar a importação da figura dos *trusts*, apenas se pensa que uma outra ponderação da figura da personalidade jurídica também poderia trazer resultados semelhantes sem os problemas sistémicos que aquela importação traria”. Este autor considera artificioso considerar que a expressão societária se restringe aos órgãos sociais, considerando que o órgão que manifesta a vontade social não tem de ser necessariamente um órgão interno à pessoa coletiva – “Nada impede que a vontade da pessoa coletiva seja manifestada por um terceiro”.

Continua o mesmo autor, referindo a desnecessidade de distinção legal entre patrimónios personalizados (SI) e não personalizados (FI):

(...) com o horror típico do nosso direito perante situações jurídicas acéfalas, sente-se na obrigação de resolver o problema dos titulares dos bens dos fundos, dizendo que estes são os participantes. Porquê esta solução? Porque, tratando-se de patrimónios autónomos, não sendo por isso pessoas jurídicas, não poderiam ser titulares de situações jurídicas. Atribuir a titularidade dos ativos à entidade gestora seria também chocante à primeira vista. (...) Para além do *trust* e a figura do património autónomo ou a propriedade fiduciária (...) existe, portanto, uma outra alternativa de organização patrimonial: a de se considerar que os fundos de investimento são pessoas jurídicas, apenas com a especialidade de terem órgãos internos muito rudimentares.

Assim se concretiza aquilo que previamente mencionámos quanto às entidades que se relacionam com os FI⁷³, que pelas funções que desempenham, podemos considerar como sendo os órgãos (ainda que externos) do fundo. Assim, estes “são basicamente pessoas jurídicas extra-orgânicas e não intra-orgânicas, ao contrário do paradigma continental”⁷⁴.

Tal solução não retira qualquer poder aos participantes, na medida em que não é pelo facto de os ativos serem titularidade do próprio fundo que isso significaria um desapossamento dos poderes (já por si limitados) dos participantes.

Nas sociedades, o património destas não é dos sócios, mas da sociedade propriamente dita. Ora um sócio dominante domina por definição a sociedade. Nos fundos, por mais peso que tenha um participante nela não tem um grande

⁷¹ Neste sentido, Romão Pinho, 2012, p. 133; Brandão da Veiga, 2000, p. 4; Reis Martins, 2017, p. 376.

⁷² Brandão da Veiga, 2000, p. 4.

⁷³ Veja-se o capítulo II, 1.1., e).

⁷⁴ *Idem*, p. 6.

poder na mesma, pelo menos sob o ponto de vista formal, na medida em que a sua gestão continua sempre a incumbir à entidade gestora⁷⁵.

Sustenta Reis Martins⁷⁶ que a posição dos participantes é mais próxima daquela de um acionista do que da posição dos contitulares nos casos de compropriedade germânica, seguindo assim a posição adotada por Brandão Veiga⁷⁷, segundo o qual:

A melhor solução seria a lei distinguir, não entre fundos personalizados e não personalizados, mas entre fundos com ou sem forma societária, ou, mais genericamente, entre fundos extra ou intra-orgânicos. O titular dos ativos dos fundos seria assim o próprio fundo. Os órgãos do fundo, o grau de participação dos participantes nos fundos, e os poderes de uma terceira entidade na sua gestão poderiam ser definidos em maior ou menor grau independentemente desta forma.

Repare-se que tal tese é consentânea com os elementos da personalidade jurídica coletiva, tal como definidos pela doutrina: substrato, organização, reconhecimento, fim e objeto⁷⁸. O substrato poderá ser pessoal e/ou patrimonial, sendo que nos FI encontramos ambos: enquanto substrato pessoal, temos os participantes, sendo o substrato patrimonial (dotado de autonomia patrimonial, tal como nas sociedades comerciais) os montantes equivalentes às subscrições, nos termos do art. 11.º do RGA. A organização corresponde à forma como é “assegurado o prosseguimento dos interesses em função dos quais a pessoa coletiva se constitui e atua na vida jurídica”⁷⁹, e traduz-se na existência de preceitos de onde decorre a organização formal – no caso dos FI, o regulamento de gestão, o qual assume uma função idêntica aos estatutos de uma sociedade comercial –, e ainda de órgãos destinados à condução da atividade – no caso dos FI, a sociedade gestora, o depositário e o auditor. É certo que nos FI não existem órgãos internos próprios, no entanto, conforme referido, nada impede que tais órgãos sejam externos – mais! – as SI, às quais a lei atribui personalidade jurídica, podem ter a sua gestão a cargo de uma SG, não deixando por esse motivo de ser dotadas de personalidade jurídica⁸⁰. Já quanto ao reconhecimento, tal elemento poderá levantar maiores dúvidas, uma vez que no nosso ordenamento jurídico vigora o regime da atribuição de personalidade jurídica às pessoas coletivas através do reconhecimento, nos termos dos arts. 158.º e ss do CC e 5.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), sendo

⁷⁵ Brandão da Veiga, 2000, p. 6.

⁷⁶ Reis Martins, 2017, p. 376.

⁷⁷ Brandão da Veiga, 2000, p. 6.

⁷⁸ Carvalho Fernandes, 2012, pp. 437 e ss.

⁷⁹ Carvalho Fernandes, 2012, p. 438.

⁸⁰ Reis Martins, 2017, p. 397.

que a lei refere expressamente que o FI carece de personalidade jurídica. Já o fim que o FI prossegue não poderia ser mais claro – de natureza lucrativa, através da valorização dos seus ativos⁸¹. Finalmente quanto ao objeto do FI, consiste na atividade de investimento.

Com efeito, embora não seja atribuída personalidade jurídica aos FI, este possui elementos que o aproximam das sociedades comerciais, considerando-se que tal caracterização levaria a menores problemas de enquadramento dogmático, sendo o próprio fundo titular dos bens que integram o seu património (à semelhança das sociedades comerciais)⁸².

⁸¹ Reis Martins, 2017, p. 398.

⁸² Neste sentido, *idem*, p. 399; Brandão da Veiga, 2000, p. 6; Romão Pinho, 2012, p. 13.

III. A imputação de direitos de voto

1. Noções gerais e funções

O regime da imputação de direitos de voto encontra-se consagrado no art. 20.º do CVM. Este regime assume grande relevância no quadro da regulação das sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado (vulgo, sociedades cotadas). Tal como dá nota Mattamouros Resende⁸³ a proteção dos investidores é essencial para o regular funcionamento do mercado de capitais, sendo a informação e a transparência um fator decisivo do investimento consciente. Por esse motivo, a detenção de participações qualificadas em sociedades cotadas é objeto de regulação pelo CVM, impondo a obrigação de comunicação da aquisição ou perda da qualidade de titular de participações qualificadas naquelas sociedades, permitindo desta forma que o mercado tenha conhecimento da identidade dos respetivos titulares.

Contudo, a proteção dos investidores não se basta com esta obrigação, efetivando-se também através da garantia do direito de saída dos investidores quando se verifique a aquisição de uma participação qualificada de um acionista que (por si ou através dos critérios de imputação de votos) lhe permita o controlo da sociedade, presumindo a lei estarmos perante tal possibilidade no caso da detenção de uma participação representativa e mais de um terço dos direitos de voto correspondentes ao capital social.

Assim, podemos identificar uma dupla função do regime de imputação de direitos de voto previsto no CVM⁸⁴ 85: 1) A imputação de direitos de voto para efeitos de constituição do dever de comunicação de participações qualificadas, previsto no art. 16.º CVM⁸⁶ e 2) A imputação de direitos de voto para efeitos de constituição do dever de lançamento de Oferta Pública de Aquisição (OPA), regulado no art. 187.º e ss.⁸⁷.

Existe uma ligação intrínseca e funcional entre o regime do art. 20.º e os regimes previstos nos arts. 16.º e 187.º. Aquele regime não é uma norma jurídica completa, mas antes uma norma de imputação. Ou seja, é uma norma que não tem aplicação por si própria, mas

⁸³ Resende, 2010, p. 15.

⁸⁴ Reis de Castro, 2016, p. 10.

⁸⁵ No sentido de que o regime da imputação de direitos de voto tem uma tripla funcionalidade, Soares da Silva, 2007, pp. 47-58.

⁸⁶ Sobre o tema, *vide* Baptista, 2016, p. 585; Resende, 2010, pp. 73 e ss.; Câmara, 2016, pp. 550 e ss.; Barreto Menezes Cordeiro, 2017, pp. 347 e ss.; e Reis de Castro, 2016, pp. 13 e ss.; Ferreira, 2021, pp. 586 e ss.

⁸⁷ Sobre o tema, *vide* Resende, 2010, pp. 76 e ss.; Câmara, 2016, pp. 565 e ss. e 636 e ss.; Barreto Menezes Cordeiro, 2017, pp. 347 e ss. e 372-373; e Costa e Silva, 2007, pp. 405 e ss.; Costa Andrade & Stokes, 2021, pp. 72-78.

antes através da convocação operada por outras normas, as quais fazem dependente a sua aplicação do regime estatuído pelo art. 20.º do CVM⁸⁸.

De forma simplista, o regime de imputação de votos permite, através de múltiplos critérios de imputação, contabilizar numa mesma participação social os direitos de voto detidos por mais do que uma pessoa⁸⁹. Com efeito, da aplicação de tais critérios resulta: 1) a obrigação de comunicação à CMVM da aquisição ou perda de participação qualificada em sociedade cotada, cujo incumprimento levará à suspensão do exercício do direito de voto e da generalidade dos direitos de natureza patrimonial – art. 16.º-B; e 2) a obrigação, a cargo do titular de participação qualificada superior a um terço do capital social da participada de lançamento de OPA sobre a totalidade das ações emitidas por esta (art. 187.º), estando tal oferta sujeita a um valor mínimo, calculado nos termos do art. 188.º. O incumprimento desta obrigação constitui ilícito, nos termos do art. 393.º n.º 2 h) e 388.º n.º 1 a), resultando ainda na inibição dos direitos de voto detidos pelo sujeito da obrigação, nos termos e na medida do art. 192.º, sendo ainda gerador de responsabilidade civil, para efeitos do art. 193.º.

Creemos que, tendo em conta as referidas funções dos critérios de imputação de votos e a dificuldade de enquadramento dogmático da figura dos FI, deverá fazer-se uma imputação dos direitos de voto detidos por FI tendo por referência a *ratio* dos arts. 16.º e 187.º do CVM, ao invés de partir da uma conceção estanque (e nunca consensual) da natureza jurídica dos FI, o que inevitavelmente poderá levar a resultados desconformes aos objetivos do legislador.

2. Os critérios de imputação de direitos de voto

Os critérios estabelecidos no art. 20.º do CVM têm uma função instrumental à composição ou preenchimento do conceito de participação qualificada, definida no art. 16.º, por referência à obrigação de comunicação. Contudo, no cômputo dos limiares estabelecidos neste artigo não podemos considerar apenas a detenção ou titularidade direta das participações. É exatamente isso que faz o art. 20.º: olha não apenas à titularidade ou detenção direta das participações, mas também à titularidade indireta, de acordo com os diversos critérios nele enunciados.

Tal como afirma Sofia Altmann⁹⁰, especialmente no seio das sociedades cotadas, verifica-se uma dissociação entre a titularidade das ações e a titularidade do respetivo direito de voto, o qual pode ser exercido ou influenciado por outrem. Tal situação não pode deixar

⁸⁸ Neste sentido, Guiné, 2008, pp. 174-175.

⁸⁹ Resende, 2010, p. 16.

⁹⁰ Altmann, 2014, pp. 98 e 99.

de ser levada em conta para o computo da imputação dos direitos de voto. “Mais importante do que saber a quem pertencem formalmente esses direitos, é saber quem tem o poder de determinar ou influenciar de modo decisivo o sentido do respetivo exercício”⁹¹.

Com o regime do art. 20.º CVM, quis o legislador consagrar um conceito material de titularidade, por contraposição a um conceito puramente formal, ao considerar equivalente à titularidade formal ou direta, a titularidade material ou indireta. Assim, para determinar se estamos perante uma participação qualificada, há que atender não apenas à detenção formal das ações, atendendo-se simultaneamente às participações que se estabeleçam por via indireta⁹².

Esta não foi uma preocupação do legislador apenas no âmbito do CVM e das sociedades cotadas. Já no CSC o legislador acautelou a ilusão do regime jurídico-societário das relações de simples participação, de domínio e de grupo, através da criação de uma válvula de escape, considerando equivalente a detenção direta e a indireta⁹³. É isso que temos no art. 483.º n.º 2 do CSC. Do mesmo modo, também o Regime Jurídico das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RJICSF) estabelece no seu art. 13.º-A um regime idêntico ao do art. 20.º do CVM, o qual faz equivaler a detenção direta de participações, à detenção indireta, através dos critérios nele indicados.

Todos estes regimes têm a mesma finalidade – contribuir para a transparência das estruturas acionistas, evitando ilusões dos respetivos regimes e a fuga às sanções ou obrigações deles decorrentes. Ora, na sequência da consagração de um conceito material de titularidade, nasce a temática da imputação de direitos de voto, a qual constitui uma técnica utilizada por estes diplomas para identificar e medir a influência de um acionista no seio da participada.

3. Alguns critérios em particular

Passaremos agora a uma análise sumária dos critérios de imputação previstos nas alíneas a), c), d), f) e g) do n.º 1 do art. 20.º, os quais poderão auxiliar-nos na resolução do tema central do nosso estudo.

No n.º 1, alínea a) deste artigo estamos perante situações em que o titular material da participação (e dos direitos de voto inerentes) não é quem figura como sócio – o titular formal –, o qual não dispõe verdadeiramente do direito de voto. Não passa na verdade de

⁹¹ Altmann, 2014, p. 99.

⁹² Sobre o tema *vide* Engrácia Antunes, pp. 317 e ss.; Oliveira, 2021, pp. 452-455.

⁹³ Engrácia Antunes, 2002, pp. 317 e ss.; Câmara, 2017, pp. 541 e ss.; Osório de Castro, 2000, p. 170.

um “testa de ferro”⁹⁴, sendo a sua atuação, no seio dos órgãos sociais, funcionalizada por outrem – o verdadeiro titular da participação. Contudo, a ocultação do verdadeiro titular da participação não tem necessariamente subjacente um intuito fraudulento ou ilícito. Refira-se ainda que tanto podemos estar perante situações em que quer o participante, quer o terceiro, são acionistas da sociedade em causa; mas poderemos estar também perante situações em que o titular material da participação não é, ele próprio, participante, recorrendo precisamente a terceiros para o exercício da sua influência.

Para Paulo Câmara⁹⁵, estamos perante uma detenção fiduciária⁹⁶, sendo os votos detidos pelo fiduciário imputados ao seu real beneficiário – o fiduciante –, mas apenas na medida quantitativa dos valores abrangidos pela fidúcia. Ou seja, caso o fiduciário seja titular, por sua conta, de mais participações na sociedade em questão, os direitos de voto inerentes a tal participação não poderão computar-se na participação qualificada que por via da regra constante da alínea a) se considerariam imputados ao fiduciante.

No entanto, tem sido entendimento comum⁹⁷ que para estarmos perante uma atuação por conta de outrem (e por essa via, aplicar o critério de imputação da alínea a)), há que existir uma verdadeira e efetiva transferência do risco e dos benefícios associados aos direitos de voto imputados ao participante. Quando a qualidade de sócio e participante não coincidem, o primeiro passo para apurar quem será o titular (material) da participação será identificar aquele que suporta o risco económico do investimento, *i.e.*, na esfera de quem se repercute uma desvalorização (ou valorização) da participação em causa⁹⁸. Com efeito, afirma Osório de Castro⁹⁹ poderemos incluir neste critério de imputação os negócios fiduciários, os quais atribuem ao fiduciário a plena titularidade de um direito, obrigando-o a exercê-lo no interesse de outrem.

A análise deste concreto critério de imputação não poderá ser feita sem que se tenha em conta o conceito de interposta pessoa, para que nos remete a expressão legal “detido por terceiro em nome próprio”. Mattamouros Resende¹⁰⁰ cita a definição dada por Fernando Pessoa Jorge¹⁰¹ segundo a qual a interposição de pessoas consiste na “realização por alguém de um ato jurídico alheio por conta e no interesse do *dominus*, mas em nome próprio”. Em seguida destaca os elementos de tal definição: i) atuação em nome próprio; ii) no

⁹⁴ Resende, 2010, p. 99.

⁹⁵ Câmara, 2016, p. 548.

⁹⁶ No mesmo sentido, Osório de Castro, 2000, p. 171.

⁹⁷ Costa e Silva, 2007, p. 417; no mesmo sentido, Câmara, 2016, p. 548.

⁹⁸ Resende, 2010, p. 112.

⁹⁹ Osório de Castro, 2000, pp. 171 e ss.

¹⁰⁰ Resende, 2010, p. 104.

¹⁰¹ Pessoa Jorge, 2001, p. 161.

interesse e iii) por conta do *dominus*. cremos ser relevante para a nossa análise os segundo e terceiro pontos – no interesse e por conta do *dominus*. Conforme refere aquele autor, o facto de a atuação do terceiro estar subordinada ao interesse do participante não obsta a que estejamos simultaneamente perante um interesse do terceiro. Contudo, e porque os interesses em causa são do *dominus*, o resultado da interposição destina-se a ser transmitido para este. Assim, como “atua em nome próprio, os efeitos jurídicos ingressam, *ab initio*, na esfera jurídica do agente. Depois, se não os efeitos jurídicos, pelos menos os efeitos económicos são transferidos para o principal, verdadeiro titular dos interesses em causa”¹⁰².

No entanto, a simples transferência dos efeitos económicos não pode considerar-se suficiente para o preenchimento do critério de imputação da alínea a) – “a existência de dissociação entre a titularidade jurídica e a titularidade económico-factual (...) pressupõe uma relação jurídica que titule a transferência dos efeitos económicos para o seu verdadeiro titular, sem a qual não pode presumir-se a influência no exercício dos direitos de voto”.

Em suma, para que estejamos perante uma detenção por conta de outrem, não basta a transferência dos efeitos económicos derivados dos direitos de voto inerentes à participação, havendo esta de ser acompanhada da influência sobre o exercício dos direitos de voto. Apenas a conjugação destes dois vetores permite a conclusão de que estamos perante uma detenção por conta de outrem¹⁰³.

Em seguida temos o critério constante da alínea c) do n.º 1 do art. 20.º. Estamos aqui perante situações em que A se obriga a votar no mesmo sentido de B, sendo imputados a B os votos detidos por A. No entanto, este critério não será aplicável nos casos em que A se obriga perante B a votar no sentido de C, quando este não seja parte do acordo, nem exista adicionalmente acordo entre B e C relativo ao sentido de voto deste.

Neste critério da alínea c), assim como nos critérios das alíneas e) e h), estamos perante acordos de concertação, os quais têm “como elemento essencial a vontade comum de quem procura exercer de forma coordenada uma influência dominante sobre determinada sociedade”¹⁰⁴. Com efeito, e dado o tipo de relações que a norma pretende colocar a descoberto – as quais predicam na intenção dos concertantes exercerem uma influência dominante sobre a sociedade visada¹⁰⁵ –, desconsidera-se liminarmente a aplicação das referidas normas à relação existente entre as ações detidas pelo fundo, os participantes e a SG.

¹⁰² Resende, 2010, p. 105.

¹⁰³ Neste sentido, Resende, 2010, p. 118.

¹⁰⁴ Baptista, 2016, p. 330.

¹⁰⁵ Costa Andrade & Stokes, 2021, pp. 64-66.

O critério constante da alínea d) do n.º 1 do art. 20.º poderia, à primeira vista, não se mostrar relevante para a questão da imputação de direitos de voto detidos por FI. Contudo, há que ter em linha de conta a obrigatoriedade de as SG revestirem forma societária, em particular, sociedade anónima. Nos termos definidos por este critério de imputação, “No cômputo das participações qualificadas consideram-se, além dos inerentes às ações de que o participante tenha a titularidade ou o usufruto, os direitos de voto detidos, se o participante for uma sociedade, pelos membros dos seus órgãos de administração e de fiscalização”.

O n.º 3 do art. 20.º consagra uma não sujeição de imputação, referindo que “Não se consideram imputáveis à sociedade que exerça domínio sobre sociedade gestora de organismo de investimento coletivo (...) os direitos de voto inerentes a ações integrantes de fundos ou carteiras geridas, desde que a sociedade gestora ou o intermediário financeiro exerça os direitos de voto de modo independente da sociedade dominante ou das sociedades associadas”. A pedra de toque desta não sujeição é a independência da SG, face às entidades que sobre ela exerçam domínio.

Para o efeito, o art. 20.º-A estabelece condições: i) a não ingerência da entidade dominante, através de instruções, diretas ou indiretas, relativas ao exercício dos direitos de voto inerentes a ações integrantes do FI; e ii) a autonomia decisória da SG no exercício dos direitos de voto. Caso não se verifique alguma destas condições, a CMVM declara a imediata imputação à entidade dominante da SG de todos os direitos de voto inerentes às ações que integrem o FI geridos por esta – art. 20.º-A, n.º 8.

A afirmação de que em caso de incumprimento de tais condições, a entidade que exerça domínio sobre a SG verá imputada a si os direitos de voto inerentes a ações integrantes dos FI por esta geridos, leva-nos a concluir que os direitos de voto inerentes a ações integrantes de FI, são imputados à respetiva SG.

Mas será este o fundamento da imputação à SG dos direitos de voto inerentes às participações detidas pelos FI por si geridos? Mais – será correto afirmar que o FI detém, *i.e.*, são titulares, destas participações? Quanto à primeira questão, cremos que a imputação à SG dos direitos de voto inerentes a participações detidas por FI não tem o seu fundamento neste critério de imputação. Estamos aqui perante um critério de imputação, não à SG, mas antes à entidade dominante desta. Evidentemente que tal critério nos dará pistas ou indicará a quem deverão ser imputados tais direitos de voto. Contudo, apenas por via indireta. Sempre se diga que o critério de imputação previsto na alínea d), no que à imputação à entidade dominante da SG se refere, apenas poderá funcionar em termos de imputação em cadeia, através do critério previsto na alínea j) do n.º 1 do art. 20.º. Ou seja,

terá de existir um outro critério de imputação através do qual seja possível a imputação à SG dos direitos de voto detidos pelo FI para que em seguida tais direitos possam, por via do critério constante da alínea d), ser imputados à entidade dominante.

Quanto à segunda questão, e conforme supramencionado, a não atribuição de personalidade jurídica aos FI tem como consequência a impossibilidade de os considerarmos como titulares dos direitos de voto inerentes às participações que integram o seu património, para efeitos de imputação¹⁰⁶.

O critério de imputação constante da alínea f) do n.º 1 do art. 20.º prevê que “No cômputo das participações qualificadas consideram-se, além dos inerentes às ações de que o participante tenha a titularidade ou o usufruto, os direitos de voto inerentes a ações detidas em garantia pelo participante ou por este administradas ou registadas ou depositadas junto dele, se os direitos de voto puderem ser exercidos pelo participante segundo o seu critério na ausência de instruções específicas do respetivo titular”. Focaremos a nossa atenção na administração e no depósito de ações pelo ou junto do participante.

O primeiro ponto a sublinhar será que a concessão dos poderes de administração sobre valores mobiliários poderá ser acompanhada do depósito dos mesmos junto do administrador, simultaneamente depositário. Nestes casos, o participante acumulará as funções de administrador e de depositário. Mas independentemente da cumulação destas funções, o critério definido pela alínea f) apenas poderá funcionar para efeitos de imputação dos direitos de voto ao administrador ou ao depositário, nos casos em que estes disponham de poderes discricionários para o seu exercício – ou, nos termos legais, segundo o seu critério.

Merece aqui uma referência o facto de a redação desta alínea ter sido cindida pelo DL n.º 219/2006, de 02/11. Da redação inicial do CVM constavam na alínea f) os critérios de imputação das atuais alíneas f) e g). No entanto, também aquela alínea sofreu alterações de redação, com a Lei n.º 99-A/2021, de 31/12. Onde antes se imputava os votos àquelas entidades (administrador ou depositário) quando os direitos de voto lhe tivessem sido atribuídos, com a redação dada por esta lei, a imputação passa a fazer-se em caso de ausência de instruções específicas do titular.

Mas não só. Será ainda necessário que o direito de voto possa ser exercido segundo o critério de tais entidades. Tal significa que a mera ausência de instrução do titular não poderá fazer operar o regime constante da alínea f). Para tal, requer-se ainda que tenha sido convencionada a atribuição de poderes discricionários (“segundo o seu critério”). Com

¹⁰⁶ Neste sentido, Resende, 2010, p. 249.

efeito, a norma necessita de um *plus* – o poder para o exercício dos direitos de voto, segundo critério do participante¹⁰⁷. Assim, estão fora do âmbito da norma os simples contratos de depósito.

Face à redação atual das alíneas f) e g), poderá colocar-se a pertinente questão de saber quais os casos que poderão cair no âmbito exclusivo da alínea g). É nosso entender que a atual alínea f) se aplicará única e exclusivamente aos casos em que o titular dos direitos de voto possa (excepcionalmente) avocar a si a definição do sentido de voto. Será o caso do contrato de gestão de carteira discricionário, no qual “o cliente pode transmitir ordens vinculativas ao intermediário financeiro”¹⁰⁸. Com efeito, caberá no âmbito da alínea g), quer o contrato de gestão de carteira totalmente discricionário¹⁰⁹, quer a atuação da SG no interesse dos participantes do FI que esta gere.

¹⁰⁷ Neste sentido, Costa e Silva, 2007, pp. 431 e 432; Osório de Castro, 2000, pp. 190 e 191.

¹⁰⁸ Barreto Menezes Cordeiro, 2020, p. 17.

¹⁰⁹ Barreto Menezes Cordeiro, 2020, p. 17.

IV. A imputação de votos detidos por fundos de investimento

1. Questão prévia

Face a tudo quanto ficou exposto, cabe neste momento advertir que a expressão “detidos por fundos de investimento” – que dá título ao nosso trabalho – apenas poderia ser utilizada com propriedade no caso de atribuição de personalidade jurídica aos FI. Tal circunstância permitiria que este fosse o titular das ações que integram o seu património. Com efeito, mais correto seria afirmar a imputação de direitos de voto inerentes a ações integrantes do património dos FI.

2. Os critérios de imputação do artigo 20.º do CVM – a alínea g) em particular

No que toca à imputação dos direitos de voto que resultem de ações que integram o património dos FI, e por referência à alínea a) do n.º 1 do art. 20.º do CVM, seguimos o entendimento de André Figueiredo¹¹⁰, segundo o qual:

Não haverá atuação por conta para efeitos desta al. a) do art. 20.º/1 quando, independentemente de uma alocação (integral ou parcial) do resultado económico associado a um conjunto de ações a um sujeito que não é seu titular formal, a este não possa ser reconhecida uma verdadeira esfera de influência, efetiva ou meramente provável, no sentido em que foram ou serão exercidos os direitos de voto.

A doutrina maioritária afirma que “os votos inerentes a ações que integrem um fundo de investimento serão imputáveis à respetiva sociedade gestora”¹¹¹, por via da alínea f) do n.º 1 do art. 20.º do CVM. No entanto, tais posições tinham por base a redação inicial desta alínea, antes da cisão operada e que criou a alínea g). Um dos argumentos utilizados para a imputação ao abrigo da alínea f) era a faculdade do exercício discricionários dos direitos de voto, por parte da SG. Outro argumento assentava na afirmação de que a administração a que esta se refere não é necessariamente apenas a convencional, mas também a estabelecida pela via legal¹¹², como é o caso da administração levada a cabo pelas SG, quanto aos ativos que integram o património dos FI por si geridos. “As situações de administração de bens *ex lege* traduzem-se, em regra, na concessão de um poder funcional, onde se dissocia a

¹¹⁰ Figueiredo, 2011, p. 558.

¹¹¹ Neste sentido, Osório de Castro, 2000, p. 191; Resende, 2010, p. 250; e ainda Vaz Tomé, 1997, p. 167.

¹¹² Resende, 2010, p. 244.

legitimidade para o exercício e a titularidade do interesse prosseguido”. Entendia-se ainda que não impedia a imputação nos termos desta alínea, o facto de o administrador/participante ter o dever (contratual ou legal) de atuar no interesse exclusivo do titular dos valores¹¹³.

No entanto, face à atual redação da alínea f), e à cisão operada, da qual resultou a alínea g), e nos termos já referidos, cremos que a imputação à SG dos votos inerentes a ações integrantes do património dos FI se deverá fazer antes ao abrigo da alínea g) do n.º 1 do art. 20.º do CVM.

Contudo, uma posição destas parte (erradamente) de definições estanques relativas à natureza jurídica dos FI, para depois enquadrar a imputação dos direitos de voto no âmbito exclusivo do art. 20.º. No entanto, conforme ficou referido, esta é uma norma incompleta, que carece de integração no âmbito dos preceitos que a convocam, podendo a sua aplicação cega e isolada levar-nos a resultados carecidos de correspondência com a *ratio legis*. A imputação de direitos de voto é “uma ferramenta que nos permite atingir o controlo real e efetivo de uma sociedade aberta. Afinal, se qualquer sociedade é (...) controlável através os direitos de voto, mais importante do que saber a quem pertencem formalmente os direitos, é saber quem tem legitimidade para o respetivo exercício de modo discricionário”¹¹⁴¹¹⁵.

Esta é a *ratio* subjacente ao art. 20.º. No entanto, devemos olhar simultaneamente à *ratio* nas normas que convocam este artigo, conjugando-as, para que possamos com certeza afirmar a quem devem ser imputados os direitos de voto inerentes a ações integrantes do património dos FI. Com base nesta análise a resposta pode ser distinta consoante estejamos perante uma imputação para efeitos do art. 16.º, ou para efeitos do art. 187.º.

O CVM estabelece um regime unificado de imputação de direitos de voto. Tal unificação:

(...) favorece a clareza applicativa, facilita os modelos de decisão por parte dos investigadores e torna a lei mais acessível e corretamente compreendida (...) visto estarmos perante uma estatuição assente em ficções legais, a rigidez do sistema manifesta-se igualmente na circunstância de o resultado applicativo ser incontornável mesmo que, em concerto, inexistia a possibilidade de influência no exercício de direitos de voto. Tal não dispensa, em todo o caso, a atividade interpretativa¹¹⁶.

¹¹³ Osório de Castro, 2000, p. 190.

¹¹⁴ Costa e Silva, 2007, p. 217, *apud* Baptista, 2016, p. 327.

¹¹⁵ Baptista, 2016, p. 327.

¹¹⁶ Câmara, 2016, p. 547.

Como tal, coloca-se a questão de saber se os critérios estabelecidos no art. 20.º do CVM devem ser objeto de interpretação e aplicação uniforme quer para efeitos do art. 16.º, quer para efeitos do art. 187.º¹¹⁷.

Daniela Batista¹¹⁸ afirma que a norma do art. 20.º tem uma natureza transitiva, pelo que o seu sentido varia em função da norma que o convoca. Com efeito, “não devem ser computados como imputáveis para efeitos dos arts. 187.º e 194.º, por exemplo, todos os votos que o serão para efeitos do art. 16.º”, uma vez que são várias as normas que remetem para os critérios constantes do art. 20.º, o qual não tem “a virtualidade de ponderar conjuntamente as preocupações subjacentes” a cada uma delas. Veja-se que a remissão operada pelo art. 187.º para o art. 20.º pressupõe, para além dos requisitos deste artigo, que tais situações possam afirmar a existência de um domínio efetivo sobre a sociedade participada, para que desta forma nasça o dever de lançamento de OPA.

Em suma, a interpretação dos critérios constantes do art. 20.º, quando no âmbito das remissões operadas pelas normas dos arts. 16.º e 187.º, deve ter “em conta a finalidade visada com a estipulação dos deveres que nascem da sua aplicação”¹¹⁹.

3. A imputação para efeitos do artigo 16.º do CVM

Quanto à imputação para efeitos do art. 16.º, o intérprete deverá atender aos já mencionados objetivos da norma¹²⁰: proteção dos investidores, confiança nos mercados, direito à informação – traduzido no conhecimento da aquisição, detenção e alienação de participações qualificadas –, determinante para a decisão de (des)investimento. Já quanto à imputação para efeitos do art. 187.º, deverá atender-se, conforme previamente mencionado¹²¹, àquele que é o fundamento da norma: a “necessidade de conceder aos sócios minoritários a possibilidade de saída da sociedade (direito de *exit*)”¹²² uma vez verificado o domínio societário.

É a SG a entidade legalmente habilitada para a administração do FI, competindo-lhe o exercício dos direitos de voto inerentes às ações por este detidos, nos termos dos arts. 63.º e 81.º do RGA. Como tal, com vista à comunicação das entidades detentoras de participações

¹¹⁷ Sobre o tema *vide* Pereira Neves, 2008, pp. 507-541; Baptista, 2016, p. 581; Câmara, 2016, p. 547; Costa Andrade & Stokes, 2021, pp. 78-80; Osório de Castro, 2021, pp. 173-183.

¹¹⁸ Baptista, 2016, p. 583.

¹¹⁹ Baptista, 2016, pp. 583-584.

¹²⁰ Sobre o tema, *vide* novamente Baptista, 2016, p. 585; Resende, 2010, pp. 73 e ss.; Câmara, 2016, p. 550; Reis de Castro, 2016, pp. 13 e ss.; e ainda Grangeon Cavaleiro, 2017, pp. 30 e ss.

¹²¹ Sobre o tema, *vide* novamente Resende, 2010, pp. 76 e ss.; Câmara, 2016, pp. 565 e ss. e 636 e ss.; Barreto Menezes Cordeiro, 2017, pp. 347 e ss. e 372-373; Baptista, 2016, p. 585; e Costa e Silva, 2007, pp. 405 e ss.

¹²² Baptista, 2016, p. 585.

qualificadas e dos direitos de voto por elas exercíveis, cremos que a norma do art. 16.º do CVM se basta com a imputação à SG dos direitos de voto inerente às participações sociais detidas pelo FI, ainda que exercidos no interesse exclusivo dos participantes.

Partindo desta premissa, tal imputação deverá fazer-se nos termos da alínea g) do n.º do art. 20.º do CVM. Assim, um eventual incumprimento do dever de comunicação previsto no art. 16.º deverá ser imputado à própria SG. É ela que tem o dever de gerir o investimento (art. 63.º n.º 2, alínea a) do RGA), bem como um dever de organização (art. 164.º e ss e 191.º n.º1 alínea a) do RGA), o que equivale a dizer que é ela quem deve assegurar o cumprimento dos deveres e obrigações emergentes da sua gestão, no caso, os deveres decorrentes do poder discricionário conferido à SG para adquirir, vender e manter participações sociais integrantes do património do fundo por si gerido.

4. A imputação para efeitos do artigo 187.º do CVM

Já no que toca ao dever de lançamento de OPA, a questão poderá não ser tão linear. Em primeiro lugar, refira-se a proibição constante do art. 177.º n.º 6 do RGA, segundo o qual a SG não pode adquirir ações que lhe confirmem mais de 20% dos direitos de voto numa mesma entidade ou que lhe permitam exercer uma influência significativa na sua gestão, por referência ao conjunto de OICVM que gere. Assim, dificilmente serão imputados à SG mais do que aquele limiar de direitos e voto, o qual é insuficiente para fazer nascer a obrigação de dever de lançamento de OPA, tendo em conta os limites mínimos estabelecidos no art. 187.º – um terço ou metade dos direitos de voto correspondentes ao capital social.

Contudo, não será teoricamente impossível que a detenção de 20% do capital social se transforme em, pelo menos, um terço deste. Consideremos o cenário meramente académico da detenção de 20% do capital social, em que a sociedade participada delibera a aquisição de pelo menos 41% de ações próprias¹²³. Ora, nestes casos, por força do disposto no art. 324.º n.º 1 alínea a) do CSC, tais ações teriam os seus direitos de voto suspensos. Com efeito, a SG seria titular de mais de um terço dos direitos de voto da participada, nascendo então o dever de lançamento de OPA. Se tal hipótese se apresenta como remota, a verdade é que já não será tão remota a possibilidade de a SG adquirir ações que lhe confirmem mais de um terço dos direitos de voto na participada, quando estejamos perante OIA de capital de risco, sobre os quais não impende a limitação constante do art. 177.º do RGA.

¹²³ Que apenas poderá acontecer nos termos dos arts. 316.º e ss. do CSC, em especial, nos termos de alguma das alíneas do n.º 3 do art. 317.º.

Assim, ultrapassados os limites legais que impõem o dever de lançamento de OPA, tal dever deverá surgir na esfera de quem detém a influência dominante que dá razão de ser à norma. Pelos motivos acima expostos, é a SG que detém uma influência dominante sobre a participada, sendo a esta que compete o exercício dos direitos de voto inerentes às ações detidas pelos FI que gere.

A ultrapassagem dos limites referidos no art. 187.º do CVM poderá dar-se por referência à totalidade dos direitos de voto geridos pela SG e que integram o património de todos os FI por si geridos, nos termos do art. 177.º do RGA. Com efeito, cremos ser de distinguir duas situações possíveis: a primeira, o caso em que o dever de lançamento de OPA surge por referência aos direitos de voto inerentes a um único FI. Neste caso, e por ser a SG que detém a influência dominante da participada, será na esfera da SG que nasce este dever. Contudo, será sempre e apenas na estrita medida do cumprimento da sua obrigação de administração daquele concreto FI e dos seus deveres fiduciários. Como tal, o dever de lançamento de OPA, embora surja na esfera da SG, será cumprido com os bens e meios integrantes do FI, uma vez que a influência dominante foi alcançada pela SG na prossecução do interesse dos participantes, ou pelo menos com esse intuito. Tal afirmação não impossibilita os participantes (individualmente considerados ou em conjunto) do recurso à figura da responsabilidade contratual da SG, pelo eventual incumprimento da política de investimento e dos deveres de gestão de risco a que esta se encontra adstrita.

A segunda situação será a do surgimento do dever de lançamento de OPA na esfera da SG, mas por referência aos direitos de voto inerentes aos vários FI por aquela geridos. Em tal hipótese, os contornos acima mencionados para a execução deste dever deverão aplicar-se a cada um dos FI na proporção dos direitos de voto detidos por este (administrados pela SG) e que contribuíram para a formação da influência dominante da SG. Ou seja, os bens e meios que serão disponibilizados para efeitos do cumprimento do dever de lançamento de OPA serão imputados proporcionalmente a cada um dos FI, por referência aos direitos de voto que integram o património do FI. Do mesmo modo, o benefício resultante, *i.e.*, as ações adquiridas por força do lançamento da OPA, integrarão o património de cada um dos FI geridos pela SG comum, na proporção dos direitos de voto integrantes de cada um dos FI que contribuíram para a detenção de uma influência dominante sobre a participada. Também aqui os participantes não se encontram impossibilitados (individualmente ou em conjunto) de recorrer a ação de responsabilidade contratual pelo eventual incumprimento da política de investimento e dos deveres de gestão de risco a que se encontra adstrita a SG.

Conclusão

Aqui chegados, cumpre-nos sumariar o caminho que fizemos e reforçar algumas conclusões a retirar. Começámos por definir os OIC ao abrigo do RGA, por contraposição ao RGOIC, evidenciando as diferenças que o novo diploma trouxe. Vimos ainda os diversos tipos de OIC consagrados na lei.

Em seguida identificámos as entidades relacionadas com os OIC – a entidade gestora, o depositário, a entidade comercializadora e o auditor. Vimos que é a SG quem administra os OIC sob a forma contratual, cabendo-lhe legalmente a sua representação, no estrito cumprimento dos seus deveres e no interesse exclusivo dos participantes. Colocámos de seguida a hipótese de se considerar os FI como um ente para-societário, cujos órgãos estatutários seriam (na sua maioria) externos, tendo em conta as funções desempenhadas pelas entidades relacionadas com os FI.

Definimos ainda os FI, por referência ao RGA e por contraposição ao RGOIC. Tecemos de seguida algumas considerações sobre a autonomia patrimonial dos FI, entrando depois na temática da natureza jurídica dos FI, onde elencámos as teses defendidas pela doutrina, deixando claras as fragilidades da redação do RGA, bem como a oportunidade que o legislador desaproveitou para clarificar a querela. Analisámos, por fim, a possibilidade (e a conveniência) de atribuição de personalidade jurídica aos FI.

Passámos em seguida à análise das funções do regime da imputação de votos prevista no art. 20.º do CVM, assim como das normas que convocam a sua aplicação, concluindo que, tendo em conta tais funções e a dificuldade de enquadramento dogmático da figura dos FI, se deverá fazer uma imputação dos direitos de voto detidos por FI tendo por referência a *ratio* dos arts. 16.º e 187.º do CVM, ao invés de partir de uma conceção estanque da natureza jurídica dos FI, o que inevitavelmente nos levaria a resultados desconformes aos objetivos do legislador. Fizemos ainda uma análise dos critérios de imputação previstos no art. 20.º do CVM que nos poderiam auxiliar a responder à questão de a quem deverão ser imputados os direitos de voto detidos por FI.

Por fim, procurámos conjugar todos os capítulos que antecederam, para concluirmos a quem devem ser imputados os direitos de voto detidos por FI. Neste momento, advertimos para a utilização da expressão que dá título ao nosso trabalho – “detidos por fundos de investimento” – referindo que tal expressão apenas poderia ser utilizada com propriedade no caso de atribuição de personalidade jurídica aos FI. Tal circunstância permitiria que este fosse o titular das ações que integram o seu património. Assim, considerámos que mais correto seria afirmar a imputação de direitos de voto inerentes a ações integrantes do

património dos FI. Chegados a este ponto, concluimos que a imputação dos direitos de voto detidos por FI deveria ser feita casuisticamente, por referência aos objetivos das normas que convocam a aplicação dos critérios constantes do art. 20.º do CVM.

Bibliografia

- ALTMANN, S. (2014). A imputação de direitos de voto no mercado de capitais: Em especial o acordo para o exercício do direito de voto. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 25, pp. 97-138.
- ANDRADE, M. de (1997). *Teoria geral da relação jurídica: Sujeitos e objecto*, vol. I. Almedina.
- BAPTISTA, D. F. (2016) *A atuação concertada como fundamento de imputação de direitos de voto*. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, UCP Editora.
- BARRETO MENEZES CORDEIRO, A. (2014). *Do trust no direito civil*, tese de doutoramento, Almedina.
- BARRETO MENEZES CORDEIRO, A. (2017). *Manual de direito dos valores mobiliários*. Almedina.
- BARRETO MENEZES CORDEIRO, A. (2020). O contrato de gestão de carteira. *Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, vol. 2, n.º 6, pp. 1-36.
- BARRETO MENEZES CORDEIRO, A. (2017). O depositário no regime geral dos organismos de investimento coletivo. In AA.VV. *O Novo Direito dos Valores Mobiliários – I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros*, pp. 281-295. Edições Almedina.
- BRANDÃO DA VEIGA, A. (2000). *Três problemas dogmáticos dos fundos de investimento*. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 8.
- CÂMARA, P. (2016). *Manual de direito dos valores mobiliários*, 3.^a edição. Almedina.
- CÂMARA, P. (2011). Os fundos de investimento. In AA.VV. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, pp. 631- 650. Almedina.
- CARVALHO FERNANDES, L. (2012). *Teoria geral do direito civil*, vol. I, 6.^a edição. UCP Editora.
- COSTA ANDRADE, C. & M. STOKES (2021). Contributo para o estudo da imputação de direitos de voto no contexto do dever de lançamento de OPA. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os 20 anos do Código dos Valores Mobiliários*, pp. 61-93. Almedina.
- COSTA ANDRADE, M. (2009). A propriedade fiduciária. In COSTA ANDRADE, M. (org.). *Separata de II Seminário Luso-Brasileiro do Direito Registral (Coimbra – 10 e 11 de maio de 2007)*, pp. 55-84. Coimbra Editora.
- COSTA E SILVA, P. (2007). A imputação de direitos de voto na oferta pública de aquisição. In AA.VV. *Direito dos valores mobiliários*, vol. VII, pp. 403-441. Coimbra Editora.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2019). Os fundos de investimento imobiliário. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 22, pp. 49-61.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2002). *Os grupos de sociedades*, 2.^a edição. Almedina.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2017). *Os instrumentos financeiros*, 3.^a edição. Almedina.
- FERREIRA, J. (2021). A imputação de direitos de voto no cruzamento entre transparência e oferta pública de aquisição. In AA.VV. *Estudos em honra de João Soares da Silva*, pp. 581-610. Almedina.

- FIGUEIREDO, A. (2011). *O negócio fiduciário perante terceiros com aplicação especial na gestão de valores mobiliários*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- FORMIGAL, R., B. AZEVEDO RODRIGUES, J. MORAIS, J. MALDONADO REIS, J. LUPI, J. SOARES CARVALHO & D. PIMENTA (2023). *O novo Regime de Gestão de Ativos*. 4 de maio de 2023. <https://abreuadvogados.com/>.
- GRANGEON CAVALEIRO, F. (2017). *A proteção do mercado nas sociedades abertas. Em especial, a tutela dos investidores através do mecanismo de imputação de direitos de voto*. Dissertação de Mestrado. Porto. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- GUINÉ, O. (2008). Do contrato de gestão de carteiras e do exercício do direito de voto. In AA.VV. *Direito dos valores mobiliários*, vol. VIII, pp. 65-149. Coimbra Editora.
- KUNJIKUISSE JELEMBI, A. (2017). *O negócio fiduciário: Caracterização, constituição e efeito*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- MENEZES LEITÃO, L. (2021). Fundos de investimento. *Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, vol. 3, n.º 11, pp. 621-639.
- MOTA PINTO, C. A., A. PINTO MONTEIRO & P. MOTA PINTO (2020). *Teoria geral do direito civil*, 5.ª ed. Gestlegal.
- OLIVEIRA, A. P. (2021). Responsabilidade, imputação de participações sociais e domínio total indireto. In AA.VV. *Estudos em honra de João Soares da Silva*, pp. 451-484. Almedina.
- OSÓRIO DE CASTRO, C. (2000). A imputação de direitos de voto no código dos valores mobiliários. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, pp. 163-193.
- OSÓRIO DE CASTRO, C. (2021). A imputação de direitos de voto para efeitos de OPA's e algumas notas sobre matérias avulsas. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os 20 anos do Código dos Valores Mobiliários*, pp. 165-200. Almedina.
- PEREIRA DE ALMEIDA, A. (2008). Governo dos fundos de investimento. In AA.VV. *Direito dos valores mobiliários*, vol. VIII, pp. 9-38. Coimbra: Coimbra Editora.
- PEREIRA DE ALMEIDA, A. (2013). *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, vol. 2, 7.ª ed. Coimbra Editora.
- PEREIRA NEVES, V. (2008). A natureza transitiva dos critérios de imputação de direitos de voto no código dos valores mobiliários. In AA.VV. *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, pp. 507-541. Almedina.
- PESSOA JORGE, F. (2001). *O mandato sem representação* (reimpressão). Almedina.
- REIS, C. (2002). Os deveres das entidades gestoras de fundos de investimento. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 14, pp. 157-164.
- REIS DE CASTRO, A. (2016). *A imputação de direitos de voto nos termos do Artigo 20.º do Código dos Valores Mobiliários*. Dissertação de Mestrado. Porto. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

- REIS MARTINS, G. (2007). Organismos de investimento coletivo abertos em valores mobiliários e personalidade jurídica – estudo comparado. In AA.VV. *Direito privado e direito comunitário*, pp. 319-421. Âncora Editora e Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- RESENDE, J. M. (2010). *A imputação de direitos de voto no mercado de capitais*. Dissertação de Mestrado. Lisboa. Universidade Católica Editora.
- ROMÃO PINHO, C. (2012). Os fundos de investimento mobiliário no Direito português: Natureza jurídica e exercício do direito de voto pela entidade gestora. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. IV, n.º 1, pp. 111-145.
- ROSA FERRO, P. (2005). Notas sobre o preâmbulo constitucional. *Direito e Justiça*, vol. 19, n.º 1, pp. 133-157.
- SIMÕES COELHO, P., O. VOGLER GUINÉ & C. FILIPE COUTO (2023). O Novo Regime da Gestão de Ativos, abril de 2023, <https://www.vda.pt/pt/>.
- SOARES DA SILVA, J. (2007). Algumas observações em torno da tripla funcionalidade da técnica de imputação de votos no Código dos Valores Mobiliários. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 26, pp. 47-58.
- TEIXEIRA, J. C., D. GUIMARÃES (2023). O novo Regime de Gestão de Ativos, 15 de junho de 2023. <https://adcecija.pt/>.
- VAZ TOMÉ, M. J. (2007). Alguns aspetos dos fundos comuns de investimento mobiliário abertos. In AA.VV. *Jornadas – Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira*, pp. 123-144. Almedina.
- VAZ TOMÉ, M. J. (1997). *Fundos de investimento mobiliário abertos*. Coimbra: Livraria Almedina.
- VAZ TOMÉ, M. J. (1999). Notas sobre os aspetos financeiros e civis dos fundos de investimento mobiliários abertos. In AA.VV. *Direito dos valores mobiliários*, vol. VI, pp. 9-62. Coimbra Editora
- VAZ TOMÉ, M. J. & D. LEITE DE CAMPOS (1999). *A propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no direito português*. Almedina.

O segundo pilar de tributação da OCDE

**A *subject to tax rule*: análise crítica e aplicação no
ordenamento jurídico nacional**

Francisco Ribeiro Silva Dias

Sob a orientação do Professor
Doutor Filipe Cerqueira Alves

Resumo

Tendo em vista o combate aos novos obstáculos que a economia digital ergueu, a OCDE desenvolveu um conjunto de medidas denominadas Segundo Pilar de Tributação.

Dentro deste conjunto de regras encontra-se a *Subject to Tax Rule*, que tem em vista a proteção da economia fiscal dos Países em Desenvolvimento. Para tal, esta regra visa atingir as transferências ilícitas de rendimentos que ocorrem dentro dos grandes grupos empresariais.

Contudo, apesar dos seus bem-intencionados objetivos, a *Subject to Tax Rule* apresenta um âmbito de aplicação altamente limitado que poderá comprometer a sua capacidade de atingir os objetivos propostos.

A presente dissertação tem como objetivo o estudo da *Subject to Tax Rule* e das críticas que lhe são apostas. Em paralelo, são apresentadas potenciais alterações, de forma a aumentar o seu impacto nos Países em Desenvolvimento.

Adicionalmente, é realizada uma análise dos impactos que a *Subject to Tax Rule* terá no ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: OCDE; Segundo Pilar; BEPS; STTR; Países em Desenvolvimento.

Abstract

In order to tackle the new obstacles raised by digital economy, the OECD has developed a set of measures denominated the Second Pillar of Taxation.

Within this set of rules is the Subject to Tax Rule, which aims to protect the tax economy of Developing Countries. To this end, this rule aims to target illicit transfers of income that take place within the large business groups.

However, despite its well-intentioned objectives, the Subject to Tax Rule has a highly limited scope that may compromise its ability to achieve the proposed objectives.

This dissertation aims to study the Subject to Tax Rule and the respective criticisms. At the same time, potential changes are presented in order to increase its impact on Developing Countries.

We end this dissertation with an analysis of the impacts that the Subject to Tax Rule will have on the national legal system.

Keywords: OECD; Second Pillar; BEPS; STTR; Developing Countries.

Lista de siglas e abreviaturas

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CMOCDE	Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
EF	Estado da Fonte
EMN	Empresa Multinacional
ER	Estado da Residência
EUR	Euros
GLoBE	Global anti-base Erosion
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
MLI	Multilateral Instrument
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto Interno Bruto
STTR	Subject to Tax Rule
USD	Dólares dos Estados Unidos

Índice

Introdução	5
1. O Segundo Pilar de tributação	8
2. A Subject to Tax Rule	9
2.1. Considerações iniciais	9
2.2. Sujeição subjetiva	10
2.3. Entidades relacionadas – A cláusula antiabuso	12
2.4. Interação com outros artigos do tratado	15
2.5. Sujeição objetiva	15
2.6. Limites de materialidade	16
2.7. A taxa nominal de imposto e ajustes preferenciais	17
2.8. Eliminação da dupla tributação	20
2.9. Interligação com as regras GLoBE	20
2.10. Aplicação prática – considerações adicionais	21
3. Análise crítica	23
3.1. Considerações iniciais	23
3.2. Análise crítica à sujeição subjetiva	23
3.3. Análise crítica à sujeição objetiva	25
3.4. Análise crítica aos limites de materialidade	27
3.5. Análise crítica à taxa nominal de imposto	29
3.6. Análise crítica ao modo de implementação e consequências	32
3.7. A STTR da OCDE vs. a STTR da ONU	34
4. Impactos da STTR no ordenamento jurídico português	36
4.1. Considerações iniciais	36
4.2. A taxa nominal de imposto	36
4.3. Aplicação nos tratados	38
Conclusões	41
Bibliografia	44

Introdução

Atualmente, vive-se uma época de grande produção legislativa no que se refere à tributação das empresas, às obrigações de reporte, às obrigações de transparência e, ainda, à segurança fiscal.

Com efeito, várias são as iniciativas anunciadas, propostas, ou mesmo já em implementação na União Europeia. A título de exemplo, vejam-se as medidas no âmbito do Pilar II, a iniciativa Unshell¹, ou mesmo a proposta BEFIT², entre muitas outras.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que estas preocupações são recentes e que até então estes riscos não existiam ou não estavam identificados. Contudo, não é esta a realidade.

Conforme nos elucida Annet Wanyana Ogutto, foi em 1998, com a emissão do *Harmful Tax Competition Report*, que a OCDE iniciou a discussão relativa aos Paraísos Fiscais e à forma como estes originam práticas concorrenciais negativas. Em particular, a forma como estas práticas levam à erosão da base tributária de muitos Estados e distorcem as decisões de investimento³.

À data, a OCDE já apelava à união dos vários Estados e à harmonização dos seus sistemas fiscais de forma a reduzir as consequências destes problemas.

Todavia, estas propostas não foram bem aceites pela comunidade internacional, em particular, pelos Estados Unidos da América. Conforme referiu Paul O'Neil, à data, Secretário de Estado⁴:

(...)

Não consigo perceber como é que baixas taxas de tributação são, de qualquer modo, suspeitas e o motivo pelo qual um país, ou grupo de países, deve interferir nas decisões de outros países e na estrutura do seu sistema fiscal [...] Os Estados Unidos não apoiam qualquer esforço que dite o sistema de fiscal que qualquer país deva ter e não vão participar em qualquer iniciativa que vise a harmonização dos sistemas fiscais internacionais. Os Estados Unidos não têm interesse em abafar estas medidas governamentais. (O'Neil, 2001).

(...)

¹ Conjunto de regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada (sem substância económica) para fins fiscais, conforme regulado na Proposta de Diretiva do Conselho COM/2021/565 final, de 22 de dezembro de 2021.

² Conjunto de regras relativas à tributação das sociedades na União Europeia, assente num valor tributável comum e na repartição dos lucros entre os Estados Membros, conforme regulado na Proposta de Diretiva do Conselho COM/2023/532 final, de 12 de setembro de 2023.

³ Ogutto, 2022.

⁴ O'Neil, 2001.

Posteriormente abriu-se a discussão, e a OCDE veio esclarecer que o objetivo não seria a harmonização dos sistemas fiscais, mas sim garantir a justa distribuição dos poderes tributários, em particular, a proteção das bases tributárias dos países em desenvolvimento que são os mais afetados⁵.

A discussão manteve-se e só 17 anos mais tarde, em 2015, é que foram emitidas as primeiras ações ao abrigo do programa do BEPS. O seu objetivo era atingir uma certa homogeneidade nas políticas fiscais, prevenir o abuso dos tratados, aumentar a transparência das transações e eliminar possíveis práticas abusivas⁶.

Contudo, apesar do seu sucesso, o programa deixou de fora os problemas originados em virtude da ascensão da economia digital e a manutenção da existência dos Paraísos Fiscais.

Neste sentido, em 2019, de forma a resolver estes problemas, a OCDE arrancou com uma solução baseada em dois pilares. Por um lado, o Pilar I, focado na luta pela justa distribuição dos poderes tributários e, por outro lado, o Pilar II, com o objetivo de resolver os restantes problemas, em particular, a concorrência desleal e a aplicação de taxas de imposto demasiado reduzidas⁷.

Neste contexto, o tema desta dissertação incidirá sobre o estudo do Pilar II. Contudo, cabe referir que a análise ficará limitada à *Subject to Tax Rule* (doravante, STTR), uma das quatro regras que compõem o Pilar II.

Para tal, de forma a iniciar a reflexão, o primeiro capítulo oferece uma explicação geral sobre os objetivos e regras que compõem o Pilar II.

De seguida, o segundo capítulo vira o foco para a STTR na sua configuração final, datada de julho de 2023.

Com efeito, é apresentado o funcionamento da regra, em especial, no que diz respeito à sua incidência subjetiva e objetiva, limites de materialidade, taxa nominal de imposto e ajustes preferenciais.

Após as considerações teóricas, abre-se a análise crítica no terceiro capítulo.

Esta análise parte da premissa defendida por vários autores segundo a qual a STTR não será capaz de atingir o seu principal objetivo, pelo menos na totalidade. Conforme enuncia a OCDE, este objetivo passa pelo restauro das bases tributárias das empresas sedeadas em países em desenvolvimento e que as veem reduzidas devido a esquemas fiscais que provocam a sua erosão e transferência de lucros⁸.

Assim, serão analisados os motivos para a invocação dessas premissas e apresentadas e analisadas várias propostas que visam o alargamento do âmbito da STTR,

⁵ OCDE, 2000.

⁶ Tandon, 2022.

⁷ OCDE, 2019a.

⁸ OCDE, 2020.

em particular no que respeita à sua sujeição subjetiva, objetiva, limites de materialidade e taxa nominal de imposto.

No quarto e último capítulo, serão analisados os impactos que a STTR terá, de forma geral, no ordenamento jurídico português.

Por fim, cabe advertir que a generalidade da bibliografia da presente dissertação é de língua inglesa, pelo que as traduções são da autoria de quem redige o texto.

1. O Segundo Pilar de tributação

Foi em outubro de 2020 que a OCDE, após meses de atraso, divulgou o Relatório *Blueprint*, onde explicou, de forma detalhada, os objetivos, as quatro regras e o funcionamento do Pilar II⁹.

De uma forma geral, este conjunto de medidas visa garantir que os lucros das Empresas Multinacionais (doravante, EMN) são sujeitos a uma taxa mínima de tributação, independentemente do local onde essa taxa é imposta e recolhida¹⁰.

A principal preocupação desta política fiscal está relacionada com os lucros derivados de ativos intangíveis e com os financiamentos intragrupo, em particular, quando estejam envolvidas entidades estabelecidas em países de baixa tributação¹¹. De acordo com a OCDE, estes eram os tópicos para os quais faltava regulamentação no âmbito das políticas do BEPS¹².

Como refere Stefano Pesiri, este novo conjunto de medidas “[...] tem como objetivo modernizar o sistema fiscal, neutralizar a competição fiscal e reduzir o fenómeno de transferência de lucros [...]”¹³. Com efeito, este projeto visa evitar distorções e promover uma maior eficiência nas decisões de investimento global, ou seja, as decisões de alocação do capital por parte das EMN não deverão ser influenciadas pela tributação a que ficarão sujeitas¹⁴.

Para atingir estes objetivos foram construídas quatro regras. Por um lado, as regras GLoBE, compostas pela *Income Inclusion Rule* e a *Undertaxed Payments Rule*, responsáveis por implementar o nível mínimo de tributação. Por outro lado, a *Switch-Over Rule*, responsável por complementar a aplicação da *Income Inclusion Rule*, e a STTR, responsável por limitar a aplicação dos benefícios dos tratados em certos pagamentos¹⁵.

Daqui em diante, tendo em consideração o tema desta dissertação, apenas será analisada a STTR, em particular, os seus objetivos e funcionamento. Contudo, ressalva-se que os impactos relacionados com os Estabelecimentos Estáveis, pela sua complexidade, não serão alvo de análise.

⁹ Perdelwitz & Turina, 2021.

¹⁰ OCDE, 2020.

¹¹ Perdelwitz & Turina, 2021.

¹² *Ibidem*.

¹³ Pesiri, 2023.

¹⁴ Perdelwitz & Turina, 2021.

¹⁵ OCDE, 2020.

2. *A Subject to Tax Rule*

2.1. Considerações iniciais

Foi em julho de 2023 que 138 membros do *Inclusive Framework* chegaram ao acordo final relativamente ao objetivo e modo de funcionamento da STTR.

A STTR é uma regra com aplicação nos tratados celebrados entre os membros do *Inclusive Framework* e, de uma forma geral, cobre determinados pagamentos intragrupo quando estes não tenham sido submetidos a uma taxa nominal mínima de imposto, de 9%, no Estado da Residência (doravante, ER)¹⁶.

Conforme enunciado pela OCDE, a regra não foi concebida para alterar a alocação dos direitos de tributação. Ao invés, é aplicável quando, por força de um tratado, o Estado da Fonte (doravante, EF) vê os seus direitos de tributação limitados e o ER tributa o respetivo rendimento a uma taxa nominal abaixo do limite estabelecido de 9%¹⁷. Neste caso, quando cumpridos os requisitos legais, o EF terá o direito de aumentar a tributação do respetivo rendimento até ao limite de 9%.

Desta forma, a STTR visa atacar as estruturas societárias que, artificialmente, transferem os lucros para países de baixa tributação e restaurar os direitos de tributação nos EF, que veem as suas bases fiscais reduzidas. Conforme explicado pela OCDE, esta regra é vista como uma medida defensiva para os EF e tem como objetivo prevenir comportamentos de erosão da base e transferência de lucros¹⁸.

A regra tem como principal foco os países em desenvolvimento, isto é, proteger a economia fiscal destes países, muitas vezes com poucas capacidades administrativas, e que veem a sua base fiscal reduzida por meios artificiais¹⁹. Neste sentido, só cabe aplicar a regra quando em causa esteja um país em desenvolvimento. Conforme explicado pela OCDE, um país é considerado como país em desenvolvimento quando o seu rendimento nacional bruto, *per capita*, é inferior a 12.535 USD em qualquer ano no período compreendido entre 2019 e 2022²⁰, utilizando o método do *World Bank Atlas*²¹.

O efeito desta regra é exemplificado de seguida.

Uma empresa residente no Estado “A”, classificado como país em desenvolvimento à luz do critério estabelecido pela OCDE, faz um pagamento, coberto pela sujeição objetiva da regra, no montante de 100 USD a uma empresa residente no Estado “B”, classificado como país desenvolvido. No Estado “B”, de acordo com a sua legislação interna, este pagamento será sujeito a uma taxa nominal de imposto de 5%.

¹⁶ OCDE, 2023a.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ OCDE, 2020.

¹⁹ OCDE, 2023a.

²⁰ Este período será atualizado regularmente à medida que os anos vão avançando.

²¹ OCDE, 2023a.

Adicionalmente, de acordo com o tratado em vigor entre o Estado “A” e o Estado “B”, a taxa de retenção na fonte aplicável a este tipo de rendimentos é de 2%.

Pela análise do caso, conclui-se que o rendimento é tributado a uma taxa inferior a 9% no ER ,pelo que a STTR entra em força derogando as disposições do tratado. Ao abrigo desta regra, o EF poderá aumentar a sua tributação até ao limite dos 9%, mas considerando a tributação a que este rendimento está sujeito no ER. Desta forma, como o ER tributa a 5%, o EF poderá tributar até ao máximo de 4% (9% - 5%). Tendo em consideração que já aplica 2% de retenção na fonte, após a aplicação da STTR, poderá aumentar a retenção em 2% (4% - 2%). Assim, o EF poderá tributar este rendimento a uma taxa máxima de 4%.

Adicionalmente, na proposta inicial da OCDE, a STTR estava prevista como regra complementar à *Undertaxed Payments Rule*. Contudo, à medida que foi sendo desenhada, a regra ganhou força e, atualmente, opera de forma isolada nos tratados com os seus objetivos e princípios próprios²².

Por fim, cabe referir que, no que toca à sua implementação nos tratados, esta terá de ser requerida por parte dos países em desenvolvimento aos países desenvolvidos quando seja expectável a sua aplicação. No que aqui importa, cabe notar que os países desenvolvidos, membros do *Inclusive Framework*, se comprometeram a aceder a estes pedidos.

A inclusão desta regra nos tratados poder-se-á operar de forma bilateral ou através de um MLI²³, conforme analisado mais à frente.

De seguida, inicia-se a análise da STTR tendo em consideração as suas principais componentes.

2.2. Sujeição subjetiva

A STTR apresenta um campo de aplicação subjetivo limitado. Com efeito, de acordo com a alínea b) do número 8 do artigo da STTR, *a contrario*, esta aplica-se aos pagamentos realizados entre entidades relacionadas²⁴.

De forma a definir entidades relacionadas, no seu número 10, a regra recorre à definição constante no número 8 do artigo 5.º da CMOCDE. Neste sentido, duas entidades serão consideradas como relacionadas se, tendo em consideração todos os factos e circunstâncias, uma tem controlo sobre a outra ou ambas se encontram sob o controlo comum de uma terceira entidade. Em qualquer caso, duas entidades serão consideradas como relacionadas se uma detém, direta ou indiretamente, mais de 50% do

²² OCDE, 2019b.

²³ OCDE, 2023b.

²⁴ OCDE, 2023a.

capital social ou direitos de voto da outra ou sejam detidas em mais de 50% do capital social ou direitos de voto por uma terceira entidade.

Pelo exposto, coexistem dois testes de forma a aferir a relação de controlo. Na primeira parte da regra, um teste de controlo de facto baseado em todos os factos e circunstâncias da relação. Já na segunda parte, a regra é complementada por um teste de controlo quantitativo que qualifica como relacionadas todas as entidades que detenham, ou sejam detidas por outras, numa participação superior a 50% do capital social ou direitos de voto.

A sujeição subjetiva da STTR não termina aqui e a regra inclui, no número 8, uma série de entidades excluídas do seu âmbito subjetivo.

Em primeiro lugar, são excluídos os pagamentos realizados por, ou a pessoas singulares e, ainda, os pagamentos entre entidades não relacionadas.

De seguida, a regra enumera uma série de entidades excluídas do seu âmbito de aplicação.

A razão para a sua exclusão prende-se com o facto de estas entidades estarem igualmente excluídas do campo de aplicação das regras GLoBE²⁵. A justificação para esta exclusão está relacionada com o seu objeto social, isto é, por se tratar de entidades que têm como objetivo a prossecução de interesses públicos. Neste sentido, muitas vezes não são sujeitas a imposto ou são tributadas no âmbito de regimes especiais. Desta forma, a sua inclusão no âmbito da sujeição subjetiva da STTR poderia ser contrária às políticas de vários Estados.

As entidades acima referidas são:

- (i) Os fundos de pensões, conforme definido no número 1 do artigo 3.º da CMOCDE²⁶;
- (ii) As organizações sem fins lucrativos que prossigam atividades de natureza religiosa, científica, artística ou cultural²⁷. Contudo, quando prossigam atividades de natureza comercial, deixam de estar excluídas;
- (iii) As entidades estaduais ou políticas que prossigam interesses públicos ou de Estado e não tenham objetivo lucrativo. Também se incluem nesta

²⁵ OCDE, 2020.

²⁶ “[...] o termo “fundo de pensões reconhecido” de um Estado significa uma entidade ou conjunto de entidades estabelecidas nesse Estado que são tratadas de forma separada, [autonomamente], de acordo com as leis fiscais desse Estado e: (i) que está estabelecida e opera exclusivamente ou quase exclusivamente na administração ou prestação de benefícios de reforma e outros benefícios a pessoas individuais e que é regulada como tal por esse Estado ou uma das suas subdivisões políticas ou autoridades locais; ou (ii) que está estabelecida e opera exclusivamente ou quase exclusivamente no investimento de fundos para o benefício de entidades ou conjunto de entidades a que se refere a subdivisão (i)”.

²⁷ Cfr. OCDE, 2023a: cabe referir que a lista constante da alínea d) do número 8 do artigo da STTR não tem caráter taxativo, mas sim, exemplificativo. Neste sentido, pode abranger outras entidades com os objetivos semelhantes aos elencados.

categoria as entidades de direito privado, mas que exercem funções de natureza pública;

- (iv) As organizações internacionais;
- (v) Os fundos de investimento quando geridos por profissionais a favor dos investidores;
- (vi) As entidades sujeitas ao regime da transparência fiscal;
- (vii) As entidades detidas ou maioritariamente detidas por entidades excluídas da sujeição.

2.3. Entidades relacionadas – A cláusula antiabuso

A STTR inclui, no seu número 11, uma norma antiabuso que visa atacar as situações triangulares ou de interposição de intermediários entre duas entidades relacionadas com o objetivo de contornar a aplicação da STTR.

Com efeito, a regra identifica duas situações de abuso que se podem verificar neste sentido.

A primeira verifica-se quando é interposta uma entidade não relacionada num fluxo de pagamentos entre duas entidades relacionadas. Desta forma, os pagamentos passam a ser realizados entre entidades não relacionadas pelo que o âmbito subjetivo da norma deixa de estar verificado e a STTR não tem aplicação.

A segunda verifica-se quando é interposta uma entidade relacionada, mas sujeita a uma alta taxa de imposto num fluxo de pagamentos entre duas entidades relacionadas. Desta forma, o requisito da taxa mínima de referência da STTR, de 9%, é ultrapassado e a STTR não tem aplicação.

Para facilitar a aplicação desta norma antiabuso, a STTR inclui três requisitos cumulativos que deverão estar preenchidos.

O primeiro requisito, enuncia que este intermediário deverá ser residente num dos dois Estados contratantes.

A este respeito, cabe referir que este intermediário não tem de cumprir as condições subjetivas da STTR. Neste sentido, o intermediário poderá ser uma Pessoa Singular ou mesmo uma entidade excluída do campo de aplicação da STTR. Caso contrário, criar-se-iam oportunidades para esquemas fiscais de forma a contornar a aplicação da STTR.

Adicionalmente, é imposto que este seja residente num dos dois Estados contratantes pois a STTR é uma regra que tem aplicação através dos tratados. Se este intermediário estivesse sediado num Estado terceiro, então ter-se-ia de analisar o tratado celebrado, se existente, entre este Estado terceiro e os outros dois Estados.

O segundo requisito enuncia que o intermediário, num período de 365 dias, faça pagamentos (pagamentos relacionados), de forma direta ou indireta, à entidade relacionada com a entidade original. Estes pagamentos terão de ser de montantes iguais ou semelhantes aos que recebeu da entidade original (pagamentos originais).

A este respeito, a STTR clarifica que os pagamentos relacionados serão considerados como semelhantes, relativamente aos pagamentos originais, quando a sua ordem de grandeza seja igual em, pelo menos, 90%. Contudo, ressalva que este requisito terá de ser analisado e avaliado caso a caso.

Este requisito é ainda complementado por três subrequisitos.

- (i) O primeiro enuncia que o pagamento relacionado terá de ser realizado a uma entidade relacionada com a entidade original e que esteja abrangida pela incidência subjetiva da STTR.

Adicionalmente, esclarece que os pagamentos relacionados não têm de ser realizados na totalidade à mesma entidade relacionada. Com efeito, a norma antiabuso terá aplicação mesmo no caso em que os pagamentos sejam fracionados e realizados a mais do que uma entidade relacionada.

- (ii) O segundo inclui o teste da taxa de imposto. Neste sentido, para este requisito estar preenchido, a entidade relacionada localizada no ER, terá de estar sujeita a uma taxa de imposto inferior a 9% nesse Estado e ainda no Estado onde está localizado o intermediário.
- (iii) O terceiro está relacionado com a dedutibilidade dos pagamentos e só releva quando o pagamento original não seja tributado na esfera do intermediário. Desta forma, este requisito está preenchido quando o intermediário inclui os pagamentos originais na sua base tributária e, posteriormente, opera a sua respetiva dedução em virtude do pagamento à entidade relacionada final.

A este respeito é entendido que quando o pagamento original é tributado na esfera do intermediário, enquanto rendimento, então é provável que este não esteja a ser utilizado como veículo para contornar a aplicação da STTR.

Por fim, o terceiro requisito introduz um nexo de causalidade entre o pagamento original e o relacionado.

Desta forma, este requisito estará preenchido quando exista uma relação causal entre estes dois pagamentos. Para apurar a existência desta relação causal, é necessário concluir que o pagamento relacionado não teria sido realizado sem que o pagamento original ocorresse.

Contudo, a este respeito, cabe referir que este não é um requisito temporal. Ao invés, esta relação causal terá de ser avaliada num período de 365 dias. Desta forma, o pagamento relacionado poderá ocorrer antes do pagamento original e mesmo assim estar preenchido este requisito.

Analizados os requisitos para a ativação da cláusula antiabuso, resta perceber quais as consequências da sua aplicação. A este respeito, a regra apresenta duas consequências paralelas.

A primeira enuncia que o pagamento internacional, quer seja o original ou o relacionado, será tratado, para efeitos de aplicação da STTR, como um pagamento entre entidades relacionadas.

A este respeito, cabe referir que quando o intermediário é residente no EF onde o rendimento é originado, o pagamento original não estará coberto por qualquer tratado pois configura um pagamento doméstico. Por esta razão, o pagamento que é considerado para efeitos de aplicação do tratado e, consequentemente, da STTR é o pagamento relacionado.

A segunda está relacionada com a determinação da taxa de imposto. Neste caso, é necessário distinguir entre duas situações.

- (i) Quando o pagamento original é realizado a um intermediário residente no outro Estado, a taxa de imposto a ter em consideração para efeitos da STTR é a maior entre: ou a taxa de imposto a que a entidade relacionada final está sujeita no seu ER, ou a taxa nominal de imposto a que estaria sujeita no Estado do intermediário.
- (ii) Quando o intermediário é residente no Estado onde o rendimento é originado, isto é, no EF, a taxa de imposto a ter em consideração para efeitos da STTR é a taxa a que a entidade relacionada final está sujeita no ER.

Assim, quando um pagamento é efetuado a um intermediário não relacionado e, posteriormente, este efetua o mesmo pagamento a uma entidade relacionada com a entidade original, então a operação é requalificada e tratada apenas como um pagamento a uma entidade relacionada.

Quando um pagamento é efetuado a um intermediário relacionado, mas sujeito a uma alta taxa de imposto, e posteriormente este efetua o mesmo pagamento a uma entidade relacionada situada num país de baixa tributação, então a operação é requalificada e tratada apenas como um pagamento a uma entidade situada num país de baixa tributação.

2.4. Interação com outros artigos do tratado

Tendo em consideração a taxa nominal mínima exigida pela STTR, a regra não terá aplicação quando o EF, ao abrigo do tratado estabelecido com o ER, já tem direito a tributar o rendimento a uma taxa igual ou superior a 9%.

Esta limitação é óbvia e prende-se com a falta de necessidade da STTR nestes casos. Assim, a aplicação da STTR só poderá ser equacionada quando a taxa de tributação ao abrigo do tratado celebrado entre o EF e o ER é inferior a 9%²⁸.

2.5. Sujeição objetiva

A STTR não se aplica a todos as categorias de rendimentos. Com efeito, o número 4 do artigo da STTR delimita a sujeição objetiva da regra a 7 categorias de rendimentos.

A primeira categoria de rendimentos são os juros. Para tal, a regra esclarece que deverá ser tida em consideração a definição de juros constante no parágrafo 3.º do artigo 11.º da CMOCDE²⁹. Contudo, caso os Estados tenham optado por uma definição diferente, poderá ser essa a utilizada de forma a facilitar a interpretação do tratado.

A segunda categoria de rendimentos são os *royalties*. À semelhança da categoria anterior, a regra esclarece que deverá ser tida em consideração a definição de *royalties* constante do parágrafo 2.º do artigo 12.º da CMOCDE³⁰. Contudo, caso os Estados tenham optado por uma definição diferente, poderá ser essa a utilizada de forma a facilitar a interpretação do tratado³¹.

A terceira categoria de rendimentos são os pagamentos relacionados com o uso, concessão do direito de uso ou direitos de distribuição de produtos ou serviços. A este respeito, a regra esclarece que não estão em causa *royalties*. Ao invés, poderão estar em causa, por exemplo, direitos exclusivos de distribuição de um determinado produto ou serviço numa área geográfica, conforme detalhado no parágrafo 10.º do comentário ao artigo 12.º da CMOCDE³².

²⁸ OCDE, 2023a.

²⁹ Cfr. OCDE, 2017: “O termo “juros” significa [...] os rendimentos de créditos de qualquer natureza com ou sem garantia hipotecária e com o direito ou não a participar nos lucros do devedor e, em particular, os rendimentos de dívida pública e de obrigações de empréstimo, incluindo prémios relativos a esses títulos”.

³⁰ Cfr. OCDE, 2017: “O termo “*royalties*” [...] significa as retribuições de qualquer natureza pagas pelo uso ou pela concessão do direito de uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, incluindo filmes cinematográficos, de uma patente, de uma marca de fabrico ou de comércio, de um desenho, ou de um modelo, de um plano, de uma fórmula ou de um processo secreto, ou por informações respeitantes a uma experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico”.

³¹ No caso português, a definição de *royalties* presente nos tratados nem sempre corresponde à definição de royalties oferecida pela OCDE sendo já conhecidas diversas decisões a este respeito (por exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 02/02/2011, processo n.º 0621/09 (disponível em: https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d2defb6ac0b9a22e80257833003721a5?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1). Contudo, este tema não será alvo de análise na presente dissertação.

³² Cfr. OCDE, 2017: “[Os] pagamentos efetuados apenas relativamente à obtenção de direitos exclusivos de distribuição de um produto ou serviço num determinado território não constituem *royalties* pois não são pagos pelo uso ou pela concessão do direito de uso [...]”.

A quarta categoria de rendimentos são os prémios de seguro e resseguro.

A quinta categoria de rendimentos são os *fees* financeiros relacionados com garantias e outros *fees* financeiros em geral.

A sexta categoria de rendimentos são as rendas ou outros pagamentos relacionados com o uso ou concessão do direito de uso de equipamentos industriais, comerciais ou científicos. A este respeito, a regra esclarece que estão aqui enquadrados todos os rendimentos recebidos pelo proprietário do equipamento em virtude da disposição dos seus direitos a um terceiro. Adicionalmente, cabe notar que o termo “equipamento” apenas abrange ativos tangíveis e não intangíveis.

A sétima categoria de rendimentos engloba os rendimentos relacionados com a prestação de serviços. Ao contrário das anteriores, esta é uma categoria mais abrangente e engloba todos os serviços. Com efeito, a regra esclarece que o termo “serviços” deve ser interpretado no seu sentido corrente, ou seja, uma ação prestada por um sujeito em benefício de outro. Contudo, cabe notar que não estão aqui incluídos rendimentos relacionados com a colocação à disposição de bens, *hardware* ou outros direitos.

Após percorrer as categorias de rendimentos sujeitos, cabe chamar a atenção para os contratos mistos.

Quando no âmbito de um contrato é realizado um único pagamento que inclui um tipo de rendimento coberto e outro não coberto pela STTR, a regra esclarece que deve ser aplicado o tratamento previsto no parágrafo 11.6. do comentário ao artigo 12.º da CMOCD. Neste sentido, deverá ser feito um *break down* do montante global e aplicado o respetivo tratamento a cada um dos montantes em separado³³.

Contudo, caso uma parte constitua o objeto principal do contrato e a outra seja apenas auxiliar/acessória, então o tratamento aplicado à parte principal deverá ser estendido ao montante global.

Por fim, a regra exclui da sua incidência os rendimentos obtidos na sequência do aluguer de embarcações para o transporte de passageiros ou mercadorias.

2.6. Limites de materialidade

Para a aplicação da STTR há igualmente que ter em consideração os limites de materialidade, abaixo dos quais a regra não tem aplicação.

O primeiro limite de materialidade, conforme definido no número 9 do artigo da STTR, é um *mark-up threshold* aplicável a todos os tipos de rendimentos sujeitos, exceto quanto aos juros e *royalties*. Neste sentido, não estão sujeitos à STTR os rendimentos

³³ OCDE, 2017.

que excedem os seus respetivos custos, diretos e indiretos, num montante inferior a 8,5%.

A razão de ser deste limite de materialidade prende-se com os riscos associados a estes rendimentos. Assim, entende a OCDE que os rendimentos abaixo deste limite apresentam um nível reduzido de risco quanto à erosão da base e transferência de lucros³⁴.

Desta forma, ao invés de se proceder a uma análise de preços de transferência caso a caso, foi acordada uma abordagem mecânica com base num limite quantitativo, de forma a reduzir a incerteza.

No que aos juros e *royalties* diz respeito, estes estão excluídos da aplicação deste limite de materialidade devido à sua classificação como categorias de rendimento altamente móveis e que apresentam um maior risco de atividades de erosão da base e transferência de lucros.

Adicionalmente, importa referir que se os pagamentos forem realizados no âmbito de um único contrato ou se forem realizados no âmbito de contratos diferentes, mas estiverem relacionados, para o cômputo do *mark-up threshold*, os rendimentos e custos deverão ser agregados.

O segundo limite de materialidade, conforme definido no número 12 do artigo da STTR, diz respeito ao montante de pagamentos realizados num ano fiscal e abaixo do qual a STTR não tem aplicação.

Desta forma, para os Estados com um PIB igual ou superior a 40 mil milhões EUR, a STTR só tem aplicação se o total de pagamentos ultrapassar, num determinado ano fiscal, 1 milhão EUR. Já para os Estados com um PIB inferior a 40 mil milhões EUR, a STTR só tem aplicação se o total de pagamentos ultrapassar, num determinado ano fiscal, 250 mil EUR³⁵.

À semelhança do primeiro limite, este justifica-se com base no argumento de que as situações abaixo dos limites referidos apresentam um nível reduzido risco quanto à erosão da base e transferência de lucros.

2.7. A taxa nominal de imposto e ajustes preferenciais

Ao contrário das regras GLoBE, que têm por base a taxa efetiva de imposto, a STTR assenta na taxa nominal de imposto aplicável aos rendimentos sujeitos. Esta taxa corresponderá, na maioria dos casos, à taxa interna aplicável às Pessoas Coletivas de cada Estado.

³⁴ OCDE, 2023a.

³⁵ *Ibidem*.

Acontece que, por vezes, devido à categoria do rendimento ou à qualidade do sujeito passivo, nem sempre estes últimos se veem sujeitos a esta taxa normal de imposto, mas beneficiam de taxas reduzidas.

Conforme enunciado pela OCDE, nestes casos, para a aplicação da STTR ter-se-á de ter consideração esta taxa reduzida ao invés da taxa nominal de imposto³⁶. A OCDE apelida estes regimes de taxas reduzidas de regimes preferenciais, que dão origem a ajustes preferenciais à taxa nominal de imposto aplicável às Pessoas Coletivas.

A definição de ajustes preferenciais é esclarecida pela OCDE e, devido à sua importância, merece ser aqui analisada.

Para efeitos da STTR, um ajuste preferencial à taxa nominal de imposto não é qualquer ajuste aplicável no âmbito da legislação interna de cada Estado. Com efeito, conforme definido no número 6 do artigo da STTR, um ajuste preferencial é uma redução permanente no montante de rendimentos sujeitos a tributação ou do montante de imposto. Esta redução pode ocorrer na forma de uma isenção, parcial ou total; exclusão do rendimento da base de tributação; ou crédito fiscal, desde que esteja diretamente relacionado com o respetivo rendimento ou que nasça no âmbito de um regime preferencial.

Pelo exposto, existem três requisitos cumulativos que se devem mostrar preenchidos para a qualificação de um ajuste como ajuste preferencial no âmbito da STTR. De seguida, analisam-se esses três requisitos.

O primeiro requisito impõe que seja uma redução permanente no montante de rendimentos sujeito a tributação ou no montante de imposto apurado.

Neste sentido, o termo “permanente” impõe que não seja expectável que a redução desapareça ao longo do tempo. Para tal, a OCDE explica que o requisito estará cumprido quando o sujeito passivo tem uma expectativa segura, um controlo, sobre a utilização dessa redução de imposto. Este controlo e expectativa segura existem quando o sujeito passivo consegue, com certeza, utilizar a redução de taxa no mínimo num período de três anos a partir do momento em que nasce o rendimento³⁷.

O segundo requisito impõe que a redução permanente assuma uma das seguintes três modalidades: (i) isenção total ou parcial de tributação, (ii) exclusão do rendimento da base de tributação, ou (iii) crédito fiscal.

- (i) A primeira modalidade aplica-se quando um rendimento é total ou parcialmente excluído de tributação.
- (ii) A segunda modalidade aplica-se quando um rendimento é deduzido da base de tributação.

³⁶ OCDE, 2023a.

³⁷ OCDE, 2023a.

A este respeito, os regimes de *Patent Box*, que originam uma redução da base de tributação dos rendimentos de *royalties*, são o melhor exemplo. Adicionalmente, cabe referir que os regimes de majoração de gastos, depreciação e amortização e gastos de financiamento líquidos estão excluídos deste âmbito.

- (iii) A terceira modalidade aplica-se quando um rendimento, apesar de sujeito a tributação, é posteriormente alvo de um crédito fiscal que permite a sua compensação.

Relativamente a esta modalidade, importa notar que não são aqui tidos em consideração os créditos fiscais por dupla tributação internacional.

A justificação para a aplicação destas três modalidades é relativamente simples e tem que ver com o facto de os seus efeitos serem, afinal, iguais aos da aplicação de uma taxa nominal inferior.

Por fim, o terceiro requisito impõe que a redução esteja diretamente relacionada com o rendimento ou que nasça no âmbito de um regime preferencial.

Com efeito, uma redução está diretamente relacionada com um determinado rendimento quando esta é aplicável em virtude da forma como o rendimento está classificado ou caracterizado na legislação interna de um Estado. Ou seja, a preferência que origina a redução de taxa está relacionada com o tipo de rendimento em questão e não com o sujeito passivo que o recebe.

Conforme exemplificado pela OCDE, os regimes de *Patent Box*, em virtude de concederem a redução da base tributável a uma categoria específica de rendimentos, estão claramente abrangidos por este terceiro requisito. Já os regimes de benefícios fiscais que se aplicam a todos os sujeitos passivos, independentemente da tipologia de rendimento, não estão diretamente relacionados com o tipo de rendimento e não preenchem, por conseguinte, este requisito. A este respeito, o melhor exemplo é a taxa reduzida aplicada às empresas classificadas como *Small Mid Cap*³⁸.

Após o estudo teórico das formas de determinação da taxa nominal de imposto no âmbito da STTR, e dada a sua complexidade, apresenta-se, de seguida, um exemplo prático.

Uma empresa residente no Estado “C” recebe um rendimento de 100 oriundo do Estado “D”, classificado como país em desenvolvimento. A taxa de tributação aplicável às Pessoas Coletivas no Estado “C” é de 20%. Contudo, para este tipo de rendimentos, o Estado “C” oferece uma isenção que ascende a 80% dos rendimentos desta categoria.

³⁸ OCDE, 2023a.

De forma a apurar a taxa nominal de imposto no Estado “C”, e se a STTR entra em força, ter-se-á de ajustar a taxa aplicável às Pessoas Coletivas. Neste caso, tendo em consideração que 80% do respetivo rendimento é excluído da base tributável, a taxa ajustada seria calculada através da seguinte fórmula: $20\% \times (100\% - 80\%) = 4\%$. Assim, conclui-se que apesar de a taxa normal aplicável às Pessoas Coletivas ser de 20%, a taxa ajustada para efeitos da STTR é de 4%.

Por fim, e no que respeita à operacionalização da regra, cabe notar que as autoridades fiscais de cada Estado devem notificar a contraparte das suas leis internas relevantes para o apuramento da taxa nominal de imposto no âmbito da STTR.

O objetivo desta comunicação é criar uma maior certeza fiscal na aplicação da regra. Desta forma, os Estados e sujeitos passivos envolvidos têm conhecimento, *ad initio*, dos regimes fiscais e consequências a que estarão sujeitos, removendo quaisquer dúvidas ou dificuldades na aplicação da regra.

Adicionalmente, após a entrada em vigor da STTR, em caso de alteração de qualquer política fiscal interna relevante para o apuramento da taxa nominal do imposto, esta deverá ser comunicada à contraparte.

2.8. Eliminação da dupla tributação

Quando aplicada, a STTR devolve ao EF um maior direito de tributação sobre um determinado rendimento, direito este que estava limitado no âmbito do tratado entre o EF e o ER. Desta forma, a STTR opera como uma derrogação às normas contidas nos tratados. Contudo, levantam-se problemas no que respeita à sua interação com as normas relativas à eliminação da dupla tributação, em particular, os artigos 23.^o-A e 23.^o-B da CMOCDE.

Não sendo aqui o espaço para a discussão sobre os métodos de eliminação da dupla tributação, importa apenas referir que a STTR inclui alterações aos referidos artigos.

Com efeito, a STTR preserva o seu modo de funcionamento, mas acrescenta uma norma de acordo com a qual o ER não está obrigado a isentar um determinado rendimento nem a conceder um crédito de imposto devido ao imposto adicional pago no âmbito da STTR.

2.9. Interligação com as regras GLoBE

Questão relevante no que toca ao funcionamento da STTR prende-se com a sua interligação com as regras GLoBE.

Com efeito, conforme enunciado pela OCDE, a STTR tem prioridade face à aplicação da *Income Inclusion Rule* e da *Undertaxed Payments Rule*³⁹. Neste sentido, o montante adicional de imposto apurado no âmbito da STTR é creditável no âmbito das regras GLoBE, ou seja, este é tido em consideração no cálculo da taxa efetiva de imposto no âmbito das regras GLoBE⁴⁰.

Pelo exposto, e em termos práticos, o imposto liquidado no âmbito da STTR irá aumentar a taxa efetiva de imposto calculada no âmbito das regras GLoBE, reduzindo, deste modo, o imposto adicional liquidado no âmbito destas últimas⁴¹.

2.10. Aplicação prática – considerações adicionais

Após a análise do funcionamento da STTR, há ainda que ter em atenção dois pontos adicionais. O primeiro relativo ao seu modo de implementação nos tratados e o segundo relativo ao mecanismo de liquidação do imposto adicional apurado no âmbito da STTR.

Relativamente ao modo de implementação nos tratados, conforme adiantado acima, a inclusão da STTR poderá ocorrer de forma bilateral, através de negociações entre os dois Estados signatários do tratado, ou de forma mais simples, através da assinatura de um MLI.

A este respeito, em outubro de 2023, a OCDE divulgou a versão final do MLI juntamente com a sua forma de aplicação e questões frequentes. Nestes documentos é esclarecido que o MLI está aberto a todos os Estados e fica sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação⁴².

Aquando da sua submissão, os Estados contratantes devem identificar os tratados relativamente aos quais pretendem que o MLI se aplique, especificar a forma de determinação do imposto no seu ordenamento jurídico e, ainda, escolher se querem adotar duas disposições opcionais⁴³ da STTR.

Mais esclarece a OCDE que, de forma geral, não são aceites reservas para garantir a aplicação uniforme do MLI.

Após este processo, o MLI entrará em vigor no primeiro dia do mês após um período de três meses contados da data de depósito do instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação.

³⁹ OCDE, 2023a.

⁴⁰ Dourado, 2022.

⁴¹ Fedan, 2023.

⁴² OCDE, 2023b.

⁴³ A primeira disposição adicional enuncia que os Estados são livres de escolher se pretendem utilizar a definição de “fundo de pensões” conforme estabelecido pela STTR ou a que utilizam nos seus tratados. A segunda prevê que os Estados podem optar pela adoção do Anexo V. Este, inclui uma cláusula de *circuit-breaker* que, de forma geral, prevê a desaplicação da STTR, relativamente a um país em desenvolvimento, quando este deixe de cumprir os requisitos previstos e passe a ser classificado como país desenvolvido.

Relativamente ao mecanismo de liquidação do imposto, conforme esclarece a OCDE, o imposto adicional liquidado no âmbito da STTR só deverá ser apurado no final de cada ano fiscal⁴⁴. Esta regra tem a sua razão de ser no facto de o preenchimento dos pressupostos para a aplicação da STTR só serem conhecidos no final de cada exercício fiscal – assim, evitam-se situações de sobre tributação e problemas de reembolsos.

De forma a apurar o cumprimento destes requisitos, deverá ser submetida uma declaração, com a análise dos mesmos, em particular, se o *mark-up threshold* de 8,5% foi ultrapassado, se é aplicável algum ajuste preferencial à taxa nominal de imposto ou se é ultrapassado o limite de materialidade relativo ao montante total de pagamentos.

Pelo exposto, conclui-se que estamos perante um mecanismo de autoliquidação do imposto.

Adicionalmente, os Estados são livres para criar um sistema de certificação, atestando, deste modo, se uma determinada entidade está ou não sujeita às obrigações declarativas no âmbito da STTR.

⁴⁴ OCDE, 2023a.

3. Análise crítica

3.1. Considerações iniciais

O ponto de partida para este capítulo são as conclusões de diversos autores segundo os quais a STTR não terá um impacto relevante na economia dos países em desenvolvimento. Desta forma, o objetivo de contribuir para o seu desenvolvimento não será atingindo.

Com efeito, defende Alexander Fedan que se a regra tivesse sido alvo de um estudo mais intensivo, em particular, na sua relação com as regras GLoBE e a taxa nominal de imposto, seria possível contribuir, de melhor forma, para os países em desenvolvimento⁴⁵.

Já Ana Paula Dourado enuncia que, apesar da sua formulação, devido aos seus elevados limites de materialidade a STTR não vai gerar rendimento suficiente para os países em desenvolvimento⁴⁶.

Heydon Wardell-Burrus, por seu turno, defende que a STTR não será capaz de gerar rendimento materialmente relevante para os países em desenvolvimento, em particular, porque o poder para decidir sobre a sua aplicação não recai sobre os países em desenvolvimento, mas sim sobre os países desenvolvidos⁴⁷.

Por fim, um estudo levado a cabo pelo Fundo Monetário Internacional demonstra que a STTR não terá capacidade para gerar rendimento adicional significativo para os países em desenvolvimento. As principais razões apontadas para tal conclusão assentam na sua sujeição objetiva e taxa nominal de imposto⁴⁸.

Pelo exposto, cabe agora analisar de forma crítica os comentários que se levantam contra a STTR, em particular, no que diz respeito à sua incidência, limites de materialidade, taxa mínima de referência, entre outros.

Em paralelo, serão analisadas as principais alternativas propostas e equacionadas, quando conveniente, possibilidades de forma a aumentar o impacto da STTR nos países em desenvolvimento.

3.2. Análise crítica à sujeição subjetiva

A STTR tem o seu campo de aplicação subjetivo limitado às entidades relacionadas. Neste sentido, a principal questão que se coloca é o motivo pelo qual a sua aplicação não é estendida a todas as entidades, relacionadas ou não relacionadas.

⁴⁵ Fedan, 2023.

⁴⁶ Dourado, 2022.

⁴⁷ Wardell-Burrus, 2023.

⁴⁸ Gaspar & Weeks-Brown, 2023.

Conforme enunciado pelo Grupo de Monitorização do BEPS⁴⁹ no seu relatório datado de julho de 2023⁵⁰, a STTR, na forma como está construída, trará muito poucos benefícios para os países em desenvolvimento, em particular, devido ao seu estreito campo de aplicação. Neste sentido, o Grupo defende que o âmbito de sujeição subjetiva deveria ser alargado e incluir também as entidades não relacionadas.

Desta forma, seria possível abranger mais transações que, potencialmente, apresentam risco de erosão da base e transferência de lucros.

A este propósito, a OCDE já se pronunciou, e esclareceu que o objetivo da STTR é atacar os esquemas de planeamento fiscal internacional que ocorrem no seio das EMN sem que se verifique qualquer alteração acionista. Na verdade, devido ao controlo comum, as transações dentro destas entidades são as que representam um maior risco de erosão da base e transferência de lucros⁵¹.

Adicionalmente, acrescenta a OCDE que as entidades não relacionadas atuam no mercado com interesses económicos opostos. Neste sentido, abrindo o campo de aplicação a entidades não relacionadas, acabariam por se gerar situações de sobretributação em transações que representam um baixo risco de erosão da base e transferência de lucros⁵².

Por outro lado, do ponto de vista operacional da STTR, a sua aplicação entre entidades não relacionadas seria bastante mais complexa. Com efeito, uma entidade que faz um pagamento a outra entidade não relacionada, à partida, não terá a informação necessária para determinar se a STTR é ou não aplicável, em particular, qual a taxa de imposto nominal aplicável no seu país de residência e se a mesma está ou não sujeita a ajustes preferenciais. Desta forma, evitam-se resultados imprevisíveis na aplicação da STTR.

Relativamente ao obstáculo acima identificado, duas poderiam ser as soluções para o contornar.

Por um lado, poderia ser criado um mecanismo que permitisse à entidade sediada no ER informar a entidade pagadora, no EF, sobre a sua eventual sujeição à STTR. Contudo, tal obrigação declarativa traria um aumento da complexidade burocrática à STTR que não é, de todo, seu objetivo. Adicionalmente, poderiam ser levantadas questões quanto à legitimidade de tal declaração.

Por outro lado, poderia ser imposta a aplicação da STTR a todas as transações e posteriormente, caso de concluisse pela sua não aplicação, teria lugar um pedido de

⁴⁹ O Grupo de Monitorização do BEPS é uma rede global de investigadores independentes na área da tributação internacional.

⁵⁰ Cobham *et al.*, 2023.

⁵¹ OCDE, 2020.

⁵² *Ibidem*.

reembolso pela entidade que viu o seu rendimento diminuído pela retenção na fonte excessiva. Todavia, a carga fiscal adicional que seria imposta e o aumento da complexidade deste método seria contrário ao objetivo da STTR, que, mais uma vez, é o de se focar apenas nas relações que apresentam um maior risco de erosão da base e transferência de lucros.

3.3. Análise crítica à sujeição objetiva

No que à sujeição objetiva diz respeito, pela análise da STTR, conclui-se que apenas três conjuntos de rendimentos foram incluídos, em particular, os juros, os *royalties*, e as prestações de serviços. Assim, coloca-se a questão de saber até que ponto o seu âmbito objetivo poderia ser alargado.

De forma a entender esta questão, é necessário estudar a evolução da STTR desde o seu início até à atualidade.

Aquando da emissão do Relatório *Blueprint* em 2020, o campo objetivo da STTR era ainda mais restrito, abrangendo apenas juros, *royalties* e um conjunto limitado de serviços⁵³. Neste sentido, várias foram as entidades que se pronunciaram acerca deste tema.

À data, conforme explicado pela Autoridade Tributária Africana⁵⁴, as políticas desenvolvidas pela OCDE, no âmbito do Pilar II, são de louvar. Com efeito, sendo os países deste continente altamente afetados por retiradas artificiais de lucros para outros continentes, a implementação do Pilar II proporcionará um maior desenvolvimento destes Estados.

Contudo, logo de seguida, surgiram críticas. A principal prendia-se com o seu campo de aplicação altamente limitado. Neste sentido, defendia a Autoridade Tributária Africana que a STTR deveria incluir, no seu âmbito de aplicação objetivo, todos os pagamentos de serviços e ainda as mais-valias.

Como explica esta entidade, se a STTR ambiciona ser de facto efetiva em África, terá de considerar estes rendimentos, pois são os que mais afetam, negativamente, as bases tributárias das entidades africanas.

No mesmo sentido também se pronunciou o Grupo de Monitorização do BEPS⁵⁵ e, ainda, o Grupo de Trabalho do G-24⁵⁶⁵⁷. Com efeito, defendiam estes que o campo de aplicação objetivo da STTR deveria ser alargado a todos os pagamentos de serviços, incluindo os serviços digitais automatizados e ainda as mais-valias. Para tal, sustentam

⁵³ OCDE, 2020.

⁵⁴ *African Tax Administration Forum*, 2021.

⁵⁵ Cobham *et al.*, 2023.

⁵⁶ O Grupo de Trabalho do G-24 é um grupo de países que trabalha em conjunto de forma a coordenar a posição dos países em desenvolvimento relativamente a matérias internacionais.

⁵⁷ G-24, 2021.

que estes são também rendimentos de alto risco para os países em desenvolvimento e que contribuem para a sua perda de receita fiscal.

Adicionalmente, um estudo levado a cabo pelo Fundo Monetário Internacional, que analisou os impactos fiscais do Pilar II, concluiu que o âmbito objetivo da STTR, na sua formulação de 2020, não proporcionaria um impacto substancial nas economias dos países em desenvolvimento⁵⁸.

Com efeito, pela análise de todos os tratados em vigor, a percentagem de tratados com taxa de retenção na fonte inferior a 9% é apenas de 19% e 20%, relativamente a juros e *royalties*, respetivamente. Já no que respeita ao pagamento de *fees* de serviços técnicos, cerca de 80% dos tratados apresentam uma taxa de retenção na fonte inferior a 9%. Relativamente à inclusão das mais-valias, o estudo demonstra que 33 tratados incluem retenção na fonte sobre os rendimentos de mais-valias mobiliárias⁵⁹.

Desta forma, uma alternativa proposta foi o alargamento do seu campo de aplicação a todos os serviços, em particular, os *fees* de serviços técnicos e ainda às mais-valias.

De forma a compreender o ponto de vista da OCDE, é igualmente necessário recuar à data da emissão do Relatório *Blueprint*.

Com efeito, em 2020, a justificação da OCDE para o âmbito objetivo da STTR ser tão limitado residia na natureza dos respetivos rendimentos. Na verdade, a OCDE estava apenas a considerar os rendimentos que apresentavam um maior risco de serem alvo de atividades de erosão da base e transferência de lucros. Assim, os juros, *royalties* e um conjunto muito limitado de serviços, por se tratar de rendimentos com características altamente móveis, oriundos de direitos de propriedade ou de rendimentos de capital, seriam os únicos mais suscetíveis a esquemas fiscais abusivos⁶⁰.

Adicionalmente, eram estes os rendimentos mais suscetíveis de incumprimento ou abuso das regras relativas a preços de transferência.

Acontece que, no período que mediou entre o Relatório *Blueprint*, em 2020, e a divulgação da STTR na sua configuração final, em 2023, várias foram as alterações.

A este nível, cabe assinalar que a sujeição objetiva foi alargada e, atualmente, inclui um conjunto vasto de serviços. Em particular, a subalínea vii) da alínea a) do número 4 do artigo da STTR prevê a sua aplicação a todas as prestações de serviços.

No que às mais-valias diz respeito, a sua exclusão é justificada pelo facto de estas serem, na maior parte das vezes, sujeitas a regimes de *Participation Exemption*. Deste modo, não foram incluídas no âmbito objetivo da norma.

⁵⁸ Gaspar & Weeks-Brown, 2023.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ OCDE, 2020.

3.4. Análise crítica aos limites de materialidade

Da análise da STTR conclui-se que, na sua formulação, a regra inclui dois limites de materialidade. Em particular, um *mark-up threshold* e um limite relativo ao montante de pagamentos.

A este respeito, o Grupo de Trabalho G-24 pronunciou-se, defendendo que estes limites não deveriam constar da regra. Na verdade, a existência destes limites de materialidade apenas limita e complica a aplicação prática da STTR, dando origem a uma maior complexidade na hora da sua aplicação. Adicionalmente, o Grupo defende que a inclusão destes limites cria oportunidades para as EMN explorarem formas e construir estruturas fiscais para contornar a aplicação da STTR⁶¹.

A OCDE já se pronunciou relativamente à justificação para a inclusão destes limites de materialidade. Com efeito, conforme defendido, a STTR, na sua essência, está desenhada como uma regra que se aplica a cada pagamento realizado e tem como princípio basilar atingir os seus objetivos sem com isso aumentar a carga burocrática nas entidades que a ela estão sujeitas⁶².

Neste sentido, a ausência de limites de materialidade implicaria a análise de milhares de pagamentos que ocorrem dentro das EMN. Adicionalmente, as estruturas empresariais só se transformam, de forma a aproveitar as vantagens deste planeamento fiscal, quando o retorno é materialmente relevante.

A questão que agora se coloca assenta no motivo pelo qual foram aqueles os métodos escolhidos para o apuramento dos limites de materialidade e não outros.

Com efeito, importa perceber, antes de mais, a sua evolução desde o Relatório *Blueprint* até à publicação final da STTR.

Aquando da emissão daquele relatório foram sugeridos três possíveis métodos, a serem usados, em separado ou em conjunto, para determinação do limite de materialidade, conforme se descreve de seguida.

O primeiro tinha base o tamanho das EMN e seguia a metodologia aplicada pelas regras GLoBE. Neste sentido, a STTR aplicar-se-ia apenas às entidades que estão abrangidas pelo *Country by Country Report*, ou seja, aquelas que possuem um total de rendimentos consolidados, ao nível das demonstrações financeiras consolidadas, superior a 750 milhões EUR.

A grande vantagem deste método reside no facto de este selecionar apenas os grandes grupos económicos, que são o foco da STTR, e de a documentação necessária para a sua aplicação estar já disponível. Contudo, sendo a STTR uma regra de aplicação em cada pagamento e as obrigações relativas ao *Country by Country Report* só serem

⁶¹ G-24, 2021.

⁶² OCDE, 2020.

preparadas no final de cada ano fiscal, a informação necessária aquando da realização de um determinado pagamento não estaria ainda disponível.

No que toca à eliminação desta limitação, poderia optar-se por uma estratégia que recorresse a dados de anos anteriores. Neste sentido, se nos três anos anteriores ao ano fiscal em causa o limite tivesse sido ultrapassado, então nesse ano considerar-se-ia que o limite estava ultrapassado. Todavia, este exercício poderia dar origem a casos de sub ou sobretributação e, conseqüentemente, a situações de pagamento tardio ou reembolso do imposto pago em excesso. Tudo isto implicaria um aumento da carga administrativa da STTR.

O segundo tinha por base o volume de pagamentos realizados, num determinado ano fiscal, às entidades relacionadas situadas noutros Estados.

Neste caso, adiantou a OCDE que o volume de pagamentos poderia estar indexado ao PIB de cada Estado, diferenciando, deste modo, o risco para as pequenas e grandes economias. Contudo, à semelhança da limitação do primeiro método, a análise relativa ao cumprimento deste requisito só seria possível no final de cada ano fiscal.

Por fim, o terceiro tinha por base um rácio. Desta forma, a STTR só teria aplicação quando, num determinado ano fiscal, o montante de pagamentos realizados a uma entidade relacionada sobre o total de gastos necessários para a obtenção desses rendimentos ultrapassasse uma determinada percentagem.

A principal vantagem deste método residia no facto de ser possível apurar se o rendimento líquido subjacente era suficientemente elevado para justificar a intervenção da STTR. Deste modo, circunscrever-se-ia a aplicação da STTR a situações onde o risco de atividades de erosão da base e transferência de lucros fosse material.

Contudo, mais uma vez, e à semelhança do primeiro e segundo método, só no final de cada ano fiscal é que seria possível determinar se este requisito estava ou não preenchido.

Acontece que, na formulação final da STTR⁶³, não foi selecionado um, mas sim dois métodos.

Conforme já foi sendo adiantado, a STTR incorporou um *mark-up threshold*, baseado no terceiro método, de forma a sujeitar à STTR apenas os rendimentos materiais e que geram alto retorno. Para tal, ficou estabelecido que geram alto retorno os rendimentos que excedem os seus respetivos custos, diretos e indiretos, num montante superior a 8,5%. Assim, circunscreve-se a aplicação da STTR aos rendimentos que apresentam um maior risco de erosão da base e transferência de lucros.

Adicionalmente, foi selecionado um limite de materialidade aplicável ao montante global de pagamentos, baseado no segundo método. Na sua configuração, este foi dividido

⁶³ OCDE, 2023a.

em dois limites, tendo em consideração o PIB de cada Estado. Desta forma, a STTR consegue adaptar-se às economias de cada Estado e ao impacto que estas atividades de erosão da base e transferência de lucros têm em cada Estado.

Por fim, a questão que se levanta é a razão pela qual não foi escolhido o primeiro método ao invés, por exemplo, do segundo. Na verdade, a escolha desse método parecia, à primeira vista, a mais congruente com toda a formulação da STTR e sua aproximação às regras GLoBE.

A este respeito, apesar de o primeiro método ser o mais simples de aplicar, a sua inclusão na STTR poderia deixar de fora mais entidades. Com efeito, certamente haverá casos de EMN que não cumprem os limites para a submissão do *Country by Country Report*, mas que durante um ano fiscal realizam pagamentos a entidades relacionadas, situadas noutros Estados, de montante superior a 250 mil EUR ou 1 milhão EUR.

3.5. Análise crítica à taxa nominal de imposto

A aplicação da STTR é ativada quando, preenchidos todos os demais requisitos, um determinado pagamento é sujeito a uma taxa nominal de imposto, no ER, abaixo de 9%.

Em contraponto, as regras GLoBE apresentam, na sua formulação, uma taxa mínima de referência de 15%, indexada à taxa efetiva de imposto.

Conforme um estudo levado a cabo pelo Fundo Monetário Internacional, o âmbito da STTR seria significativamente aumentado se a sua taxa tivesse por referência uma taxa efetiva de imposto, ao invés de uma taxa nominal⁶⁴.

Com efeito, esta simples troca de metodologia permitiria a aplicação da STTR a mais 50 tratados envolvendo 16 países em desenvolvimento. Adicionalmente, a receita fiscal adicional seria aumentada em 0,8% face à atual receita fiscal de cada EF.

Neste sentido, importa, em primeiro lugar, compreender o motivo pelo qual a STTR aplica uma taxa nominal e as regras GLoBE aplicam uma taxa efetiva de imposto.

Conforme explicado pela OCDE, não foi aplicada uma taxa efetiva de imposto no modo de funcionamento da STTR pois a determinação da mesma, ao nível do ER, no momento em que cada pagamento é realizado, seria um procedimento altamente complexo. Desta forma, para simplificar a aplicação da regra, foi determinado que esta estaria indexada a uma taxa nominal de imposto⁶⁵.

Adicionalmente, a STTR incide sobre o montante bruto dos rendimentos, pelo que só seria fiscalmente correto que a sua taxa tivesse a natureza de taxa nominal.

⁶⁴ Gaspar & Weeks-Brown, 2023.

⁶⁵ OCDE, 2020.

Por seu turno, as regras GLoBE consideram uma taxa efetiva de imposto pois têm na sua base a consideração do rendimento líquido apurado no final de cada exercício fiscal.

A segunda questão que se coloca é o motivo pelo qual a taxa de referência da STTR é inferior à taxa das regras GLoBE.

Conforme explica a OCDE, sendo a STTR uma regra que incide sobre rendimentos brutos e as GLoBE regras que incidem sobre rendimentos líquidos, se a taxa considerada pela STTR fosse de 15%, estar-se-ia a sobretributar os rendimentos brutos que a ela estão sujeitos. Desta forma, ao aplicar uma taxa inferior, o efeito líquido é mais semelhante⁶⁶.

Adicionalmente, considerando que a STTR goza de primazia na sua aplicação face às regras GLoBE, se a tributação mínima dos rendimentos não ocorrer, numa primeira fase, através da aplicação da STTR, esta é garantida, numa segunda fase, aquando da aplicação das regras GLoBE.

Em teoria, todo este mecanismo parece funcionar na perfeição, mas quando aplicado na prática a questão complica-se, em particular, no que respeita ao cumprimento do objetivo da STTR em contribuir com receita fiscal adicional para os países em desenvolvimento.

Conforme defendido por Alexander Fedan, é altamente improvável que a *Ultimate Parent Entity* esteja situada num país em desenvolvimento⁶⁷.

Para tal, o autor esclarece que “de acordo com dados de 2006 a 2011, apenas 11% das sedes das EMN eram localizadas em países em desenvolvimento, quando aproximadamente 84% estavam localizadas em países desenvolvidos. Relativamente aos restantes 5%, eram localizados em Paraísos Fiscais. Adicionalmente, em 2019, cerca de 82% da população mundial vivia num país em desenvolvimento e cerca de 51% do consumo mundial ocorria nesses países”.

Desta forma, conclui-se que os países em desenvolvimento, que abrigam a maioria população mundial, dificilmente verão qualquer receita gerada no âmbito da *Income Inclusion Rule* e da *Undertaxed Payments Rule*.

Aliando esta conclusão ao facto de a taxa da STTR ser bastante inferior à taxa das regras GLoBE, conclui-se que a receita gerada no âmbito da STTR e alocada aos países em desenvolvimento não será tão relevante quanto poderia ser.

Por fim, cumpre analisar a origem da taxa de 9% e se esta é ou não adequada.

A este respeito, conforme defendido pelo Grupo de Trabalho G-24, a taxa aplicada no âmbito da STTR deveria ser superior aos 9%. Com efeito, demonstra este grupo que

⁶⁶ OCDE, 2020.

⁶⁷ Fedan, 2021.

na maioria dos tratados celebrados e em vigor, as taxas aplicáveis aos juros e *royalties* são, em média, de 10% e 15%, respetivamente⁶⁸.

De acordo com um estudo do Fundo Monetário Internacional, a percentagem de tratados com taxa de retenção na fonte inferior a 9% é apenas de 19% e 20%, relativamente a juros e *royalties*, respetivamente⁶⁹.

Ainda dentro desta temática, conforme um estudo realizado por Suranjali Tandon, o número de tratados com taxas inferiores a 9%, entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, ascende apenas a 395 e 482, relativamente a juros e *royalties*, respetivamente. Já as taxas médias de retenção na fonte aplicadas a *royalties* e juros nos tratados celebrados entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento são de 10%⁷⁰.

De forma a compreender a origem dos 9% é necessário recuar a julho de 2021 aquando da emissão, pela OCDE, das linhas gerais da STTR. Neste documento, a taxa prevista para a STTR variava entre 7,5% e 9%⁷¹.

Entendia-se que este seria o intervalo de taxas que igualariam o efeito líquido da STTR ao efeito das regras GLoBE. Contudo, conforme analisado, a parte do imposto adicional que cabe aos países em desenvolvimento é diferente⁷².

Por agora, e tendo em mente o objetivo da STTR de contribuir para a economia dos países em desenvolvimento, é de aplaudir a escolha pela taxa mais elevada dentro do intervalo proposto.

Contudo, conforme os dados apresentados, a sua aplicação permanece limitada a um número muito reduzido de tratados e situações.

Por fim, cabe ainda uma nota relativamente à aplicação dos ajustes preferenciais. Apesar de estes não serem alvo de críticas, é importante compreender o seu objetivo.

Com efeito, a sua inclusão na STTR é justificada pelo facto de que, olhando apenas para a taxa nominal de imposto aplicável em cada Estado, poder-se-iam estar a ignorar políticas fiscais internas que, de forma indireta, reduzem a taxa de imposto aplicável aos rendimentos sujeitos à STTR. Deste modo, estar-se-iam a ignorar transações sujeitas a regimes fiscais claramente mais favoráveis, mas disfarçados de taxas nominais de imposto elevadas.

Assim, ao invés de se considerar, para efeitos da STTR, a taxa nominal de imposto de um determinado Ordenamento Jurídico, é considerada, em substituição, a taxa nominal de imposto ajustada⁷³.

⁶⁸ G-24, 2021.

⁶⁹ Gaspar & Weeks-Brown, 2023.

⁷⁰ Tandon, 2022.

⁷¹ OCDE, 2021.

⁷² Fedan, 2021.

⁷³ OCDE, 2023a.

3.6. Análise crítica ao modo de implementação e consequências

Para a STTR ser implementada nos tratados, os países em desenvolvimento membros do *Inclusive Framework* terão de requerer a sua implementação aos países desenvolvidos com os quais tenham celebrado tratados.

A este respeito, os países desenvolvidos comprometeram-se a aceder a estes pedidos e incluir a STTR nos seus tratados quando tal seja solicitado⁷⁴.

Conforme explicado por Stefano Pesiri, nascem aqui duas grandes limitações da STTR⁷⁵.

Em primeiro lugar, esta só terá aplicação quando exista um tratado celebrado entre um EF, classificado como país em desenvolvimento, e um ER, classificado como país desenvolvido.

Em segundo lugar, a STTR assume a configuração de um direito e não de uma obrigação. Na verdade, o EF é livre de optar se pretende requerer a aplicação da STTR ao ER.

Adicionalmente, como referido por Heydon Wardell-Burrus, a STTR propriamente dita não impõe o imposto adicional. Esta regra, apenas derroga a limitação prevista no tratado e confere um direito adicional de tributação ao EF. Neste sentido, após a sua inclusão, o EF terá de criar uma norma interna, se esta ainda não existir, que regule a retenção na fonte a ser aplicada nestes casos⁷⁶.

Os países desenvolvidos, classificados como ER, após serem alvo de um pedido de inclusão da STTR nos seus tratados, por parte dos países em desenvolvimento⁷⁷, classificados como EF, poderão implementar medidas.

Com efeito, conforme explicado por Heydon Wardell-Burrus, os ER, não querendo perder receita fiscal ou em risco de verem os seus investimentos dissiparem para outros territórios, poderão alterar as suas políticas fiscais internas de forma a contornar a aplicação da STTR⁷⁸.

As principais ações que estes Estados podem implementar é aumentar a taxa interna nominal de imposto⁷⁹ ou eliminar eventuais ajustes preferenciais aplicáveis à

⁷⁴ OCDE, 2023a.

⁷⁵ Pesiri, 2023.

⁷⁶ Wardell-Burrus, 2023.

⁷⁷ Por questões de praticidade, assume-se que este pedido de inclusão da STTR só terá lugar quando esta seja de facto aplicável, ou seja, quando a taxa de tributação nominal de um determinado rendimento no ER seja inferior a 9%.

⁷⁸ Wardell-Burrus, 2023.

⁷⁹ A este respeito importa notar que não poderá ser aumentada a taxa nominal de imposto e, ao mesmo tempo, serem concedidas novas deduções à base tributária relacionadas com um determinado rendimento em específico. Conforme se demonstrou, a STTR não é alheia a estas reduções e tem-nas em consideração aquando do apuramento da taxa nominal ajustada.

taxa interna nominal. Desta forma, se a taxa interna nominal de imposto for aumentada para valores superiores a 9%, a STTR deixa de ter aplicação.

Ao mesmo tempo, os EF veem-se de mãos atadas, pois, face a esta alteração de política fiscal interna, deixam de ter qualquer base legal para requerer a aplicação da STTR.

A este respeito, cabe referir o exemplo da Irlanda. A 31 de Agosto de 2023, o Ministro das Finanças Irlandês, McGrath, alterou o regime de *Patent Box* do país apelidado de *Knowledge Development Box*⁸⁰.

Com efeito, o referido regime previa a aplicação de uma taxa reduzida, de 6,25%, aos rendimentos com origem em direitos da propriedade intelectual. Contudo, face a esta alteração, a partir de 1 de outubro de 2023, a taxa aplicada a estes rendimentos aumentou para 10%.

Pelo exposto, conclui-se que apesar de o poder de decisão sobre a eventual aplicação da STTR residir na esfera dos EF, quem na verdade possui o poder final de decisão são os ER. Se estas forem as ações adotadas, a STTR perde a sua aplicação e fica comprometido o seu propósito de contribuir para o desenvolvimento dos países em desenvolvimento.

A este respeito, poderia argumentar-se que os impactos da STTR têm de ser analisados em conjunto com as restantes regras do Pilar II. Neste sentido, a perda de receita fiscal no âmbito da STTR seria compensada pelas regras GLoBE.

Contudo, conforme explicado acima, apesar da veracidade desta afirmação, a alocação do rendimento adicional no âmbito da STTR e das regras GLoBE é diferente. Tendo-se já concluído que quem sai prejudicado neste mecanismo são os países em desenvolvimento.

Ainda assim, a questão não fica por aqui e é importante perceber os impactos indiretos da STTR e do Pilar II no seu conjunto.

Conforme referido por Heydon Wardell-Burrows, o aumento das taxas nominais de imposto, em interligação com as regras GLoBE, reduzirá os esquemas artificiais de erosão da base e transferência de lucros para Estados onde a tributação é baixa ou mesmo nula. Adicionalmente, é expectável que o investimento nestes Estados, denominados de Paraísos Fiscais reduza⁸¹.

Neste sentido, é de prever um aumento das bases tributárias nos países em desenvolvimento e, em consequência, um aumento da receita tributária para estes Estados. Assim, de uma forma indireta, o reduzido impacto da STTR nas economias dos

⁸⁰ Gov.ie, 2023.

⁸¹ Wardell-Burrows, 2023.

países em desenvolvimento poderá ser, em parte, compensado quando analisado o Pilar II em conjunto.

3.7. A STTR da OCDE vs. a STTR da ONU

A OCDE não foi a única organização a desenvolver uma STTR. Em paralelo, a ONU também iniciou os seus trabalhos de forma a criar uma norma semelhante e com os mesmos objetivos.

Com efeito, em 2023, a ONU divulgou uma proposta de STTR tendo em vista a sua inclusão na Convenção Modelo das Nações Unidas⁸².

Contudo, apesar destas partilharem os mesmos objetivos, os seus âmbitos são claramente opostos. Enquanto a STTR da OCDE apresenta um âmbito de aplicação restrito, a STTR da ONU é mais abrangente.

A este respeito, ressalva-se que a STTR da ONU não será alvo de análise nesta dissertação. Desta forma, apenas serão enunciadas algumas das suas características em comparação com a STTR da OCDE.

As principais diferenças entre as duas STTR's dizem respeito à sua sujeição subjetiva e objetiva, limites de materialidade e taxa mínima de referência.

Relativamente à sujeição subjetiva, a STTR da ONU não limita a sua aplicação apenas a entidades relacionadas. Com efeito, a sua aplicação está prevista para todas as relações quer estas aconteçam entre entidades relacionadas ou não relacionadas.

Quanto à sujeição objetiva, a STTR da ONU não terá aplicação apenas relativamente a um conjunto limitado de rendimentos. Ao invés, esta será aplicável relativamente a todos os rendimentos, incluindo mais valias.

Já no que aos limites de materialidade diz respeito, a STTR da ONU não inclui, na sua formulação, qualquer limite de materialidade.

Por fim, a taxa mínima de referência na STTR da ONU não está previamente estabelecida. Com efeito, esta terá de ser acordada entre os Estados contratantes.

Pelo exposto, conclui-se que a STTR da ONU é bem mais abrangente que a STTR da OCDE. Desta forma, a sua capacidade para proteger as bases tributárias dos países em desenvolvimento e, consequentemente, gerar uma maior receita fiscal é superior à STTR da OCDE.

A título de exemplo, apenas pelo facto da STTR da ONU não definir qualquer limite de materialidade, mesmo que a taxa mínima de referência seja 9%, automaticamente o benefício para os países em desenvolvimento aumenta⁸³.

⁸² ONU, 2023.

⁸³ Picciotto *et al.*, 2024.

A este respeito, já alertou Annet Wanyana Ogutto que o limitado âmbito da STTR poderá ter como consequência uma maior preferência pela STTR desenvolvida pela ONU⁸⁴.

Contudo, não existem apenas pontos positivos.

Pelo facto de a STTR da ONU ter um amplo âmbito de aplicação e deixar à vontade das partes a definição de muitos critérios e a inclusão de reservas, a sua aplicação torna-se mais complexa. Com efeito, terão de existir negociações entre as partes, que, muitas vezes, por não estarem de acordo, poderão revelar-se demoradas.

Já a STTR da OCDE, em virtude de não permitir alterações substanciais e já contar com a aceitação dos Estados membros do *Inclusive Framework*, não necessitará de rondas de negociação e, conseqüentemente, será de mais fácil aplicação.

Adicionalmente, conforme expressou França, no seguimento de uma sessão de trabalho da ONU, a STTR da OCDE já conta com a aprovação da maioria dos países mundiais. Neste sentido, a aplicação da STTR da ONU poderá não ser a primeira opção dos Estados⁸⁵.

⁸⁴ Oguttu, 2021.

⁸⁵ Magwape, 2022.

4. Impactos da STTR no ordenamento jurídico português

4.1. Considerações iniciais

Ao longo desta dissertação, foi analisada a STTR e as suas críticas, maioritariamente, de um ponto de vista teórico e abstrato.

Desta forma, a questão que agora se levanta prende-se em saber quais serão, afinal, os seus impactos práticos. Para tal, analisa-se de seguida, de um modo geral, os impactos que a STTR terá no ordenamento jurídico português.

A este respeito, cabe referir que, para efeitos da STTR, Portugal é classificado como país desenvolvido pois, no período compreendido entre 2019 e 2022, o Rendimento Nacional Bruto, *per capita*, superou sempre o limite de 12.535 USD⁸⁶.

Pelo exposto, e considerando que a STTR será aplicada nos tratados entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, o foco desta análise serão as transações de Portugal, enquanto país desenvolvido e ER, com os países em desenvolvimento e EF.

4.2. A taxa nominal de imposto

O primeiro requisito para a aplicação da STTR, conforme o número 1 do artigo da STTR⁸⁷, é a taxa nominal de imposto ser inferior a 9% no ER. Neste caso, em Portugal.

A este respeito, a OCDE esclarece que esta taxa corresponderá, na maioria dos casos, à taxa interna de imposto aplicável às Pessoas Coletivas⁸⁸. Neste sentido, de acordo com número 1 do artigo 87.º do Código do IRC, a taxa nominal de imposto é de 21%.

Pelo exposto, à primeira vista, a STTR não teria aplicação prática em Portugal pois a taxa nominal de imposto interna é bastante superior à taxa mínima de referência da STTR.

Contudo, esta taxa nominal de imposto está sujeita a ajustes preferenciais.

No ordenamento jurídico português, os principais ajustes preferenciais à taxa nominal de IRC que potencialmente poderão ter impacto são: (i) a taxa reduzida aplicável às *Small Mid Cap Companies*, (ii) a taxa reduzida aplicável na Zona Franca da Madeira e (iii) o regime do *Patent Box*.

A taxa reduzida aplicável às *Small Mid Cap Companies* vem regulada no número 2 do artigo 87.º do Código do IRC. De acordo com este artigo, as empresas que sejam

⁸⁶ Cfr. dados *World Bank Atlas*, disponíveis em: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GNP.PCAP.CD>.

⁸⁷ OCDE, 2023a.

⁸⁸ *Ibidem*.

qualificadas como PME⁸⁹, nos termos do Decreto-Lei número 372/2007, de 6 de novembro, beneficiam de uma taxa de IRC de 17% aplicável aos primeiros 50.000 EUR de matéria coletável.

Relativamente a esta redução de taxa, a sua análise é preliminarmente desnecessária. Com efeito, a taxa mínima de referência da STTR é de 9% e a taxa reduzida aplicável às *Small Mid Cap* ascende a 17%.

Pelo exposto, conclui-se que esta redução não terá qualquer impacto no âmbito da STTR.

A taxa reduzida aplicável na Zona Franca da Madeira vem regulada no artigo 36.º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais. De acordo com este artigo, a taxa de IRC aplicável às entidades localizadas nesta região é de 5%, desde que todos os requisitos estejam preenchidos, em particular, a criação de postos de trabalho e os lucros estarem relacionados com atividades efetivamente desenvolvidas na Madeira.

À primeira vista, este poderia ser um caso de aplicação da STTR, pois a taxa nominal é inferior aos 9% previstos na STTR.

Contudo, conforme esclarece a OCDE, a aplicação destes regimes a determinadas zonas económicas está relacionada com o carácter geográfico dos seus rendimentos e é independente da categoria de indústria ou sujeito passivo. Neste sentido, não existe qualquer relação direta entre a sua aplicação e um qualquer tipo de rendimento coberto pela incidência objetiva da STTR⁹⁰.

Assim, conclui-se que este regime não terá qualquer impacto no âmbito da STTR.

Por último, o regime do *Patent Box* vem regulado no artigo 50.º-A do Código do IRC. De uma forma geral, no âmbito deste artigo, os rendimentos que tenham por objeto a cessão ou a utilização temporária de determinados direitos de autor ou direitos de propriedade industrial beneficiam de uma dedução ao lucro tributável que ascende a 85%.

Para apurar se este regime é qualificado como ajuste preferencial, é necessário analisar se os três requisitos estão preenchidos.

Quanto ao primeiro requisito, relativamente à permanência da redução, apesar do regime ter vindo a sofrer ligeiras alterações ao longo dos anos, desde 2014 que está em vigor. Adicionalmente, existe uma expectativa segura dos sujeitos passivos quanto à utilização deste benefício, em particular, quanto à sua utilização pelo menos durante um período de 3 anos. Assim, conclui-se que este requisito está preenchido.

Quanto ao segundo requisito, a redução de taxa tem de assumir uma das três modalidades previstas na STTR. No caso, esta é operada através de uma exclusão parcial

⁸⁹ Pequena ou média empresa ou empresa de pequena-média capitalização, nos termos previstos no anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro.

⁹⁰ OCDE, 2023a.

do rendimento à base tributária, operada por meio de uma redução ao nível da matéria coletável. Desta forma, a taxa aplicada a estes rendimentos é apurada através do seguinte cálculo: $21\% \times (100\% - 85\%) = 3,15\%$. Assim, ao invés de ser aplicada a taxa normal de IRC de 21%, é apenas aplicada uma taxa de 3,15%.

Pelo exposto, conclui-se que o segundo requisito está preenchido e que a taxa nominal ajustada ascende a 3,15%⁹¹.

Quanto ao terceiro requisito, exige-se que exista uma relação direta entre a redução de taxa e um tipo de rendimento coberto pela incidência objetiva da STTR.

O regime do *Patent Box* abrange apenas rendimentos relativos à cessão ou a utilização temporária de direitos de autor e direitos da propriedade industrial que incidam sobre patentes, desenhos ou modelos industriais e ainda direitos de autor sobre programas de computador⁹².

Ao abrigo da alínea a) do número 4 do artigo da STTR, conclui-se que estes rendimentos estão abrangidos pela incidência objetiva da norma, em particular, porque se qualificam como *royalties*⁹³.

Pelo exposto, conclui-se que existe uma relação direta entre o benefício e o tipo de rendimento. Assim, o terceiro requisito mostra-se preenchido.

Concluída a análise dos três requisitos, estes mostram-se cumulativamente preenchidos. Desta forma, é possível concluir que o regime de *Patent Box* é qualificado como um ajuste preferencial. Com efeito, para a aplicação da STTR, não será de ter em consideração a taxa normal de IRC de 21%, mas sim a taxa nominal ajustada de 3,15%.

4.3. Aplicação nos tratados

De forma a concluir sobre os impactos da aplicação da STTR em Portugal, em particular, sobre o número de situações em que tal será aplicável, é necessário analisar os tratados celebrados com Portugal que implicam a sujeição de rendimentos a taxas inferiores à taxa nominal geral vigente no ordenamento jurídico nacional. Neste sentido, permitindo a ativação da STTR.

Com efeito, a STTR é uma regra que tem aplicação nos tratados. Contudo, não importam aqui todos os tratados, mas apenas os celebrados entre Portugal e países em desenvolvimento membros do *Inclusive Framework*.

Conforme explica a OCDE, um Estado é considerado como país em desenvolvimento quando o seu Rendimento Nacional Bruto, *per capita*, é inferior a

⁹¹ Conforme explicado no capítulo 2.7., nestes casos, para a aplicação da STTR, é tida em consideração a taxa nominal ajustada em substituição da taxa nominal de imposto.

⁹² Conforme descrito no número 1 do artigo 50.º-A do Código do IRC.

⁹³ Relativamente ao caso português supra capítulo 2.5.

12.535 USD em qualquer ano no período compreendido entre 2019 e 2022, utilizando o método do *World Bank Atlas*⁹⁴.

À luz da regra acima mencionada, e utilizando os dados do *World Bank Atlas*, conclui-se que entre 2019 e 2022, 131 países apresentavam um Rendimento Nacional Bruto, *per capita*, inferior a 12.535 USD⁹⁵.

De seguida, é necessário apurar quantos destes países possuem tratados em vigor com Portugal. Desta análise conclui-se que o número de países que cumpre estas condições ascende a 31⁹⁶.

Contudo, a regra só terá aplicação relativamente a países em desenvolvimento que sejam membros do *Inclusive Framework*⁹⁷. Neste sentido, o número de países que cumprem estas condições ascende a 23⁹⁸.

De forma a permitir a aplicação da STTR, uma das condições é a taxa de tributação permitida pelo tratado ser inferior a 9%. Neste sentido, o número de tratados com estes países que apresentam taxas de tributação inferiores a 9%, ao nível dos *royalties*, é de apenas 4 – Angola (8%), Costa do Marfim (5%), Geórgia (5%) e Montenegro (5% ou 10%⁹⁹).

Por fim, e considerando que os rendimentos desta categoria serão tributados em Portugal a uma taxa nominal de imposto ajustada de 3,15%, é necessário analisar em que situações é que esta taxa, quando adicionada à taxa de tributação permitida pelo tratado, é inferior a 9%.

País	Taxa de tributação conforme tratado [a]	Taxa nominal de imposto ajustada em Portugal [b]	Taxa de tributação final [c] = [a] + [b] ¹⁰⁰
Angola	8%	3,15%	11,15%
Costa do Marfim	5%	3,15%	8,15%

⁹⁴ OCDE, 2023.

⁹⁵ Cfr. dados *World Bank Atlas* disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GNP.PCAP.CD>.

⁹⁶ Os países incluídos nesta categoria são: Argélia, Angola, Brasil, Bulgária, Cabo Verde, China, Colômbia, Costa do Marfim, Cuba, Etiópia, Geórgia, Guiné-Bissau, Índia, Indonésia, Quênia, México, Moldávia, Montenegro, Marrocos, Moçambique, Paquistão, Peru, Rússia, São Tomé e Príncipe, Senegal, África do Sul, Timor-Leste, Tunísia, Turquia, Ucrânia e Vietname.

⁹⁷ Lista dos Países Membros do Inclusive Framework disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>.

⁹⁸ Os países incluídos nesta categoria são: Angola, Brasil, Bulgária, Cabo Verde, China, Colômbia, Costa do Marfim, Geórgia, Índia, Indonésia, Quênia, México, Montenegro, Marrocos, Paquistão, Peru, Rússia, Senegal, África do Sul, Tunísia, Turquia, Ucrânia e Vietname.

⁹⁹ Nos termos do artigo 12.º do tratado celebrado entre Portugal e Montenegro, a taxa de tributação dos *royalties* está dividida consoante a categoria dos mesmos. Neste sentido, se estiver em causa um “direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, incluindo os filmes cinematográficos ou as gravações, em fita magnética ou outro suporte, para transmissão radiofónica ou televisiva, ou outros meios de reprodução ou transmissão, ou programas informáticos (*software*)” a taxa é de 5%. Se estiver em causa “patente, de uma marca de fabrico ou de comércio, de um desenho ou de um modelo, de um plano, de uma fórmula ou de um processo secretos, ou por informações respeitantes a uma experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico”, a taxa é de 10%.

¹⁰⁰ Taxa de tributação final para efeitos da aplicação da STTR.

Geórgia	5%	3,15%	8,15%
Montenegro	5% ou 10%	3,15%	8,15% ou 13,15%

Pelo exposto, conclui-se que a STTR só será de aplicar nos rendimentos de *royalties* tributados ao abrigo do regime de *Patent Box* em Portugal oriundos da Costa do Marfim, Geórgia e Montenegro (quando em causa *royalties* relativos a direitos de autor).

Adicionalmente, cabe referir que para esta aplicação ser possível todos os demais requisitos analisados terão de estar preenchidos, em particular, estarem em causa entidades relacionadas abrangidas pelo âmbito subjetivo da STTR, os limites de materialidade e, acima de tudo, a regra ser incluída nos tratados celebrados com estes países.

Conclusões

A STTR, apesar de inserida dentro do Pilar II, apresenta contornos e objetivos distintos das restantes regras. Esta visa atingir as transferências fictícias de rendimentos que ocorrem dentro dos grandes grupos empresariais.

Em particular, a STTR tem em vista a proteção da economia fiscal dos países em desenvolvimento. Estes, muitas vezes com poucas capacidades administrativas, são os mais afetados por estes esquemas artificiais. Em consequência, acabam por ver a sua receita fiscal diminuída e, em resultado disso, uma dificuldade acrescida no seu desenvolvimento.

Na sua formulação, a STTR é uma regra com aplicação nos tratados celebrados entre os membros do *Inclusive Framework* e entra em ação quando um determinado rendimento não seja submetido a uma taxa nominal mínima de imposto, de 9%, no ER.

Desta forma, quando aplicada, a STTR vem derrogar as limitações previstas nos tratados e devolve ao EF classificado como país em desenvolvimento um maior direito de tributação.

Contudo, apesar dos seus bem-intencionados objetivos, a STTR apresenta bastantes limitações, que poderão comprometer a sua capacidade para atingir, em pleno, os objetivos.

A sujeição subjetiva da STTR abrange apenas as entidades relacionadas, deixando de fora as não relacionadas.

A sujeição objetiva inclui juros, *royalties* e prestações de serviços, mas deixou de fora as mais-valias.

Na aplicação da regra, foram estabelecidos dois limites de materialidade, um *mark-up threshold* e um limite aplicável ao montante total de pagamentos, abaixo dos quais a STTR não tem aplicação.

Conforme esclarecido pela OCDE, estas restrições têm como objetivo atingir apenas as transações que apresentam um elevado risco de erosão da base e transferência de lucros. Contudo, e as restantes transações? Pelo simples facto de não atingirem os limites de materialidade ou ocorrerem entre entidades não relacionadas, deixam de ser relevantes para a análise?

A este respeito, compreende-se esta abordagem numa ótica de custo benefício na aplicação da regra. Desta forma, a STTR foca a sua aplicação apenas nas transações com elevado risco. Contudo, as transações com um risco médio ou baixo não deveriam ter ficado de fora.

A nosso ver, estas limitações apenas restringem o campo de aplicação da STTR, deixando de fora inúmeras transações. Adicionalmente, estas limitações potenciam a

reestruturação das operações dentro das EMN de forma a ficarem excluídas do campo de aplicação da STTR.

A extensão da regra a todas as entidades, a inclusão das mais-valias e a eliminação dos limites de materialidade, incluindo, desta forma, as operações com risco médio e baixo, trariam maior robustez à STTR e uma maior capacidade para eliminar transações fictícias por motivos meramente fiscais. Em consequência, os países em desenvolvimento veriam a sua quota-parte do imposto aumentada.

Esta foi, de resto, a abordagem escolhida pela ONU aquando da formulação da sua STTR. A construção de uma norma mais abrangente permitirá um maior fluxo de receita fiscal para os países em desenvolvimento e, em consequência, uma maior capacidade de desenvolvimento.

Por outro lado, a taxa de referência da STTR é de 9% e está indexada a uma taxa nominal de imposto. Em contraponto, a taxa de referência das regras GLoBE é de 15% e está indexada à taxa efetiva de imposto.

Conforme demonstrado, esta diferença de taxas é justificada pela sua natureza. Adicionalmente, entende a OCDE que o Pilar II tem de ser analisado como um todo. Desta forma, se a tributação mínima dos rendimentos não ocorrer numa primeira fase, através da aplicação da STTR, esta é garantida, numa segunda fase, aquando da aplicação das regras GLoBE.

Contudo, apesar de este raciocínio estar correto, a quota parte do imposto que cabe aos países em desenvolvimento é diferente. Com efeito, tendo-se concluído que apenas uma minoria das sedes das EMN está localizada nestes países, estes dificilmente verão qualquer receita oriunda das regras GLoBE.

Adicionalmente, apenas uma minoria dos tratados em vigor ao redor do mundo apresenta taxas de tributação inferiores a 9%, de forma a permitir a intervenção da STTR.

Desta forma, somos da opinião que a taxa mínima de referência no âmbito da STTR deveria ser superior ou, no limite, deixada à escolha dos Estados contratantes. Assim, a adaptação à economia de cada Estado seria possível e traria melhores resultados.

Na verdade, considerando que a taxa média de retenção na fonte aplicada a juros e *royalties*, nos tratados celebrados entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, é de 10%, aumentando a taxa mínima de referência da STTR em apenas um ponto percentual, a sua aplicação seria extraordinariamente aumentada. Em consequência, o montante de imposto adicional revertido para os países em desenvolvimento seria maior.

Por fim, os países desenvolvidos, quando requeridos, por parte dos países em desenvolvimento, para adicionar a STTR aos seus tratados, podem não ficar parados.

Com efeito, em risco de verem a sua receita fiscal diminuir, poderão aumentar as taxas nominais de imposto ou eliminar eventuais ajustes preferenciais a estas. Desta forma, os EF deixam de ter fundamento legal para o pedido de inclusão da STTR nos tratados e esta deixa de ter aplicação.

Esta foi, de resto, a ação levada a cabo pela Irlanda relativamente ao *Knowledge Development Box*.

Relativamente à aplicação prática da STTR, apesar de esta estar focada nos países de baixa tributação, poderá ter impactos nas economias dos países de alta tributação, em especial, em virtude da existência de ajustes preferenciais.

Com efeito, foi estudado o impacto que a STTR terá no ordenamento jurídico português.

Da análise efetuada, concluiu-se que o regime do *Patent Box* permitirá a ativação da STTR em Portugal. Contudo, quando consideradas as suas restrições, a sua aplicação limita-se a um número muito reduzido de países.

Com efeito, a aplicação da STTR só será possível relativamente aos rendimentos de *royalties* oriundos da Costa do Marfim, Geórgia e Montenegro (quando em causa estejam *royalties* relativos a direitos de autor) quando todos os demais requisitos estejam preenchidos.

Pelo exposto, conclui-se que, afinal, a STTR não terá tantos impactos quanto os possíveis nas economias dos países em desenvolvimento.

Neste sentido, partilhamos da opinião de Alexander Fedan¹⁰¹, segundo o qual esta foi uma oportunidade perdida de tributar os rendimentos transferidos para países de baixa tributação por parte das EMN. Assim, o caminho para a resolução dos problemas de pobreza, desigualdade e adaptação às alterações climáticas que estes enfrentam mantém-se um desafio.

¹⁰¹ Fedan, 2023.

Bibliografia

- COBHAM, A. *et al.* (2023). *The BEPS Monitoring Group – Taxing multinationals: The BEPS proposals and alternatives*. BMG Publishing.
- DOURADO, A. P. (2022). Pillar Two model rules: Inequalities raised by the GLoBE rules, the scope, and carve-outs. *Intertax*, vol. 50, no. 4.
- FEDAN, A. (2021). Case study analysis of the OECD Pillar One and Pillar Two allocations to developing countries. *Bulletin for International Taxation*, vol. 75, no. 8.
- FEDAN, A. (2023). Case study analysis of the OECD Pillar One and Pillar Two allocations to developing countries – What has changed since the 2020 blueprints? *Bulletin for International Taxation*, vol. 77, no. 1.
- G-24. (2021). Comments of the G-24 on the statement on a two-pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy agreed by 134 jurisdictions of the inclusive framework on the 1st of July 2021. G-24 Publishing.
- GASPAR, V. & WEEKS-BROWN, R. (dir.) (2023). International corporate tax reform. *Policy Paper no. 2023/001*. Estados Unidos da América: International Monetary Fund Publishing.
- MAGWAPE M. (2022). UN Tax Committee agrees to develop Subject-to-Tax-Rule. IBFD Tax News Service.
- OGUTTU, A.W. (2021). Base erosion and profit shifting: A blueprint for Africa’s response. IBFD.
- OGUTTU, A.W. (2022). Preventing international tax competition and the race to the bottom: A critique of the OECD Pillar Two model rules for taxing the digital economy – A developing country perspective. *Bulletin for International Taxation*, vol. 76, no. 11.
- PERDELWITZ, A. & TURINA, A. (dir.) (2021). *Global minimum taxation? An analysis of the global anti-base erosion initiative*, vol. 4. IBFD.
- PESIRI, S. (2023). Pillar Two: Status quo, Subject-to-Tax Rule and impact on third-party investment in MNEs. *European Taxation*, vol. 63, no. 11.
- PICCIOTTO, S. *et al.* (2024). *The BEPS Monitoring Group – The Subject to Tax Rule. A comparison of the OECD and UN versions*. BMG Publishing.
- TANDON, S. (2022). The need for global minimum tax: Assessing Pillar Two reform. *Intertax*, vol. 50, no. 5.
- WARDELL-BURRUS, H. (2023). Pillar Two and developing countries: The STTR and GLoBE implementation. *Intertax*, vol. 51, no. 2.

Documentos de Organizações Internacionais

- OCDE. (2000). Towards global tax co-operation. Report to the 2000 ministerial council meeting and recommendations by the committee of fiscal affairs. Progress in identifying and eliminating harmful tax practices. *OECD Publishing*, Paris.
- OCDE. (2017). Articles of the Model Convention with respect to taxes on income and on capital (as they read on 21 November 2017). *OECD Publishing*, Paris.

- OCDE, (2019a). Addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy – Policy note as approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *OECD Publishing*, Paris.
- OCDE. (2019b). Addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy – Public consultation document, 13 February – 1 March 2019. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *OECD Publishing*, Paris.
- OCDE. (2020). Tax challenges arising from digitalisation – Report on Pillar Two blueprint: Inclusive framework on BEPS”, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *OECD Publishing*, Paris.
- OCDE. (2021). Statement on a two-pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *OECD Publishing*, Paris.
- OCDE. (2023a). Tax challenges arising from the digitalisation of the economy – Subject to tax rule (Pillar Two): Inclusive framework on BEPS. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *OECD Publishing*, Paris.
- OCDE. (2023b). The multilateral convention to facilitate the implementation of the Pillar Two Subject to Tax Rule. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *OECD Publishing*, Paris.
- ONU. (2023). Proposal for the inclusion of a general “subject to tax” rule in the United Nations model double taxation convention between developed and developing countries. Committee of experts in international cooperation in tax matters, Twenty-sixth session, *UN Publishing*, Nova Iorque.

Materiais em suporte eletrónico

- AFRICAN TAX ADMINISTRATION FORUM. (1 julho 2021). 130 inclusive framework countries and jurisdictions join a new two-pillar plan to reform international taxation rules – What does this mean for Africa? *ATAF Communication*. <https://www.ataftax.org/130-inclusive-framework-countries-and-jurisdictions-join-a-new-two-pillar-plan-to-reform-international-taxation-rules-what-does-this-mean-for-africa>.
- GOV.IE. (1 setembro 2023). Minister McGrath signs commencement order to implement Finance Act 2022 amendments to Knowledge Development Box from 1/10/23. *Department of Finance*. <https://www.gov.ie/en/press-release/23cd6-minister-mcgrath-signs-commencement-order-to-implement-finance-act-2022-amendments-to-the-knowledge-development-box/>.
- O’NEIL, P. (2001). What is the U.S. position on offshore tax havens? Hearing before the Permanent Subcommittee on Governmental Affairs, Senate hearing 107-152, *U.S. Government Publishing Office*, 2001. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-107shrg75473/html/CHRG-107shrg75473.htm>.

**Da (in)compatibilidade do art. 497.º do Código do Trabalho
com a liberdade sindical**

Inês de Sousa Pereira

Sob a orientação da Professora
Doutora Ana Teresa Ribeiro

Agradecimentos

Aos meus Pais e Mano, pelo amor, paciência e apoio, mas acima de tudo, por serem o meu pilar.

À minha Avó pelo sorriso carinhoso de encorajamento, carinho e incentivo incondicional.

À minha Afilhada, por ser a minha motivação.

Às minhas Meninas, pelos 20 anos de amizade, sorrisos, companheirismo e cumplicidade. Desde sempre e para sempre.

À minha Orientadora, pela partilha de conhecimentos, sugestões, disponibilidade, rigor e empatia.

Obrigada é pouco.

Resumo

O âmbito pessoal das convenções coletivas de trabalho é determinado pelo princípio da (dupla) filiação, ficando reservado aos trabalhadores filiados nas associações sindicais outorgantes e aos empregadores outorgantes das mesmas, ou filiados nas associações de empregadores signatárias. No entanto, são várias as exceções admitidas a esta regra.

A presente dissertação irá incidir numa destas exceções – o art. 497.º CT – e as consequências que podem decorrer desta extensão dos efeitos da convenção coletiva de trabalho a trabalhador não filiado em associação sindical, por sua própria iniciativa, sobretudo perante a liberdade sindical, um direito fundamental e basilar da nossa sociedade, visto como condição e garantia da construção da unidade dos trabalhadores.

Palavras-chave: princípio da filiação; exceção; escolha de convenção aplicável; compensação monetária; liberdade sindical.

Abstract

The personal scope of collective labour agreements is determined by the principle of (double) affiliation and reserved for workers affiliated to the signing trade union associations and the employers who signed them, and for members of the signatory employers' associations. However, there are several exceptions to this rule.

This dissertation will focus on one of these exceptions – art. 497.º CT – and the consequences that may arise from this extension of the effects of collective agreements to workers who are not members of trade unions, on their own initiative, especially towards freedom of association, a fundamental and basic right of our society, seen as a condition and guarantee for the construction of workers' unity.

Keywords: principle of affiliation; exception to the principle of affiliation; choice of applicable convention; monetary compensation; freedom of association.

Indicações de leitura

As citações em nota de rodapé são feitas indicando-se o nome do autor, seguida da data da obra e, por fim, da página (ou páginas) em apreço. Quando se cita mais de uma obra do mesmo autor, publicadas no mesmo ano, utiliza-se o ano de publicação para se proceder à sua diferenciação.

A citação dos autores segue a ordem cronológica de publicação, exceto quando motivos de ordem expositiva impuserem sequência diversa. Quando, na mesma nota de rodapé, se mencionam obras de Autores diferentes, publicadas no mesmo ano, procede-se à sua apresentação por ordem alfabética em função do apelido do autor.

As decisões judiciais estrangeiras são referenciadas com indicação do tribunal data e número do processo (exceto nos casos em que os arestos sejam indicados por doutrina estrangeira, sendo que aí se identifica o ou os autores em questão).

Quanto à jurisprudência proveniente dos tribunais portugueses, esta será identificada com a menção do tribunal, data do processo e relator, podendo ser encontrada em www.dgsi.pt, na coletânea de jurisprudência *online* ou em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

Os casos decididos pelo Comité para a Liberdade Sindical da OIT, e citados neste trabalho, estão disponíveis na base de dados *Normlex*, à qual se pode aceder através do website: www.ilo.org, e são identificados com base no respetivo número e *report*. Por seu turno, as decisões proferidas pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais serão identificadas com alusão à respetiva data, número da queixa e partes envolvidas. As decisões, conclusões e declarações interpretativas deste órgão encontram-se disponíveis para consulta na base de dados *hudoc* (<https://hudoc.esc.coe.int/eng>).

Por fim, as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos serão referenciadas com as designações das partes e a data do aresto, encontrando-se igualmente disponíveis na base de dados *hudoc* (<https://hudoc.echr.coe.int/eng>).

As disposições legais que não surjam acompanhadas da indicação da sua origem pertencem ao Código do trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, com as subsequentes alterações, a menos que outra indicação resulte do texto.

Os textos estrangeiros foram traduzidos, exceto nos casos em que se justificou a manutenção da língua original, sendo que a Autora assume exclusiva responsabilidade pela tradução.

Para a realização deste trabalho, considerou-se fundamentalmente a jurisprudência, doutrina e demais documentação disponível até abril de 2024.

Lista de abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
CC	Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, na versão atualizada pela Lei n.º 3/2023
CT	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, na versão atualizada pela Lei n.º 13/2023
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CEDS	Comité Europeu de Direitos Sociais
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
Cfr.	Confrontar
CGTP-IN	Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional
Conv.	Convenção
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPACR	Comité de Peritos para a Aplicação das Convenções e Recomendações
CSER	Carta Social Europeia (Revista)
CLS	Comité de Liberdade Sindical
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
IRCT	Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho
LACT	Lei de Aprovação do Código do Trabalho, Lei n.º 99/2003
LGTFP	Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, na versão atualizada.
N.º	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
P.	Página
PE	Portaria de Extensão
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais
P.e.	Por exemplo
RNC	Relatório Anual sobre a Evolução da Negociação Coletiva
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Ss.	Seguintes
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa

Índice

Introdução	7
Capítulo I: Âmbito subjetivo das convenções coletivas de trabalho	8
Capítulo II: Análise do art. 497.º	10
2.1. Desafios interpretativos	10
2.2. Percurso histórico do artigo	15
2.3. Compensação monetária por adesão à CCT – o art. 492.º, n.º 4	17
Capítulo III: Da (des)conformidade constitucional do art. 497.º	19
3.1. Argumentação do Tribunal	20
3.2. Argumentação da doutrina	22
Capítulo IV – Os compromissos internacionais de Portugal	26
4.1. Panorama internacional da liberdade sindical	26
4.2. Da liberdade sindical na OIT	27
4.3. Da liberdade sindical na CSER	27
4.4. Da liberdade sindical no TEDH	28
4.5. Dos compromissos internacionais assumidos por Portugal	30
Capítulo V: Apreciação final e global do art. 497.º	33
Conclusão	36
Bibliografia	37
Relatórios e outros	38
Jurisprudência	49

Introdução

No âmbito do código do trabalho, mais especificamente, no título III, encontramos normas que regulam o direito coletivo, uma área do direito do trabalho que estatui as situações jurídicas protagonizadas pelos entes laborais coletivos e as condutas dos trabalhadores na sequência dos seus interesses coletivos, numa tentativa de contrabalançar a desigualdade que persiste na relação individual de trabalho entre empregador e trabalhador.

Nesta lógica, tendo presente que, segundo o princípio da (dupla) filiação, a convenção coletiva de trabalho apenas obriga o núcleo de trabalhadores filiados em sindicatos outorgantes e de empregadores que a subscrevam ou que são filiados numa associação signatária, a verdade é que são admitidas várias exceções, entre elas, o art. 497.º CT, sob a epígrafe “escolha de convenção aplicável”.

Numa fase inicial, iremos versar sobre o princípio da filiação, averiguar os seus benefícios e inconvenientes no nosso ordenamento e ver se será a escolha mais adequada, por parte do nosso legislador, para reger o âmbito subjetivo das convenções coletiva de trabalho.

De seguida, estudaremos o mecanismo da escolha de convenção aplicável e os seus contornos, tal como as questões controvertidas que surgem da sua interpretação, o seu trajeto histórico e compatibilidade constitucional, em particular, com o regime da liberdade sindical. Por fim, iremos analisar o enquadramento internacional, europeu e nacional desta liberdade e conferir se, afinal, Portugal está a cumprir com o seu compromisso internacional de a preservar, ao manter o art. 497.º no nosso sistema.

Abordadas estas questões, cumpre perceber se é útil e benéfica a conservação desta solução no nosso ordenamento.

Capítulo I: Âmbito subjetivo das convenções coletivas de trabalho

Em Portugal, as CCTs têm eficácia limitada¹, ou seja, aplicam-se a um determinado universo de trabalhadores e empregadores. Assim, o âmbito pessoal de aplicação das CCTs resulta da filiação² – princípio da (dupla) filiação³, art. 496.º CT – isto é, aquelas aplicam-se aos trabalhadores filiados no sindicato que as celebraram e aos empregadores que as outorgaram ou que estão filiados na associação de empregadores signatária. Exige-se, portanto, um elemento de conexão ao IRCT⁴, quer da parte do trabalhador, quer da parte do empregador⁵.

Nestes termos, o princípio da filiação corresponde à “regra fundamental para a definição do círculo de trabalhadores e empregadores sujeitos aos efeitos normativos duma convenção coletiva”⁶.

Em sede de análise crítica deste modelo adotado pelo legislador pátrio, cumpre questionar até que ponto é que a escolha deste regime é a mais adequada. Há que examinar quais as razões que levaram o nosso legislador a optar por esta via, que pode revelar-se de difícil concretização prática.

São vários os pontos positivos atribuídos a este princípio. Desde já, consiste na solução que mais honra a verificação de um sistema de pluralismo sindical, a saber, a neutralidade estadual em face das associações patronais e sindicais existentes⁷. Assim, nestes sistemas (como o nosso), é permitido aos trabalhadores criarem as associações sindicais que entenderem, assim como atribuírem-lhes o respetivo âmbito de representação⁸.

¹ Cfr. Ac. TRC 14.10.2022 (Processo:2051/212T8LRA.C1; Relator: Azevedo Mendes).

² Romano Martínez, 2023, p. 1171.

³ Pedro Madeira de Brito, 2015, p. 214 refere que “a expressão dupla filiação não é inteiramente correta, porque o empregador que outorga o instrumento de regulação coletiva de trabalho pode não estar filiado em qualquer associação de empregadores, mas um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que assinou é-lhe aplicável”. Também Diogo Vaz Marecos, 2012, p. 1079 e Gonçalves da Silva, 2002, p. 20 entendem que a expressão pode revelar-se equívoca, porquanto este princípio não se verifica quando o empregador celebra a CCT diretamente, como sucede do acordo coletivo e no acordo de empresa, assim como nas situações do art. 498.º CT.

⁴ O TRL, no Ac. de 13.02.2019 (Relator: José Eduardo Sapateiro, Processo: 14532/17, expõe isto mesmo. Não basta que as partes tenham um acordo expreso ou tácito relativamente ao IRCT que irão aplicar, tem sempre de haver este elemento de conexão ao IRCT. No caso, concluiu-se que, à data da declaração de adesão do trabalhador, nenhuma das partes estava filiada em qualquer associação patronal ou sindical, logo, não havia elemento de conexão, pelo que a declaração de adesão do trabalhador é inválida e ineficaz.

⁵ Júlio Gomes, 2023, p. 287 nota que a lei não é “inteiramente clara” relativamente ao facto de que somente os trabalhadores subordinados detentores de contrato de trabalho com o empregador que é titular da empresa em questão, é que têm acesso a este direito. O Autor questiona o que aconteceria numa situação de pluralidade de empregadores: “será decisivo que o IRCT seja aplicável ao empregador principal (...) ou poderá tratar-se de um IRCT aplicável a um qualquer dos co-empregadores?”.

⁶ Cfr. Ac. STJ de 20.06.2018 (Relator: Gonçalves Rocha; Processo: 3910/16.0T8VIS.C1.S1), Ponto II do sumário.

⁷ Júlio Gomes, 2016, p. 39.

⁸ Júlio Gomes, 2016, p. 41.

No geral, a doutrina reconhece as vantagens desta noção e elogia o facto de o CT2009 ter mantido este princípio fundamental⁹. No entanto, não obstante as suas vantagens e utilidade, o princípio da filiação acarreta, sem dúvida, inconvenientes. Nomeadamente nos sistemas em que subsiste mais fragmentação sindical, potencia-se a vigência de um número elevado de CCTs, o que pode resultar na aplicação simultânea de vários IRCTs no seio da mesma empresa e, subsequentemente, numa falta de harmonia na aplicação de regras laborais e/ou na aplicação de normas distintas a trabalhadores que executam mesmas funções¹⁰.

Definitivamente, a regra da filiação impõe certas dificuldades que estão “sempre associadas à tentativa da sua superação e à implicação que a solução que se venha a tomar tem sobre um eventual incentivo à desfiliação sindical” (*sic*)¹¹. Na verdade, esta regra acaba por ser contornada das mais variadas formas, nomeadamente pela própria legislação, com a previsão de vários mecanismos que permitem afastar e, muitas vezes, ir contra este princípio, o que acaba por diminuir o propósito do mesmo¹².

No que tem que ver com estes desvios, verificam-se tanto por intermédio de mecanismos legalmente previstos¹³, como de mecanismos empresariais (cláusulas de remissão e usos) e jurisprudenciais.

Tendo em conta a limitação de espaço inerente ao presente estudo, focar-nos-emos apenas na análise do mecanismo legal contido no art. 497.º CT.

⁹ Júlio Gomes, 2010, p. 178, 2016, p. 40. Como diz o Autor, devido ao facto de os trabalhadores serem livres de se filiarem ou não num sindicato, a qualquer momento e no sindicato que entenderem, “parece lógico que se atribua relevância a essa escolha para efeitos de âmbito pessoal de aplicação das convenções coletivas”. Neste sentido, de acordo com Palma Ramalho, 2023, p. 330, este princípio consiste na “projeção do princípio mais amplo da autonomia coletiva”.

¹⁰ Júlio Gomes, 2016, p. 42. Nesta ótica, Lobo Xavier, 2017, pp. 12, 15 refere que o princípio é inadequado, uma vez que tem força limitada no nosso ordenamento e deve ser superado, a fim de conseguirmos um “melhor aproveitamento dos conteúdos normativos da autonomia coletiva”. De acordo com o Autor, 2005, p. 135, verifica-se em Portugal uma baixa taxa de filiação, e “do entendimento literal do princípio da filiação resultaria até que as CCTs se aplicariam apenas a cerca de 20% dos trabalhadores”. Ainda, na sua visão, 2005, p. 148, “as insuficiências da autonomia trazidas pelo princípio da filiação” seriam apenas resolvidas através da normatividade dos usos e eficácia geral das CCTs (pp. 154-155). Palma Ramalho, 2023, p. 328 não hesita em reconhecer que este princípio pode ser um problema, desde já porque podem subsistir várias CCTs (pluralismo sindical) e também porque a CCT é um instrumento “de formação lenta e que tende a perdurar algum tempo, e durante esse período podem-se alterar os pressupostos subjetivos da respetiva aplicação, e, com isso, os respetivos destinatários”.

¹¹ Pedro Madeira de Brito, 2015, p. 215.

¹² Cfr. Palma Ramalho, 2023, p. 345.

¹³ Cfr. Ac. TRL de 8.11.2017 (Relator: Paula Sá Fernandes, Processo: 2587/16.7T8LSB.L1-4) e Palma Ramalho, 2023, p. 331.

Capítulo II: Análise do art. 497.º

2.1. Desafios interpretativos

Nos termos do art. 497.º CT, sendo aplicáveis várias CCTs (ou decisões arbitrais)¹⁴ no seio da empresa, o trabalhador não filiado em qualquer associação sindical pode escolher “qual daqueles instrumentos lhe passa a ser aplicável”.

Deste modo, da análise do artigo retira-se que estamos perante um “direito potestativo de opção”¹⁵, ou seja, “as CCT’s estão abertas à subscrição individual, sem possibilidade de a isso obstarem os outorgantes dessas convenções ou a empresa”¹⁶. Assim, a vontade do empregador, neste campo, não tem qualquer peso¹⁷, no sentido em que, se os pressupostos estiverem devidamente reunidos, este tem forçosamente de respeitar e acarretar os efeitos desta escolha unilateral feita pelo trabalhador¹⁸. Além disso, a lei não exige qualquer fundamentação para a seleção do trabalhador.

À primeira vista, pelo menos, o mecanismo do art. 497.º não aparenta ser uma ideia de teor descabido, apresenta-se como uma tentativa de colmatar aos efeitos negativos do princípio da filiação. O que está em causa será mimetizar um dos efeitos da atividade sindical – a aplicação de CCT – em relação a trabalhador não sindicalizado. Portanto, o legislador, ao criar este preceito, terá raciocinado numa ótica de resolução de problemas¹⁹, para a homogeneização da regulação laboral no seio das empresas²⁰, assim como para conferir ao trabalhador não sindicalizado um estatuto mais favorável e protetor do que a “simples” aplicação da lei²¹.

Porém, adiantando as nossas conclusões, o artigo é vago, pouco claro e a sua formulação deixa muito a desejar. Dito isto, surgem várias dúvidas em relação à aplicação prática desta figura, dúvidas estas que se vão mantendo ou densificando à medida que analisamos todos os seus elementos.

Decerto, estamos perante um desvio ao princípio da filiação, uma adesão dos trabalhadores a uma CCT, que não os compreendia *ab initio*²². Aqui, é pertinente frisar que o legislador, embora generoso no que respeita ao elemento pessoal da CCT, não

¹⁴ As decisões arbitrais não serão diretamente objeto deste estudo, vamo-nos focar somente na parte da norma que menciona as CCTs.

¹⁵ Gonçalves da Silva, 2018, p. 1984.

¹⁶ Lobo Xavier, 2017, p. 97.

¹⁷ Júlio Gomes, 2014, p. 7.

¹⁸ Gonçalves da Silva, 2022, pp. 1984-1985, 1982.

¹⁹ Lobo Xavier, 2020, p. 98.

²⁰ Pedro Madeira de Brito, 2015, p. 216 expõe que “A necessidade de padronização das relações de trabalho nas empresas e as dificuldades colocadas pelo princípio da filiação podem ter contribuído para se terem estabelecido mais exceções ao princípio da filiação na revisão do Código do Trabalho levada a efeito em 2009, em especial a possibilidade de escolha da convenção coletiva aplicável nos termos do artigo 497”.

²¹ Gonçalves da Silva, 2018, p. 1986. E isto assumindo que as CCTs serão mais favoráveis que a lei, o que pode nem sempre acontecer.

²² Palma Ramalho, 2023, p. 339.

escusou os restantes: temporal, funcional, geográfico e elo de ligação com o empregador²³.

Cabe-nos, agora, analisar os pressupostos e elementos deste mecanismo.

Primeiramente, o n.º 1 do art. 497.º CT refere “caso sejam aplicáveis, no âmbito de uma empresa, uma ou mais convenções coletivas ou decisões arbitrais”²⁴. Aqui surgem logo várias questões²⁵.

Relativamente aos IRCTs que podem ser objeto da escolha, a lei é clara: o trabalhador apenas pode escolher entre CCTs²⁶ ou decisões arbitrais.

Agora relativamente à expressão “aplicáveis”, questiona-se se tem de se verificar uma aplicabilidade efetiva ou apenas meramente potencial da CCT na empresa. Na sua maioria, a doutrina é consensual e tende a defender que, para o exercício deste direito, apenas tem de estar em causa uma aplicação potencial²⁷, o que é facilmente retirado da letra da lei, que apenas refere convenções “aplicáveis” e não “aplicadas”²⁸.

²³ Gonçalves da Silva, 2018, p. 1986

²⁴ Para Gonçalves da Silva, 2018, p. 1997, “tendo em conta o elemento literal e teleológico da norma”, poderá incluir-se aqui, também, um estabelecimento – o que é discutível. Aqui, é unânime a ideia de que apenas usufruirá deste direito um trabalhador que trabalhe no estabelecimento em causa, e não noutro estabelecimento da mesma empresa, como sublinham Júlio Gomes, 2014, p. 7 e Gonçalves da Silva, 2018, p. 1997.

²⁵ Entre elas, questões relacionadas com saber se a CCT em questão pode ser objeto de escolha, mesmo se estiver em fase de suspensão, caducidade ou sobrevivência. Nesta temática, a doutrina revela dúvidas. Júlio Gomes, 2014, p. 11 menciona que o trabalhador não filiado poderá escolher uma CCT que já tenha sido denunciada (art. 500.º CT), mas que ainda se encontre em período de sobrevivência (art. 501.º CT), isto porque uma CCT em sobrevivência é ainda aplicável no seio da empresa. Em sentido oposto, Lobo Xavier, 2017, p. 97 entende que, no momento da escolha, deve tratar-se de um instrumento “plenamente vigente, nos termos da própria força e eficácia temporal que lhes é concedida pelas partes e não meramente sobrevivente”. Já Gonçalves da Silva, 2022, pp. 2000, 2013, considera como pressuposto uma fonte vigente (o IRCT ter entrado em vigor), não sendo a publicação requisito suficiente. Mais, não pode existir a cessação do mesmo, e, se a escolha for feita em relação a uma CCT que estiver suspensa, nos termos do art. 502.º, n.º 3 e ss., não produzirá efeitos. No que toca à aplicação da norma às CCTs em situação de sobrevivência, não é clara a posição deste Autor. Relativamente a uma CCT caducada, entre nós, Júlio Gomes, 2014, p. 12, nota 13) sustenta que esta não pode ser alvo de escolha pelo trabalhador, uma vez que não estamos perante um instrumento nem vigente nem aplicável.

²⁶ No que toca a CCTs, incluir-se-á qualquer uma das espécies mencionadas no art. 2.º, n.º 3 CT.

²⁷ Palma Ramalho, 2023, p. 341, Lobo Xavier, 2017, p. 97 e Gonçalves da Silva, 2018, p. 1999. Recentemente, Júlio Gomes, 2016, p. 59 defendeu uma aplicação potencial, embora no passado, 2014, p. 9 tenha manifestado dúvidas, referindo que a norma não é “inteiramente clara” e “não é claro o que são as decisões arbitrais ou convenções coletivas ‘aplicáveis’”.

²⁸ Questionava-se, ainda, se o trabalhador podia escolher uma CCT que fosse aplicável na empresa por via de PE. Como nota Gonçalves da Silva, 2018, p. 2004, é relativamente diferente ser alvo de uma CCT através de um ato unilateral ou ser alvo de uma CCT por via de PE. Na sua opinião, uma CCT aplicada na empresa através de PE, na verdade, não é “aplicável” na empresa, é aplicável sim, o conteúdo desta, que foi objeto de extensão administrativa, logo o trabalhador só poderá optar por uma CCT que seja diretamente aplicável na empresa e não por via de PE. No mesmo sentido, veja-se o Ac. TRC 14.10.2022 (Relator: Azevedo Mendes, Processo:2051/212T8LRA.C1, onde se entendeu que não era possível a autora escolher entre duas CCTs no caso de serem potencialmente aplicáveis na empresa por efeito de PE, uma vez que, em causa estava “a possibilidade de o trabalhador exercer o ato substitutivo da filiação para efeitos aplicacionais da fonte convencional, então no caso de fundo regulador a não ser fonte convencional, mas antes de fonte administrativa, como é o caso da portaria de extensão, não pode em nosso entender interpretar-se o art. 497.º de modo a que ao trabalhador seja permitido, por seu intermédio normativo, optar por uma portaria de extensão que se apropria de uma CCT”. Em sentido oposto, Júlio Gomes, 2023, p. 287 e Palma Ramalho, 2023, p. 341 entendem que o âmbito de escolha do trabalhador é mais amplo e o trabalhador pode escolher uma CCT aplicável na empresa por via de PE. Contudo, atualmente, a última alteração do preceito veio clarificar que se deve tratar de uma CCT aplicável diretamente e não através de PE, de acordo com Júlio Gomes, 2023, p. 287.

Um problema que pode surgir nesta temática é a concorrência de CCTs aplicáveis na empresa, que não se deve confundir com o problema de haver várias CCTs simultaneamente aplicáveis na empresa²⁹. Aqui, tanto a doutrina como a jurisprudência indicam que, nestes casos, se deve recorrer aos arts. 481.º – 484.º CT, até porque “o artigo 497.º não terá pretendido tão pouco afastar ou revogar o 482.º, n.º 2”³⁰.

De seguida, o n.º 1 menciona como requisito que o trabalhador “não seja filiado em qualquer associação sindical”. Nestes termos, só o trabalhador que não se encontra filiado em nenhum sindicato pode fazer esta escolha, sendo assim óbvio que o principal propósito deste preceito é o de estender o âmbito da CCT a trabalhadores não sindicalizados³¹.

Pode ocorrer que o trabalhador que não é filiado *ab initio* se filie ulteriormente num sindicato³², mas há que distinguir duas situações: o trabalhador filia-se num sindicato outorgante ou filia-se num sindicato não outorgante³³. No primeiro caso, como o trabalhador já se encontra abrangido pela CCT, apenas se verifica uma alteração do motivo da sua aplicação, ou seja, “deixa de ser a escolha de convenção aplicável (artigo 497.º) para ser o princípio da filiação (artigo 496.º, n.º 2, 2.ª parte)”³⁴. Na segunda situação, a doutrina tende a entender que o trabalhador fica vinculado ao IRCT que escolheu anteriormente³⁵, nos termos dos n.ºs 3 e 4, ou seja, até ao fim da vigência do mesmo ou pelo prazo de 15 meses. Quando muito, a filiação do trabalhador corresponderá a uma “revogação tácita da escolha”³⁶, mas sem efeitos imediatos³⁷.

²⁹ Júlio Gomes, 2023, p. 287.

³⁰ Neste sentido, Júlio Gomes, 2014, p. 9. Igualmente, Gonçalves da Silva, 2022, p. 2016 refere que se houver uma situação de concorrência de fontes, tendo em conta o princípio da especialidade do art. 482.º, aplica-se o IRCT mais restrito, ou seja, havendo concorrência, p.e. entre um contrato coletivo e um acordo de empresa, se este último for aplicável, o Autor considera que o “trabalhador não pode optar pelo contrato coletivo uma vez que – apesar de ambos serem potencialmente aplicáveis, apenas não se aplicando este em virtude do critério da especialidade – tal significaria esvaziar, desde logo, a vinculatividade imposta pelo Código do Trabalho a deliberação dos trabalhadores”. Também o Ac. TRC de 14.10.2022 (Processo: 2051/212T8LRA.C1; Relator: Azevedo Mendes) refere que no caso de concorrência entre duas PE, deve-se recorrer ao art. 483.º CT. Mas é curioso notar que, antes, a doutrina quando falava de CCTs potencialmente aplicáveis tinha em vista, precisamente, aquelas que não o eram porque eram afastadas por normas de concorrência entre IRCT. Vejamos. “Se a empresa celebrou com sindicato x um acordo de empresa e, por seu turno, a associação dos empregadores em que está filiada essa mesma empresa celebrou com uma associação sindical a que pertence o sindicato x, um contrato coletivo”, aqui, há concorrência entre IRCTs. Logo, o acordo de empresa afasta o acordo coletivo (482.º, n.º 1, CT) e, diz Júlio Gomes, 2014, p. 9, só se deverá considerar aplicável na empresa, o acordo de empresa, não podendo o não filiado optar pelo contrato coletivo.

³¹ Palma Ramalho, 2023, p. 340.

³² Gonçalves da Silva, 2020, p. 1075.

³³ Gonçalves da Silva, 2018, p. 2026.

³⁴ Gonçalves da Silva, 2018, p. 2026.

³⁵ Ac. TRL de 13.02.2019 (Relator: José Eduardo Sapateiro, Processo: 14532/17). O Tribunal entende que, se o trabalhador se filiar num sindicato não outorgante, terá de esperar até ao fim da vinculação do instrumento que escolheu anteriormente ou fim do prazo de 15 meses, para beneficiar de nova CCT. Neste sentido, Júlio Gomes, 2014, p. 11 e Gonçalves da Silva, 2018, p. 2023.

³⁶ Júlio Gomes, 2014, p. 11; Gonçalves da Silva, 2018, p. 2026

³⁷ Cfr. Ac. TRL de 13.02.2019 (Relator: José Eduardo Sapateiro, Processo: 14532/17).

Por fim, a última parte do n.º 1 refere que a escolha pode ser realizada “desde que se integre no âmbito do setor de atividade, profissional e geográfico do instrumento escolhido”. O legislador escolheu, então, limitar o âmbito de escolha possível. Assim, é certo que o princípio da filiação tem de servir como limite³⁸, pelo que “a escolha não o pode colocar em melhor situação do que estaria caso se filiasse no sindicato outorgante”³⁹. Dito isto, caso o trabalhador não se pudesse filiar no sindicato outorgante da CCT, quer seja em razão da sua atividade profissional ou local onde exerce, não poderia gozar deste direito. No entanto, pode ocorrer que a filiação seja, efetivamente, possível, mas não a aplicação da CCT, pelo facto de se dirigir a uma realidade na qual o trabalhador não se insere – facto que é inultrapassável pelo art. 497.º.

Relativamente ao resto do preceito, os n.ºs 2 e 3, respetivamente, expõem que o trabalhador só pode efetuar a escolha nos “três meses posteriores à entrada em vigor do instrumento escolhido ou ao início da execução do contrato de trabalho, se este for posterior”⁴⁰, porém, ficará vinculado a esta escolha até ao final da vigência do instrumento e com um limite de 15 meses. Estamos perante duas alterações geradas pela Lei n.º 93/2019, sendo que, previamente, o trabalhador não estava sujeito a limite temporal para fazer a escolha e teria de ficar vinculado ao IRCT até ao final da sua vigência ou pelo prazo mínimo de 1 ano⁴¹. Decerto, a restrição temporal justifica-se⁴², para evitar que o poder “fique totalmente na discricionariedade do trabalhador não sindicalizado”⁴³, isto é, o trabalhador (preenchidos os requisitos) pode usufruir da CCT que bem entender, mas faz sentido que haja algum tipo de limitação temporal.

O legislador determinou, também, que o trabalhador pode revogar a escolha que fez (n.º 4), um ato que produz os seus efeitos 6 meses após a comunicação do trabalhador

³⁸ Gonçalves da Silva, 2018, p. 1987.

³⁹ Júlio Gomes, 2014, p. 6. Nestes termos, também, Palma Ramalho, 2023, p. 341, em consequência da imprecisão da norma, propunha que, antes desta alteração circunsritiva, se fizesse uma interpretação restritiva da norma, limitando o direito do trabalhador aos IRCT que, de facto, fossem aplicáveis, em função da sua profissão, categoria ou área de atividade.

⁴⁰ Júlio Gomes, 2023, p. 290 exemplifica: “uma convenção coletiva já aplicável no âmbito daquela empresa quando o contrato de trabalho começa a ser executado, o trabalhador terá três meses após o início da referida execução – momento que, obviamente, pode não coincidir com a celebração do contrato – para poder exercer o seu direito potestativo”.

⁴¹ Como resulta do art. 499.º CT, uma CCT pode ter prazos diferentes para o início dos seus efeitos, o que pode ser complicado para efeitos de contagem do prazo de 3 meses. Aqui, Gonçalves da Silva, 2022, p. 2028 sustenta que o momento relevante é o início de vigência da CCT, ainda que subsistam factos futuros dos quais outras matérias da CCT dependam, para produzirem efeitos.

⁴² Gonçalves da Silva, 2022, p. 2028. O Autor considera que, em sede de contagem dos 3 meses, não se deve ter em conta o período experimental, atendendo às suas finalidades específicas (p. 2029) e este prazo não se interrompe nem suspende (não obstante, obviamente, situação de força maior). Em sentido diverso, Júlio Gomes, 2023, p. 290, sustenta que o prazo dos 3 meses pode coincidir total ou parcialmente com o período experimental, “que não será, porventura, uma das fases em que o trabalhador goza de maior liberdade para exercer, ou não, a sua faculdade de escolha”.

⁴³ Palma Ramalho, 2023, p. 341. A Autora expõe que, embora mantenha uma posição de reprovação em relação ao mecanismo, a verdade é estas alterações são de saudar.

ao empregador “ou antes se, entretanto, se esgotar o prazo referido no número anterior”, de 15 meses⁴⁴.

Nestes termos, o que ocorrerá no final do prazo? No entendimento de Júlio Gomes⁴⁵, se uma CCT ainda se aplicar na empresa após o prazo dos 15 meses, a mesma deixará de se aplicar ao trabalhador não filiado, pelo que, se este quiser continuar a usufruir de proteção sindical, terá de optar por sindicalizar no sindicato outorgante⁴⁶.

Por fim, resta-nos analisar dois aspetos, os n.ºs 5 e 6.

O novo n.º 5 resolve uma questão há muito discutida na nossa doutrina – a relação entre CCT e PE. Assim, o trabalhador não sindicalizado não pode efetuar a escolha se já se encontrar abrangido por uma PE. Sem dúvida, “o legislador fez prevalecer o paternalismo estatal e uma certa uniformização forçada das relações de trabalho”⁴⁷ ao acrescentar esta ideia.

Já o n.º 6, retrata a possibilidade de o trabalhador apenas poder efetuar esta escolha uma vez “enquanto estiver ao serviço do mesmo empregador, ou de outro a que sejam aplicáveis as mesmas convenções coletivas ou decisões arbitrais”. Verdadeiramente, esta restrição deixa claro que a figura da escolha de convenção aplicável é um caso excecional, “ficando vedada, entre outros casos, enquanto o trabalhador mantiver o vínculo laboral com o mesmo empregador”⁴⁸ e, até mesmo se for trabalhar para outro empregador.

Finalmente, é evidente que estamos perante uma figura que levanta vários problemas interpretativos, por se revelar ambígua. Ainda assim, a criação de (cada vez mais) novas imposições modera, incontestavelmente, o uso desta figura, porquanto nos seus primórdios, o legislador não estabelecia qualquer exigência especial para o exercício desta escolha, para além da condição de não sindicalização⁴⁹.

⁴⁴ O facto de os efeitos não serem imediatos é de compreender, como esclarece Gonçalves da Silva, 2022, p. 2041, para “evitar a manipulação do elemento de conexão e a inerente instabilidade aplicativa da fonte pelo qual tinha optado, tal como acontece relativamente ao trabalhador filiado”.

⁴⁵, 2023, p. 291.

⁴⁶ No mesmo, sentido, Gonçalves da Silva, 2018, p. 2024. No âmbito da anterior redação de 2009, que previa o prazo mínimo de 1 ano de aplicação da CCT ao trabalhador após a escolha, o TRL (Ac. de 13.02.2019, Relator: José Eduardo Sapateiro, Processo: 14532/17) reconheceu que, em “caso de passividade por parte do trabalhador”, a escolha se conservava e renovava cumulativamente com o prazo de 15 meses, até ocorrer uma revogação de tal escolha por parte daquele.

⁴⁷ Júlio Gomes, 2023, p. 288.

⁴⁸ Gonçalves da Silva, 2022, p. 2027. O Autor questiona: ficará o trabalhador impedido de exercer este direito se houver uma alteração (p.e., uma “nova uma nova atividade não é regulada por nenhuma das fontes que incida sobre a sua anterior função, ou uma alteração geográfica que não é coberta pela convenção eleita”) ao objeto do contrato que faça cessar o campo de ação da escolha? Entende que a resposta é afirmativa, pelo que, tendo em conta o elemento literal, teológico e a excecionalidade da norma, o trabalhador só poderá efetuar a escolha uma vez, ainda que aplicação da escolha cesse por qualquer razão. Relativamente ao que poderão ser “as mesmas convenções coletivas ou decisões arbitrais”, Júlio Gomes, 2023, p. 291 escreve que “não é, contudo muito líquido” como interpretar esta expressão, revelando as suas dúvidas. Aqui, ficamos sem perceber vários aspetos: como se interpreta isto de serem aplicáveis as mesmas convenções? Têm de ser exatamente as mesmas? Se um trabalhador estiver vinculado por mais que uma, o artigo está preenchido? Como se efetua este controlo? O legislador não é claro.

⁴⁹ Palma Ramalho, 2023, p. 341.

2.2. Percurso histórico do artigo

Ao longo da sua existência, esta figura teve a sua dose de alterações e, para a entendermos verdadeiramente, convém analisar a sua evolução histórica.

A origem do conceito de adesão individual remota a 2003, através do art. 15.º da Lei n.º 99/2003 (LACT)⁵⁰, cuja epígrafe era, igualmente, “escolha de convenção aplicável”. Embora similar ao atual art. 497.º CT em certos aspetos, são evidentes as diferenças, tratando-se, assim, de uma “norma transitória, tendo em conta a sua natureza e inserção sistemática”⁵¹.

O art. 497.º nasceu com a revisão do CT2009, por sugestão da Comissão do Livro Branco das Relações Laborais, através da Lei n.º 7/2009, onde se expõe que “a adesão individual terá o mesmo efeito vinculante que decorre do princípio da filiação”⁵². Até aqui, a única maneira de aplicar uma CCT a um trabalhador não filiado, segundo alguma jurisprudência, na falta de PE, seria por acordo entre empregador e trabalhador⁵³.

Portanto, já está perante uma norma mais composta e organizada em comparação com o seu “esboço”. Para efeitos de comparação, o art. 15.º LACT apenas se referia a IRCTs negociais, ao passo que o art. 497.º abrange tanto IRCTs negociais como não negociais. A LACT alargava, ainda, a possibilidade de escolha a trabalhadores membros de outras associações sindicais⁵⁴, enquanto no CT apenas trabalhadores não filiados em nenhum sindicato podem exercer este direito. Por fim, a LACT não previa a faculdade de revogação da escolha, mas o art. 497.º já regula esse aspeto⁵⁵. Claramente, a nova versão é “mais moderada”⁵⁶.

⁵⁰ Diploma que aprovou o Código do Trabalho (LACT). Publicado por Diário da República n.º 197, série I, Parte A, 27.08.2003.

⁵¹ Gonçalves da Silva, 2018, p. 1982; 2020, p. 1075.

⁵² Comissão do Livro Branco das Relações Laborais, 2007, p. 120.

⁵³ Palma Ramalho, 2023, p. 339. Conforme a Autora, a norma surgiu para agilizar a substituição de IRCT mais antigos e permitir que estes novos IRCT atinssem o máximo de trabalhadores possível, caso não houvesse uma portaria de extensão. O que vai de acordo com os objetivos da Comissão do Livro Branco das Relações Laborais, pois a ideia era não só “propor a redefinição das relações entre lei, as convenções coletivas de trabalho e os contratos individuais de trabalho, suscetíveis de promover os objetivos”, como “propor medidas de desburocratização e simplificação do relacionamento entre as empresas”.

⁵⁴ Através da expressão “que não seja filiado em sindicato outorgante”.

⁵⁵ Cfr. Palma Ramalho, 2023, p. 343, nota 383.

⁵⁶ Palma Ramalho, 2023 p. 340, nota 395. Neste tema, é de salientar que o legislador regrediu num aspeto. A LACT referia que a forma de manifestação da escolha tinha de ser por escrito, ao passo que atualmente, nada se refere a esse respeito. Na nossa doutrina, as opiniões dividem-se. Palma Ramalho, 2023, p. 342 e Júlio Gomes, 2014, pp. 7-8; 2023, pp. 289-290, nota 15 fazem alusão ao art. 224.º CC, sustentando a prevalência da forma escrita, porque estamos perante uma declaração recipiendi. Contrariamente, Gonçalves da Silva, 2018, p. 2018 entende que a aplicação do art. 224.º CC neste contexto é de rejeitar, pois se nem se confere esta imediatividade de produção de efeitos ao IRCT, não deveria, tampouco, ser conferida à forma de manifestação da vontade de adesão. Por último, seguimos a visão de Júlio Gomes, 2023, p. 289, quando aponta uma certa passividade por parte legislador, que podia já ter esclarecido este aspeto. Na verdade, podemos questionar se, a anterior versão, ao admitir que os filiados noutros sindicatos também pudessem escolher, não seria menos incentivadora da não filiação do que a versão atual.

A ideia da escolha de convenção aplicável edificou, nestes termos, uma novidade no nosso sistema⁵⁷.

É importante destacar que, em 2010, este regime foi alvo de apreciação de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (Ac. n.º 338/2010) – questão que iremos abordar a seu tempo.

Ulteriormente, através da alteração do CT implementada pela Lei n.º 93/2019⁵⁸, modificou-se, expressivamente, o art. 497.º Entre as principais alterações, destaca-se a delimitação de setor de atividade, profissional e geográfico, no que toca ao IRCT escolhido; igualmente, impõe-se um prazo de 3 meses a contar da data de entrada em vigor da CCT ou do início do contrato de trabalho, se ulterior, para efetuar a escolha; quanto ao limite temporal, antes consagrava-se um mínimo de 1 ano para aplicação da CCT, já atualmente, regista-se um limite máximo de 15 meses; e, por fim, o trabalhador apenas pode efetuar esta escolha uma vez⁵⁹.

Recentemente, em 2023, foi realizada outra reforma ao CT, na sequência da Lei n.º 13/2023⁶⁰, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno⁶¹. Foi, então, adicionado um novo n.º 5 ao art. 497.º, onde se estipula que o trabalhador já não poderá exercer este direito “se já se encontrar abrangido por portaria de extensão de convenção coletiva aplicável no mesmo âmbito do setor de atividade, profissional e geográfico”⁶².

Estas alterações culminaram, assim, na versão atual do art. 497.º, enfatizando o carácter restrito desta figura, ao prever esta limitação suplementar⁶³.

⁵⁷ De acordo com Palma Ramalho, 2023, p. 339 é uma novidade, “pelo menos com o carácter de generalidade que a lei lhe atribui”, dado que a norma teve origem na LACT. Esta reforma do CT de 2009 foi imensamente criticada, em particular, Júlio Gomes, 2010, p. 162) refere que foi agravado o esforço imposto a quem interpreta a lei laboral, tratando-se de “dificuldades que podiam ter sido evitadas se o legislador tivesse dado mostras de um pouco mais de ponderação e tivesse sabido fazer melhor o seu trabalho”.

⁵⁸ Altera o Código de Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02.

⁵⁹ De acordo com o ponto 8 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 136/XIII (p. 32), todas estas alterações foram estruturadas numa ótica de “reforçar as estruturas de representação coletiva do trabalho e promover a dimensão coletiva da regulação laboral”. Contudo, esta alteração ao CT não foi vista com bons olhos pela CGTP-IN, que, na sua “Apreciação à Proposta de Lei 136/XIII”, considerou que a mesma configurou um ataque à contratação coletiva e que não resolveu “aspetos considerados fundamentais ou estruturais para os direitos dos trabalhadores (p. 2).

⁶⁰ De 03.04. Publicação no Diário da República n.º 66/2023.

⁶¹ “Conjunto de medidas que tem como objetivo melhorar as condições de trabalho e a conciliação entre a vida pessoal, familiar e profissional” – Portugal.Gov.pt.

⁶² Note-se que, juntamente com esta nova ideia, introduziu-se o n.º 2 do art. 515.º CT, que estatui que, quando já tenha decorrido o prazo n.º 3 do art. 497.º, o trabalhador não filiado que tenha escolhido IRCT negocial, pode usufruir de aplicação de PE. Também, foi acrescentado o art. 10.º-A CT, que refere no n.º 2, c), a possibilidade de os trabalhadores independentes economicamente dependentes, que realizem funções correspondentes ao objeto social da empresa, por um período superior 60 dias, usufruírem deste direito.

⁶³ Nas palavras de Júlio Gomes, 2023, p. 286 e Palma Ramalho, 2023, p. 341, estas alterações são de “saudar”, na medida em que ambos são bastante críticos relativamente da figura, por isso qualquer restrição do seu uso será positiva. Em sentido oposto, Gonçalves da Silva, 2018, p. 1995, entende que, com esta nova alteração, as críticas se intensificam, nomeadamente ao n.º 2 e n.º 5, pelo que se mitiga “a equiparação entre trabalhador filiado e não filiado em matéria de efeitos pessoais da convenção coletiva”. No entanto, Palma Ramalho, 2023, p. 343 não se demonstra apologista do novo n.º 5 por duas razões: por um lado, agride a natureza subsidiária das PE, por outro lado, em face da prática generalizada da emissão de PE, esta nova limitação traduz-se “na sua erradicação prática”.

Em todo o caso, as dúvidas permanecem: terá esta nova alteração o objetivo de coartar um direito do trabalhador, ao restringir cada vez mais a escolha e, consequentemente, fazer com que este se sindicalize?⁶⁴

2.3. Compensação monetária por adesão à CCT – o art. 492.º, n.º 4

Passemos agora a analisar outra questão controvertida, vista por muitos como uma “solução bizarra”⁶⁵ e “um meio frustrante e arbitrário”⁶⁶. Associado ao art. 497.º está o art. 492.º, n.º 4, CT – outra originalidade no nosso sistema – que estatui a possibilidade de as CCTs estabelecerem uma compensação monetária aos trabalhadores não filiados como contrapartida de adesão à mesma.

De relance, similarmente com o que acontece com o art. 497.º, com base num argumento de igualdade entre filiados e não filiados, a norma aparenta não levantar problemas, servindo para compensar o facto de os trabalhadores não filiados não terem participado nos encargos da elaboração da CCT, e, também, o facto de não pagarem quotas sindicais. Porém, à medida que a vamos dissecando, percebemos que é mais do que, simplesmente, uma forma de fazer com que o trabalhador não filiado “pague” pela sua adesão à CCT⁶⁷.

A doutrina não se revela otimista em relação a este preceito, não se deixando iludir pela sua aparente simplicidade.

Em primeiro lugar, refere-se que o trabalhador não filiado pode sempre ser abrangido pelo âmbito de uma CCT por via de PE, sem necessitar de pagar qualquer valor para tal se suceder⁶⁸. Em segundo lugar, não é o mero pagamento desta compensação que vai equiparar a situação entre sindicalizados e não sindicalizados (que será sempre diferente)⁶⁹. Neste sentido, é importante ressaltar que esta quantia não se deve confundir com uma quota sindical⁷⁰, logo, é de rejeitar, de todo, uma equiparação das situações. Em terceiro lugar, esta ideia pode ser vista como uma forma de premiar uns sindicatos em prejuízo de outros, ou até mesmo, como um incumprimento do disposto no art. 405.º, n.º 2, CT que salvaguarda a independência dos sindicatos, por poder ser

⁶⁴ José Maria Coelho e Tiago Sequeira Mousinho, 2022, questionam se objetivo não será o de enaltecer o poder regulamentar do Governo comparativamente à autonomia do trabalhador, ao estabelecer que uma PE prevalece sobre a escolha deste.

⁶⁵ Palma Ramalho, 2023, p. 344.

⁶⁶ Júlio Gomes, 2016, p. 193.

⁶⁷ Cfr. Palma Ramalho, 2023, p. 344.

⁶⁸ Palma Ramalho, 2023, p. 344.

⁶⁹ Júlio Gomes, 2010, pp. 193-194.

⁷⁰ Júlio Gomes, 2010, p. 194. O Autor manifesta as suas dúvidas quanto à aplicação analógica dos art. 457.º ss., sobre a possibilidade de o empregador exigir prova do referido pagamento para a aplicação da CCT, assim como a capacidade de o empregador receber a quantia exigida.

um modo encoberto de os empregadores os patrocinarem financeiramente⁷¹. Isto porque, na prática, há o perigo de o empregador poder “sugerir” (ou melhor, exigir) a adesão uma determinada CCT, tanto a trabalhadores como a candidatos a emprego, que preveja o pagamento desta quantia, premiando assim os “sindicatos mais flexíveis”⁷², isto é, que elaboram ou outorgam CCTs com condições do agrado do empregador.

Por fim, na verdade, também não há forma de garantir que a quantia exigida corresponda rigorosamente ao valor dos encargos que os sindicatos têm com as negociações⁷³ e, nesta temática, o problema é mais profundo: até que ponto é que o trabalhador não filiado⁷⁴ tem, efetivamente, liberdade de escolha e não é influenciado pelo empregador para “escolher” uma CCT de uma associação sindical que este sugere?⁷⁵

Esta solução, para além de singular, piora um problema desencadeado pelo art. 497.^o – “o problema da contrariedade aos princípios laborais fundamentais da liberdade sindical”⁷⁶.

⁷¹ Cfr. Júlio Gomes, 2010, p. 192, nota 40.

⁷² Júlio Gomes, 2010, p. 193.

⁷³ Júlio Gomes, 2010, p. 192.

⁷⁴ Júlio Gomes, 2010, p. 193. Sobre tudo trabalhadores em regimes de trabalho precários (temporários ou a termo) ou numa situação mais frágil, como o período experimental.

⁷⁵ Júlio Gomes, 2010, p. 192. Em sentido idêntico, Lobo Xavier, 2017, p. 98, nota 198.

⁷⁶ Palma Ramalho, 2023, pp. 344-345.

Capítulo III: Da (des)conformidade constitucional do art. 497.º

Os arts. 55.º e 56.º da CRP estabelecem a proteção da liberdade sindical e dos direitos das associações sindicais e da contratação coletiva, respetivamente. A liberdade sindical – vista como o veículo da construção da unidade dos trabalhadores – assenta em várias vertentes, mas, para efeitos deste estudo, vamos apenas focar duas: por um lado, o direito à aplicação do regime convencional coletivo subscrito pela associação sindical da qual o trabalhador é membro (sentido positivo), e, por outro lado, o direito à não aplicação de CCT a trabalhadores que escolheram não ser membros daquela associação sindical (sentido negativo)⁷⁷.

Ora, sabemos que o art. 497.º CT estatui que o trabalhador que ativamente tomou a decisão de não se inscrever em qualquer estrutura de representação de trabalhadores, pode escolher qualquer uma das CCTs em vigor na empresa. Por outras palavras, ao passo que o trabalhador filiado fica obrigatoriamente vinculado à CCT celebrada pelo seu sindicato⁷⁸, o trabalhador que preferiu não se sindicalizar fica numa posição mais favorável, porque lhe são estendidos os benefícios da filiação sindical sem as respetivas obrigações⁷⁹. Ou seja, encontramos aqui dois problemas: 1) quem não é sindicalizado deve poder escolher/usufruir de CCTs outorgadas por sindicatos dos quais não faz parte?; 2) esse poder de escolha não será desencorajador para os filiados em sindicatos, que ficam sempre "amarrados" à CCT celebrada pelo seu sindicato, não podendo fazer qualquer opção para este efeito? Depois, pode-se ainda questionar se certos aspetos ou regalias da atividade sindical não deveriam ser reservados aos trabalhadores filiados⁸⁰.

Portanto, é manifesto que a possibilidade de estender o âmbito de uma CCT, por decisão unilateral do próprio trabalhador “não só contribui para um desincentivo à filiação sindical, como constitui materialmente uma violação do princípio da liberdade sindical”⁸¹.

⁷⁷ Na visão de Palma Ramalho, 2023, p. 345, é nesta ótica de liberdade de inscrição numa associação sindical que se edifica o princípio da autonomia coletiva. Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007, p. 730 referem que a liberdade sindical corresponde a muito mais do que uma “simples liberdade de associação perante o Estado”, mas antes a um verdadeiro direito do trabalhador de, positivamente, se inscrever numa associação sindical à sua escolha e, negativamente, de não se inscrever e não ser prejudicado por tal, não só perante os empregadores, como perante o Estado. Aqui, é interessante notar que, segundo Monteiro Fernandes, 2023, p. 830, a própria formulação constitucional da liberdade sindical não é feliz, dado que compreende uma “desnecessária ressonância ideológica que sugere uma postura mais “promocional”, por parte do ordenamento (e da própria CRP), do que aquela que efetivamente vem a retirar-se das normas vigentes.

⁷⁸ Júlio Gomes, 2014, p. 6.

⁷⁹ Palma Ramalho, 2023, p. 346. P.e. o pagamento de quotas sindicais.

⁸⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007, p. 748. Os Autores explicam que, com este cenário, corre-se o risco de se “premiar o fenómeno do *“free rider”*, ou seja, os trabalhadores que tiram proveito da ação coletiva, sem nela se envolverem e sem suportarem os respetivos cargos”, o que, aliás, também pode ser dito a propósito das PE.

⁸¹ Palma Ramalho, 2023, p. 347.

E é com base nestas ideias que se baseia a argumentação do Requerente⁸² no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 338/10⁸³.

Inicialmente, sustenta-se a inutilidade da norma no nosso sistema e, em seguida, que a mesma constitui um atentado aos direitos das associações sindicais e dos seus associados.

Quanto à primeira questão, o Requerente alega que a lei já prevê uma possibilidade de alargamento do âmbito original das CCTs, através de PE, logo, o artigo revela-se, “desnecessário”. Relativamente ao facto de ser um regime atentatório dos direitos das associações sindicais, o art. 56.º, n.º 1, CRP estabelece a competência destas para “defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem”, sendo que o Requerente entende que esta norma apenas faz referência aos trabalhadores que efetivamente representam – os trabalhadores filiados⁸⁴. Finalmente, invoca que estamos perante um desincentivo à filiação, por permitir que um trabalhador “que voluntariamente optou por não ser sindicalizado” escolha agora uma CCT. Conjuntamente com este último facto, é apontado o efeito que a norma tem de uma possível debilitação dos sindicatos, assim como um certo domínio ou influência que o empregador pode ter na escolha da CCT pelo trabalhador, ou até na sua desfiliação (consequência da subordinação económica do trabalhador ao empregador).

3.1. Argumentação do Tribunal

Vejamos o que diz o Tribunal.

Primeiro, reconhece que a CRP, de facto, apenas atribuiu a dita competência às associações sindicais para agir em interesse dos trabalhadores filiados. Depois, havendo uma “incindível ligação entre contratação coletiva e associações sindicais”, é válido o Requerente questionar se os benefícios da filiação não deveriam ser exclusivos dos trabalhadores sindicalizados.

Porém, com auxílio a um argumento de identidade de razão⁸⁵, o Tribunal considera que a extensão do âmbito original das convenções coletivas já ocorre correntemente sim, através de PE, e ninguém questiona a constitucionalidade deste mecanismo⁸⁶.

⁸² Aqui, um Grupo de Deputados à Assembleia da República.

⁸³ Processo n.º 175/09 de 22.09.2010; Requerente: Grupo de Deputados à Assembleia da República; Relator: Conselheiro José Borges Soeiro.

⁸⁴ Este argumento é discutível, pois embora se entenda, com frequência, que assim é, há sindicatos que se arrogam do direito de representar trabalhadores que não são seus membros, numa espécie de representação política. Como refere Lobo Xavier, 2020, p. 113, “frequentes vezes, a ação do sindicato tende a projetar sobre todos os trabalhadores suscetíveis de serem representados por ele, independentemente da inscrição ou filiação”.

⁸⁵ Palma Ramalho, 2023, p. 346.

⁸⁶ Pelo contrário, a doutrina é bastante crítica da figura das PE. De acordo com Júlio Gomes, 2010, pp. 166, 169, “a discricionariedade do Ministério do Trabalho na extensão para além do seu âmbito negocial subjetivo das convenções coletivas através de portarias extensão” pode representar um desincentivo à filiação, no sentido em que obsta a que os sindicatos reservem alguns dos benefícios das CCTs para os seus filiados (p.

Seguidamente, o TC não nega que existem certas normas no nosso ordenamento que podem ter um papel de enfraquecimento da atividade/filiação sindical e que o art. 497.º, na verdade, não promove a filiação, assentindo que a solução pode resultar numa autêntica “desvalorização das associações sindicais a quem compete o direito de contratação coletiva”. Não obstante, compreende que caso se forçasse as pessoas a filiarem-se num sindicato, tal poria em causa o disposto no art. 55.º CRP, que salvaguarda a liberdade de inscrição, nomeadamente na sua vertente negativa.

Em seguida, o TC alerta para a importância particular de um dos direitos dos trabalhadores, no caso, o princípio da igualdade nas condições de trabalho que emerge do art. 59.º CRP. Assim, “os trabalhadores de unidades ou setores de produção semelhantes devem, tendencialmente, estar sujeitos ou beneficiar de condições gerais de trabalho semelhantes”. Portanto, para além de tal princípio justificar a extensão dos efeitos da CCT a trabalhadores não filiados, o Tribunal entende que é esta a base que fundamenta as PE – motivo pelo qual ambos os mecanismos (PE e art. 497.º) são legítimos.

Por último, para marcar a sua posição, ainda com base neste nivelamento de tratamento de trabalhadores filiados e não filiados⁸⁷, o Tribunal socorre-se de um preceito por nós já comentado, o art. 492.º, n.º 4, CT. Esta solução visa assegurar que as associações sindicais se possam proteger “em face do aproveitamento da sua atividade por parte de pessoas que não se associem no sindicato”. Na verdade, diz o TC, a norma faz com que a filiação no sindicato seja mais vantajosa do que o pagamento de uma importância específica, porquanto se aplica automaticamente uma CCT. Com efeito, para além de garantir uma maior igualdade entre sindicalizados e não sindicalizados, fomenta um maior relacionamento dos trabalhadores não filiados com as associações sindicais, o que, por sua vez, promove a filiação sindical, na convicção do Tribunal.

Por todas estas razões, conclui-se que não se encontram afrontados os valores constitucionais previstos nos arts. 55.º e 56.º O TC entende que se consegue assim “uma concordância prática entre a liberdade individual de inscrição ou não inscrição nos sindicatos conjugada com o princípio da igualdade (...) por um lado, e o direito das associações sindicais a quem compete a contratação coletiva, por outro lado”.

166). Escreve, também, que as PE representam, mais uma vez, um desrespeito do nosso ordenamento pela liberdade sindical em sentido negativo (p. 169). No mesmo sentido, Palma Ramalho, 2023, pp. 436-437 escreve que desde há muito tempo que se vem questionado “sobre a bondade desta figura”, porquanto as PE representam “um instrumento nocivo e que desequilibra globalmente o sistema de contratação coletiva, atuando ainda em desfavor do associativismo sindical” e, por isso, a sua utilização devia ser limitada.

⁸⁷ Palma Ramalho, 2023, pp. 346-347.

3.2. Argumentação da doutrina

Este raciocínio não convenceu, de todo, a nossa doutrina, que não hesitou em reprová-lo, como é o caso de Gonçalves da Silva, Júlio Gomes, Lobo Xavier e Palma Ramalho. Aliás, dentro do próprio Tribunal, houve quem não acompanhasse esta posição, em particular, o Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro na sua Declaração de Voto.

Atentemos.

Na ótica do Senhor Juiz Conselheiro, é facilmente perceptível o porquê de o art. 497.º violar a nossa Lei Fundamental. Inicialmente, clarifica que embora a norma se revele uma restrição à autonomia coletiva, desde já porque se vai alargar o âmbito do IRCT não previsto originalmente (e que nada se pode fazer quanto a isso), a norma não será, por esta razão só, inconstitucional, uma vez que a CRP confere ao legislador poderes para regular as regras respeitantes à eficácia das normas convencionais. Assim, é certo que uma maior ou menor ligação dos trabalhadores às associações sindicais está relacionada, desde logo, com a atratividade que a filiação possua. Logo, o legislador deveria agir no sentido de fornecer “condições normativas de fortalecimento do associativismo sindical”, mas, ao invés, parece apenas criar normas que lesam a liberdade sindical. De facto, a norma não incrementa um tratamento igual entre filiados e não filiados, pelo contrário, faz com que os trabalhadores filiados sejam prejudicados, porque estes estão sempre sujeitos ao resultado das negociações, ao passo que os não filiados podem fazer a sua escolha, independentemente do resultado. No que respeita à compensação do art. 492.º, n.º 4, entende que é certo que é eliminado um dos inconvenientes do art. 497.º, porém, a “salvaguarda dos aspetos patrimoniais atenua, mas não elimina, o enfraquecimento da organização sindical que esta solução coenvolve”, pois ao diminuir a representatividade dos sindicatos, em consequência, decresce a hipótese de uma forte comparência destes no “tabuleiro da negociação coletiva”.

Esta Declaração de Voto acompanha o entendimento geral da nossa doutrina.

Relativamente ao acórdão, sustenta-se, no geral, que a solução “deveria ter merecido um juízo de inconstitucionalidade”⁸⁸.

Além disso, quando falamos em PE, estamos perante um “instrumento heterónomo, que assenta no poder regulamentar”⁸⁹, assim, ao invocar este mecanismo

⁸⁸ Palma Ramalho, 2023, p. 347. De acordo com a Autora, contrariam-se “dois princípios básicos do Direito do Trabalho: o princípio da liberdade sindical e, de modo indireto, o princípio da autonomia coletiva”.

⁸⁹ Gonçalves da Silva, 2018, p. 1991. O Autor expõe que até a própria existência de PE já foi objeto de discussão no próprio TC, ou seja, referir-se que nunca se questionou a inconstitucionalidade das PE é incorreto.

comparativamente ao mecanismo da escolha de convenção aplicável, o TC desconsiderou a sua razão de ser e natureza própria – portanto, este argumento não é convincente.

Relativamente ao raciocínio do princípio da igualdade de condições de trabalho, este foi invocado para fundamentar e justificar as PE e, consequentemente, o artigo em análise. No entanto, ao fazer-se uma interpretação no sentido da que é apresentada pelo TC, não se fomenta, de modo algum, a igualdade, mas sim a desigualdade, porquanto “o trabalhador não filiado com as mesmas funções beneficiará do mesmo salário, mas não estará necessariamente sujeito às mesmas obrigações (...) que o filiado”⁹⁰. Na realidade, segundo a doutrina, esta interpretação faz com que se torne irrelevante a filiação, “tratando de forma igual trabalhadores que estão numa posição substancialmente diferente, gerando uma desigualdade sem fundamento”⁹¹.

Repare-se, então, no regime desigual que é criado aquando do exercício deste direito⁹², pois, para além de o trabalhador não sindicalizado poder escolher “o menu à carta”⁹³, pode ocorrer que um sindicato não consiga levar avante as negociações relativamente a uma CCT, ficando, deste modo, os trabalhadores sindicalizados impedidos de fazer qualquer escolha ou de usufruir do conteúdo de qualquer IRCT, meramente porque optaram ser filiados numa associação sindical⁹⁴.

Sendo assim, o TC coloca, erradamente, o valor do princípio da igualdade das condições de trabalho acima de todos os outros valores laborais, o que não se justifica. Melhor, estamos perante uma sobrevalorização deste princípio “em moldes totalmente alheios à lógica peculiar da contratação coletiva”⁹⁵.

Quanto à compensação, conjuntamente com as críticas que expusemos no capítulo anterior, a doutrina descarta completamente a ideia de esta promover a filiação ou

⁹⁰ Como menciona Júlio Gomes, 2010, p. 167, a jurisprudência estima, em demasiado, este princípio, tentando igualizar as posições de trabalhadores filiados e não filiados, tratando “de modo igual o que é desigual”. Durante muito tempo, os tribunais (p.e. Ac. STJ de 08.02.1995, Relator: Dias Simão, Processo: 004116) deixaram-se convencer por este argumento e aplicavam as tabelas salariais a trabalhadores não filiados, por força deste princípio, numa tentativa de interpretação conforme à CRP. Porém, a doutrina não se revia, nem se revê atualmente neste pensamento: é verdade que se procede ao pagamento de valores distintos para o mesmo trabalho, mas o facto de uns serem filiados e outros não, justifica objetivamente este tratamento diferenciado – não estamos perante desigualdade nem tratamento discriminatório. Pelo contrário, com esta interpretação, criava-se uma desigualdade, porquanto os trabalhadores não filiados tinham “o melhor de dois mundos”, ou seja, não eram filiados, não pagavam quotas, não se submetiam ao desagrado do empregador por serem filiados e apenas lhes eram aplicadas as tabelas salariais – o que corresponde a um verdadeiro desincentivo à filiação. Atualmente, a jurisprudência já demonstra uma inversão deste entendimento, p.e. o Ac. TRL de 10.01.2018 (Relator: Maria José Costa Pinto; Processo: 32158/16.1TFLLSB-L1-4) refere que “...a diferenciação salarial assente no princípio da filiação não constitui violação do princípio da igualdade salarial, ainda que a razão da diferenciação resida apenas no facto de o trabalhador não ter beneficiado dos aumentos salariais em condições idênticas às desfrutadas por aqueles a quem é aplicável o instrumento de regulamentação coletiva que os prevê...”.

⁹¹ Gonçalves da Silva, 2018, p. 1991.

⁹² Júlio Gomes, 2014, p. 6.

⁹³ Júlio Gomes, 2010, p. 179. Similarmente, Palma Ramalho, 2023, p. 346, expõe que se facilita, assim, a possibilidade de escolha “à la carte” da CCT que mais convém ao trabalhador não filiado, e de este a revogar quando bem entender.

⁹⁴ Júlio Gomes, 2010, p. 179.

⁹⁵ Palma Ramalho, 2023, p. 347.

envolver os trabalhadores. Verdadeiramente, o que faz é admitir que o empregador interfira numa área onde não o devia fazer⁹⁶.

No geral, revela-se uma certa aversão, por parte da doutrina, no que toca ao preceito em análise, “desde logo pelo seu carácter individualizado”⁹⁷. Em vários momentos, a norma é caracterizada como numa “escolha infeliz”, uma “idiossincrasia da lei portuguesa” e uma “originalidade lamentável”, comportando um desincentivo à filiação sindical⁹⁸.

É verdade – e isso conseguimos reconhecer – que a norma pode representar uma solução para a resolução de muitos problemas, pelo facto de proporcionar uma uniformização da regulação laboral no seio das empresas⁹⁹ e, de certo modo, combater, a fragilidade que existe na situação individual, ao permitir que o trabalhador não filiado desfrute de proteção convencional¹⁰⁰, uma vez que – em princípio – o principal objetivo das CCTs será, através da negociação, estipular melhores condições de trabalho.

Contudo, não se hesita em reconhecer que a norma poderá “esvaziar parte do conteúdo útil da filiação e, com isso, fragilizar a atividade sindical”¹⁰¹. A maior parte dos problemas suscitados pela regra da filiação não pode ser resolvida e, certamente, não é este artigo que vai ajudar¹⁰². Na verdade, pode ter precisamente o efeito contrário e resultar em dificuldades acrescidas para o empregador, nomeadamente, se for escolhida pelo trabalhador uma “CCT paralela diversa da utilizada como padrão na empresa e sobre a qual repousa a divisão de trabalho (funções e tempos) da empresa”¹⁰³. Mesmo assim, enfatiza-se que o legislador pode ter aberto a porta a uma “manipulação patronal”¹⁰⁴, como também expressou o Requerente na sua argumentação.

Igualmente, expõe-se, sem surpresa, que a norma em causa, para além de violar os princípios da liberdade sindical (tanto na sua vertente positiva como negativa), pode mesmo incitar à própria desfiliação, dado o que o trabalhador não vê qualquer proveito

⁹⁶ Muitas vezes, como vimos, é o empregador que recebe a quantia monetária e a retém até serem entregues aos sindicatos, o que legitima “acordos que poderão colocar em causa a independência face aos empregadores” – Gonçalves da Silva, 2020, p. 1991; 2018, p. 1992. Mais. É curioso que o TC afirme que a norma faça com que a filiação no sindicato seja mais vantajosa do que o pagamento desta importância, apenas porque se aplica automaticamente uma CCT, quando, a nosso ver, é muito mais vantajoso poder escolher uma qualquer CCT, a que melhor aprouver, à luz do art. 497.º.

⁹⁷ Lobo Xavier, 2017, p. 98. O Autor revela que não crê nem confia no preceito.

⁹⁸ Júlio Gomes, 2023, p. 286; 2014, p. 6; 2016, p. 59.

⁹⁹ Lobo Xavier, 2017, p. 98, nota 198.

¹⁰⁰ Gonçalves da Silva, 2022, pp. 2008, 2009.

¹⁰¹ Gonçalves da Silva, 2018, p. 1992. O Autor considera este facto ainda mais infundado, por considerar que as CCTs não podem regular os termos do funcionamento do art. 497.º, “desde logo, por estarem em causa terceiros alheios à filiação”.

¹⁰² Lobo Xavier, 2017, p. 98.

¹⁰³ Lobo Xavier, 2017, p. 98, nota 198. O Autor acaba por reconhecer que, muitas das vezes, se trata apenas de questões teóricas ou académicas.

¹⁰⁴ Lobo Xavier, 2017, p. 98, nota 198.

em fazer parte de uma associação sindical, ou melhor, é mais vantajoso esperar pelo resultado das várias negociações e, no final, escolher a que mais lhe convier¹⁰⁵.

Em suma, concordamos com as apreciações que constataam que esta via permite o alargamento injustificado do âmbito pessoal da CCT muito para lá das fronteiras intrínsecas da liberdade sindical¹⁰⁶, originando uma “norma de conteúdo (quando não de escopo) anti-sindical”¹⁰⁷, porquanto a “filiação sindical passa a depender unicamente de um ato voluntário de um trabalhador, que, aliás, contraria um outro ato desse mesmo trabalhador”¹⁰⁸, que corresponde à sua opção de não se filiar.

Outro problema que pode surgir da utilização do art. 497.º (e da potencial utilização patológica que lhe pode ser dada, para favorecer determinados sindicatos mais coniventes) é criado pela falta de critérios de representatividade sindical, como iremos ver adiante. Pois, desta forma, qualquer sindicato pode celebrar CCTs, às quais os trabalhadores podem depois aderir, havendo a possibilidade de seleccionarem CCTs que não sejam ideais¹⁰⁹. No entanto, visto que a escolha resulta da vontade individual dos trabalhadores, este facto não se revela tão problemático.

Apesar de todas estas apreciações, até hoje, a norma em questão perdura no nosso ordenamento jurídico e maior parte das dúvidas interpretativas subsistem. Ainda assim, considerando a sua configuração atual, veremos que a doutrina entende que o escopo anti-sindical da norma poderá ter-se amenizado, fruto das limitações que a mesma possui contemporaneamente.

¹⁰⁵ Júlio Gomes, 2010, p. 179.

¹⁰⁶ Palma Ramalho, 2023, p. 346.

¹⁰⁷ Júlio Gomes, 2010, p. 178.

¹⁰⁸ Palma Ramalho, 2023, pp. 345-346.

¹⁰⁹ Cfr. Júlio Gomes, 2016, p. 42.

Capítulo IV – Os compromissos internacionais de Portugal

Como já foi exposto, a norma em estudo corresponde a uma autêntica originalidade do nosso ordenamento¹¹⁰. Na verdade, parece que se trata de uma ideia não só peculiar, como singular¹¹¹ – o que talvez mereça reprovação e não aplausos.

Sem dúvida, entende-se que o preceito põe em causa o princípio da liberdade sindical. Para que este direito fundamental possa ser exercido e protegido adequadamente, para além de legislação apropriada, é fundamental “haver vontade política para adotar uma boa legislação neste domínio e fazê-la respeitar”¹¹².

Dito isto, importa agora perceber e analisar os contornos da aplicação deste princípio que constitui não só uma das conquistas fundamentais da democracia moderna, fruto de esforço e sacrifício de gerações de trabalhadores, como uma verdadeira “pedra fundamental do direito laboral”¹¹³.

4.1. Panorama internacional da liberdade sindical

No contexto internacional, a liberdade sindical “corresponde a preocupações sociais que encontram eco em documentos internacionais relevantes”¹¹⁴. A saber, a DUDH¹¹⁵, no seu art. 23.º, n.º 4, que refere que “toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses”; ainda, o PIDCP¹¹⁶, no art. 22.º e o PIDESC¹¹⁷, no art. 8.º, ambos com texto idêntico à DUDH.

No geral, destes documentos resulta que não pode ser adotada pelos Estados, nenhuma medida que possa prejudicar a liberdade das pessoas de constituírem um sindicato e /ou de nele se filiarem.

¹¹⁰ Júlio Gomes, 2016, p. 59.

¹¹¹ Como expõe Júlio Gomes, 2016, pp. 39, 53, não existe esta solução na Alemanha, que tem um sistema relativamente parecido com o nosso, no que toca à regra filiação.

¹¹² OIT, 2008, p. 10.

¹¹³ Cristina Samboan, 2023, p. 171.

¹¹⁴ Monteiro Fernandes, 2023, p. 830.

¹¹⁵ Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Resolução n.º 217-A (III), de 10.12.1948. Publicada no DR, 1.ª série, de 09.03.1978.

¹¹⁶ Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16.12.1966. Aprovado para ratificação pela Lei n.º 27/78, de 12.06.

¹¹⁷ Ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução n.º 2200-A (XXI), de 16.12.1966. Aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11.06.

4.2. Da liberdade sindical na OIT

No seio da OIT, é destacada a Conv. n.º 87¹¹⁸, respeitante à liberdade sindical e proteção do direito sindical e a Conv. n.º 98¹¹⁹, referente ao direito de organização e de negociação coletiva. Destes documentos retiramos que, de modo genérico, os trabalhadores e as entidades patronais têm o direito de constituírem organizações à sua escolha, assim como de nelas se filiarem, desde que se conformem com os seus estatutos. Adicionalmente, beneficiam de proteção adequada contra qualquer ato de discriminação em consequência de tal escolha, nomeadamente, os que tenham o objetivo de “subordinar o emprego do trabalhador à condição de ele não estar filiado num sindicato ou que deixe de fazer parte de um sindicato”¹²⁰.

Daqui percebemos a importância deste conceito, dado que estas Convenções fazem parte do conjunto de Convenções Fundamentais da OIT, que se referem a direitos que esta organização considera de tal modo essenciais que acaba por exigir que todos os Estados as respeitem, independentemente de as terem ratificado ou não¹²¹, pela relevância e peso destas matérias¹²².

Neste sentido, enquanto “agência de regulação transnacional dos conflitos laborais”¹²³, não nos podemos esquecer de mencionar a criação do CLS, com a incumbência de averiguar as queixas de violações do direito à liberdade sindical¹²⁴ – na perspetiva de dar corpo ao sistema de queixas e reclamações especificamente criados para lidar potenciais violações deste princípio. Por fim, ainda dentro desta organização, encontramos o CPACR, que, através de um relatório anual, examina a atividade dos Estados relativamente às convenções e as subsequentes recomendações.

4.3. Da liberdade sindical na CSER

A nível do Conselho da Europa, encontramos a CSER, sendo a verificação do respeito das suas normas feita pelo CEDS. É nos arts. 5.º e 6.º deste instrumento que estão consagrados o direito sindical e o direito à negociação coletiva, respetivamente, que podem ser caracterizados como dois “lados da mesma moeda”¹²⁵.

¹¹⁸ Adotada pela Conferência Geral da OIT na sua 31.ª sessão, em São Francisco, a 09.07.1948. Aprovada pela Lei n.º 45/77, de 07.07.

¹¹⁹ Adotada pela Conferência Geral da OIT na sua 32.ª sessão, em Genebra, a 01.07.1949. Aprovada para ratificação pelo Decreto-Lei n.º 45758 de 12.06.1964.

¹²⁰ Art. 1.º, n.º 2, a), Conv. n.º 98.

¹²¹ A partir do momento em que um Estado ratifica uma das Convenções, estamos perante uma “incorporação total ao sistema jurídico, legislativo, executivo e administrativo do país em questão, tendo, portanto, um carácter vinculante” – OIT. <https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/lang--pt/index.htm>.

¹²² Falamos aqui de direitos básicos tão essenciais e fundamentais como a liberdade sindical, o direito de negociação coletiva, a eliminação de toda e qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e de profissão – DGERT, Convenções Fundamentais. <https://www.dgert.gov.pt/convencoes-fundamentais>.

¹²³ OIT, 2019, p. 191.

¹²⁴ OIT, 2019, p. 198.

¹²⁵ Cristina Samboan, 2023, p. 172.

Estas normas têm sido alvo de extensa interpretação pelo CEDS e, no que toca à garantia dos direitos dos seus cidadãos, impõem-se aos Estados não só obrigações negativas, ou seja, estes não devem adotar medidas e/ou comportamentos que possam lesar os direitos daqueles, como obrigações positivas, isto é, devem adotar medidas práticas no sentido de os proteger adequadamente¹²⁶.

Quanto ao art. 5.º, este consagra a possibilidade individual dos trabalhadores e empregadores de formarem ou aderirem a associações que representem os seus interesses, e já foi enfatizado o facto de o artigo não se referir apenas a sindicatos, mas a qualquer tipo de associação, local, nacional ou internacional que proteja os interesses dos seus membros¹²⁷.

4.4. Da liberdade sindical no TEDH

Na perspetiva europeia, também o TEDH se tem ocupado bastante com a conservação e o respeito pela liberdade sindical¹²⁸.

Deste modo, podemos encontrar vários casos que tratam uma possível violação da liberdade sindical, protegida pelo art. 11.º CEDH.

Na vertente negativa da liberdade sindical, salienta-se o caso *Young, James and Webster v. UK*¹²⁹, que consistiu no primeiro a mencionar cláusulas de *closed shop*, isto é, a possibilidade de se impor, como condição de contratação numa empresa, a adesão a um certo sindicato, por acordo entre a empresa e tal estrutura. Com um grande impacto neste tema, o TEDH reconheceu que, efetivamente, houve uma ingerência nesta liberdade, contudo, evitou clarificar o conteúdo do art. 11.º e, no fim, apenas apontou as possíveis consequências de não se cumprir a cláusula¹³⁰. Diferentemente, no caso *Sigurjonsson v. Iceland*¹³¹, o Tribunal decidiu-se “corajosamente” e “explicitamente”¹³² pela primeira vez sobre estas cláusulas, afirmando que se deve incluir, na leitura do art. 11.º, a vertente negativa da liberdade sindical¹³³.

¹²⁶ Cristina Samboan, 2023, p. 176. Importa realçar que, no início, não estava prevista qualquer proteção internacional da vertente negativa da liberdade sindical, nem nas Convs. n.º 87 e n.º 98, na CEDH ou na CSER (p. 183). Entretanto, foi adicionado um Apêndice de interpretação ao art. 1.º CSER, que foi estendido ao art. 5.º O CEDS estatuiu que, embora o art. 5.º não o diga explicitamente, qualquer cláusula, prática ou forma de sindicalização forçada é incompatível com a CSER, referindo-se a cláusulas de *closed shop* (p. 185).

¹²⁷ Cristina Samboan, 2023, p. 178. Conclusão do caso *FIAPA v. France*, queixa n.º 162/2018, 12.2020, como indica a Autora.

¹²⁸ Antes demais, importa salientar que um aspeto comum nas decisões do TEDH é o facto de se entender que subsistem, igualmente, obrigações negativas e positivas. Sobre este tema, caso *Brincat v. Malta* (processos 60908/11, 62110/11, 62129/11).

¹²⁹ Processo n.º 7601/76 e 7806/88, 13.08.1981.

¹³⁰ Cristina Samboan, 2023, p. 185. O TEDH refere que não considera pertinente analisar a questão do art. 11.º neste caso (ponto 51 do Ac.), apenas se limita a dizer que a vertente negativa estava excluída da CEDH (ponto 55 do Ac.).

¹³¹ Processo n.º 16130/90, 30.06.1993.

¹³² Cristina Samboan, 2023, p. 188.

¹³³ Depois disto, igualmente no caso *Sorensen e Rasmussen v. Denmark* (processos n.º 52562/99 e 52620/99, 11.01.2006), entendeu-se que Estado da Dinamarca falhou em proteger adequadamente a

Ulteriormente, surge o caso *Evaldsson e outros v. Suécia*¹³⁴, também nesta temática. Com base em acordo entre empresa e sindicato, seria deduzida ao salário dos trabalhadores, incluindo não filiados (e queixosos), uma quantia relativa a serviços de monitorização do trabalho que o sindicato realizava na empresa. No caso, curiosamente, o TEDH concluiu pela violação do art. 1.º do Protocolo n.º 1, respeitante ao direito da propriedade privada e não pela do 11.º CEDH¹³⁵. Contudo, na opinião da Juíza Fura-Sandström, o caso devia ter sido julgado no âmbito do art. 11º CEDH, isto porque o Governo da Suécia incumpriu com as suas obrigações positivas de proteger os interesses dos requerentes ao abrigo desta norma. Como refere, no caso, o Tribunal de Trabalho sueco concluiu que a liberdade sindical negativa é mais fraca do que a positiva, ao entender que os trabalhadores nunca foram fortemente pressionados ou coagidos para se juntarem ao sindicato. Portanto, entendeu-se que não houve violação de liberdade sindical em sentido negativo e que apenas a vertente positiva estaria protegida pelo art. 11.º – facto com o qual a Juíza não concorda, descrevendo esta interpretação como “pouco desenvolvida” e “conservadora”¹³⁶. Por fim, entende que seguir uma abordagem de proteção da liberdade sindical em sentido negativo seria o mais adequado e não por via de direito de propriedade¹³⁷.

Este último caso tem ligações com um artigo por nós já analisado, o art. 492.º, n.º 4. É certo que se se tratar de uma adesão voluntária do trabalhador à CCT, não se levantam grandes problemas com o pagamento desta quantia. A questão advém do risco de o empregador se aproveitar do seu poder de autoridade sobre o trabalhador e “sugerir” a adesão a uma determinada CCT, recompensando, assim, os sindicatos que entende serem mais convenientes, como vimos acima. No caso, os Recorrentes entendiam que “as correspondentes deduções dos salários equivaliam a uma filiação sindical forçada ou, pelo menos, implicavam uma compulsão inaceitável de adesão ao sindicato”¹³⁸ – a

liberdade sindical negativa – violando, naturalmente, o direito dos trabalhadores de não se filiarem num sindicato, por permitir acordos *closed shop*. Aqui, optou-se por ressaltar “os interesses individuais sobre os coletivos – Júlio Gomes, 2010, p. 170, nota 14. No entanto, de acordo com Ana Teresa Ribeiro, 2015, p. 169, o TEDH entendeu que o art. 11.º estava a ser posto em causa, no entanto, “seguiu novamente um método casuístico, não tendo afirmado o direito de não se filiar em sindicatos em termos absolutos” (p. 170).

¹³⁴ Processo n.º 75252/01, 28.03.2006.

¹³⁵ Foram os Requerentes que alegaram que a cobrança de taxas de monitorização sobre os seus salários constituía uma violação dos seus direitos de propriedade com base no Art. 1.º do Protocolo n.º 1, que dispõe: “Toda pessoa física ou jurídica tem direito ao gozo pacífico de seus bens. Ninguém será privado dos seus bens, exceto por motivos de interesse público e nas condições previstas na lei e nos princípios gerais do direito internacional”. O Tribunal acabou por dizer que, de facto, havia violação deste artigo, por falta de transparência e “proporcionalidade em prol do interesse público” relativamente às quantias subtraídas, isto porque os trabalhadores não tinham oportunidade de verificar o que era feito com o seu dinheiro. Por fim, o TEDH entendeu que à luz das suas conclusões relativamente ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1, não era necessário um exame separado de mérito do caso nos termos dos art. 11.º CEDH.

¹³⁶ Na opinião da Juíza, talvez este caso não fosse o mais apropriado para desenvolver a jurisprudência na questão, para tentar incluir situações além daquelas onde se utiliza força física ou forte pressão, no conteúdo do artigo

¹³⁷ Especialmente tendo em conta o montante relativamente pequeno que era cobrado, cerca de 160€ por pessoa.

¹³⁸ Ponto 14 do Ac. do Processo n.º 75252/01.

escolha do trabalhador de não se associar fica inquinada, tal como poderá acontecer com o art. 492.º, n.º 4.

Após análise destes arestos, notou-se, no passado, uma resistência em modelar as arestas da liberdade sindical por parte do TEDH, sobretudo no que toca à sua vertente negativa¹³⁹, o que já não se verifica atualmente, com base em jurisprudência subsequente¹⁴⁰.

4.5. Dos compromissos internacionais assumidos por Portugal

Convém, agora, investigar qual a posição de Portugal neste contexto e se, de facto, está a cumprir com os seus compromissos internacionais no sentido de respeitar a liberdade sindical, o que implica que se retraia de adotar medidas que a possam pôr em causa, assim como atuar ativamente no sentido de a proteger.

Como seria de esperar, Portugal foi alvo de uma queixa à OIT por parte da CGTP-IN, em 2009¹⁴¹, em relação ao art. 497.º CT. A organização queixosa refere precisamente os argumentos por nós já conhecidos¹⁴², alegando que, sumariamente, se trata de numa norma de natureza anti-sindical que viola as disposições da OIT. A este respeito, o CLS entendeu que, apesar de o Governo português não se ter pronunciado¹⁴³, a nossa legislação confere aos trabalhadores não sindicalizados este direito de escolherem a CCT que entenderem, quando preenchidos os requisitos da norma, e embora seja verdade que podem estar numa posição de vantagem, este direito de escolha “não prejudica o princípio da promoção da negociação coletiva livre e voluntária estabelecido no art. 4.º da Convenção (n.º 98)”¹⁴⁴. Ainda, relativamente à posição de influência que os empregadores podem ter, o CLS observa que o art. 2.º da Conv. n.º 98 estipula que “deve haver proteção adequada contra atos de interferência por parte do empregador” e, de facto, a legislação portuguesa contém normas para este efeito (55.º CRP).

Assim, não se prosseguiu com o exame da alegação relativa ao art. 497.º, porque o CLS considerou que a norma não importava anomalias, o que, certamente, pode ter sido

¹³⁹ Como escreve Ana Teresa Ribeiro, 2015, p. 186, “durante um longo período, denotou-se uma certa relutância na jurisprudência do TEDH em extrair direitos muitos concretos a partir do artigo 11.º da CEDH”.

¹⁴⁰ Como p.e. o Ac. *Asleef v. UK* (Processo n.º 11002/05, 27.02.2007, onde o tribunal se posicionou fortemente e nivelou as duas vertentes da liberdade sindical – Ana Teresa Ribeiro, 2015, p. 170).

¹⁴¹ Caso n.º 2729, Relatório n.º 358, 11.2010.

¹⁴² A norma não só desencoraja os trabalhadores não filiados a aderirem a um sindicato, como fomenta a desfiliação, e pode servir para os empregadores promoverem uns sindicatos em detrimentos de outros, assim como enfraquece as associações sindicais – Ponto 873 do Relatório.

¹⁴³ Facto que o CLS lamentou, pois os Governos “devem reconhecer a importância, para a proteção do seu próprio bom nome, de formular, para um exame objetivo, respostas detalhadas relativas às alegações apresentadas contra eles” – Ponto 884 do Relatório.

¹⁴⁴ Ponto 888 do Relatório.

auxiliado pela falta de resposta do Governo¹⁴⁵. No entanto, podia ter tido uma atitude diferente no sentido de verificar se, de facto, a norma constitui uma forma de desincentivar a filiação, o que, por si só, vai contra os seus ideais de promoção da liberdade sindical.

Ulteriormente, no seguimento de outra queixa da CGTP-IN contra Portugal¹⁴⁶, o CLS concluiu pela não violação da Conv. n.º 97 por parte do art. 497.º. Aqui, o sindicato alegou os mesmos argumentos, incluindo agora, a violação do princípio da igualdade. Desta vez, o Governo português respondeu, afirmando que, para além do facto de a norma ter sido sugestão da Comissão do Livro Branco das Relações Laborais, também é previsto o pagamento de uma compensação no caso de adesão a CCT, de forma a ressarcir os sindicatos (art. 492.º, n.º 4) e, por fim, a norma foi alvo de apreciação de constitucionalidade e o TC não considerou a norma inconstitucional. Assim, o CLS entendeu que, como o TC considerou a norma conforme a CRP e esta salvaguarda qualquer tentativa de violação, a norma não viola a Conv. n.º 97¹⁴⁷.

Contudo, já em vários cenários se alertou o Governo português para outro aspeto transgressor da liberdade sindical que, como referimos, pode agravar o uso do art. 497.º – a falta de “critérios precisos e objetivos para avaliar a representatividade e independência das organizações sindicais e patronais que devem ser membros participantes dos órgãos de concertação social”¹⁴⁸. Problema este que tem sido suscitado e criticado a nível internacional¹⁴⁹.

No que diz respeito à CSER, de acordo com as conclusões do CEDS de 2010¹⁵⁰, Portugal estava em conformidade com o art. 5.º, isto porque “o exercício das prerrogativas sindicais não parecia depender do cumprimento de quaisquer critérios de representatividade no direito interno”. No entanto, após análise de uma observação do CPACR feita em 2009, a solicitar ao Governo português o estabelecimento de critérios objetivos e razoáveis de representatividade dos sindicatos de empregadores e trabalhadores, que devem ser membros participantes dos órgãos de concertação social,

¹⁴⁵ Sendo evidente que o Governo nunca iria dar elementos que contribuíssem para a censura do próprio Estado, logo o CLS provavelmente nunca iria ter acesso a toda informação necessária de qualquer das formas.

¹⁴⁶ Caso n.º 3072, Relatório n.º 376, 10.2015

¹⁴⁷ Por fim, em sede de recomendação, incentiva um diálogo social em relação a questões relacionadas com os direitos dos trabalhadores e, que o Governo faça uma avaliação conjunta destes aspetos com os sindicatos de empregadores e trabalhadores mais representativos.

¹⁴⁸ OIT, 2019, p. 226. Aqui, a OIT pediu especificamente que Portugal alterasse a sua legislação, “retirando a referência expressa aos nomes das organizações legítimas de pertencer a estes órgãos” (especificamente no caso n.º 2334 de 2004 – OIT, 2019, p. 226). Neste âmbito, só sobre liberdade sindical, entre 1960 e 2007, Portugal somou um total de 47 queixas e reclamações, sendo todas elas apresentadas por organizações de trabalhadores contra o Governo português (pp. 215-225).

¹⁴⁹ A falta destes critérios, compreende Palma Ramalho, 2023, pp. 50-51, deve-se sobretudo ao pluralismo sindical que vigora no nosso país, que poderia ver-se reduzido caso houvesse tais exigências.

¹⁵⁰ Nas conclusões de 2010, em concreto, o CEDS apenas manifestava as suas dúvidas e, por isso, solicitou que o próximo relatório esclarecesse a situação de Portugal, a fim de perceber se critérios de representatividade ou outros critérios são utilizados para criar uma distinção entre sindicatos.

o CEDS requereu ao Governo que, a fim de esclarecer a situação no próximo relatório, o informasse de que critérios utiliza para fazer uma distinção entre sindicatos. Já nas conclusões de 2014¹⁵¹, o CEDS registou que não houve alterações relativamente a este aspeto, pelo que ainda não tínhamos a situação regularizada. Portanto, devido à falta de tais critérios adequados, a situação de Portugal estava, desta vez, em desconformidade com o art. 5.º Sem surpresas, nas conclusões mais recentes de 2022¹⁵², a situação não se alterou¹⁵³, Portugal continua a não possuir os tais critérios “claros, predeterminados e objetivos”¹⁵⁴ e a estar em desconformidade com a norma e, em consequência, com a CSER, para estes efeitos.

Dito isto, mesmo tendo sido observadas irregularidades na situação de Portugal pelo CEDS, estas não respeitam, ao que parece, ao art. 497.º Na verdade, o CEDS tomou conhecimento desta norma, mas nada lhe apontou¹⁵⁵, contudo, é certo que pode não ter tido perceção dos seus reais contornos. cremos que a função deste órgão é proteger os seus ideais, incluindo a liberdade sindical, logo, se (mais uma vez) surgir a questão, deveria debruçar-se diretamente sobre esta norma e analisar os problemas que levanta.

Decerto, o mecanismo não só não promove a filiação, como a desincentiva, e ainda que estas organizações não refiram expressamente se a norma fere ou não a liberdade sindical, sabemos que, através deste mecanismo, os objetivos desta liberdade poderão estar a ser incumpridos. E não é sem fundamento que se trata de uma ideia protegida internacionalmente pelos mais importantes documentos relativos aos direitos do Homem, o que, a nosso ver, lhe outorga uma ideia de força acrescida.

Finalmente, entendemos que todos estes órgãos ficaram, compreensivelmente, aquém de uma análise concreta do art. 497.º Porém, o intuito antissindical da solução é incontestável e, a nosso ver, acaba por pôr em causa a posição de Portugal relativamente aos vários instrumentos que protegem este direito, facto que é evidente pelas queixas feitas a este respeito. O Governo português escolheu – voluntariamente – ratificar estes documentos, portanto, o nosso legislador devia ser mais criterioso, atender às críticas da doutrina nacional e ponderar a existência de uma norma que se revela desnecessária e que faz com que Portugal desrespeite os compromissos internacionais que assumiu.

¹⁵¹ Conclusões CEDS de 2014.

¹⁵² Conclusões CEDS de 2022.

¹⁵³ Aqui, notar que, apesar de não usufruirmos de quaisquer regras de representatividade no setor privado, como referem as conclusões, o legislador definiu-as no setor público, no âmbito da LGTFP, art. 364.º

¹⁵⁴ De acordo com o CEDS, os critérios de representatividade devem ser “razoáveis, claros, pré-estabelecidos, objetivos, impostos por lei e devem ser capazes de dar origem a revisão judicial” (Conclusões XV-1, 2002, França).

¹⁵⁵ Nas conclusões CEDS de 2014, relativamente ao art. 6.º CSER.

Capítulo V: Apreciação final e global do art. 497.º

Resta-nos analisar a necessidade e interesse prático em manter no nosso sistema uma solução cuja utilização está cada vez mais delimitada e que, acima de tudo, cria dúvidas desde a sua primeira manifestação.

Como vimos nos capítulos anteriores, a maior irregularidade deste artigo é a promoção da não filiação e desfiliação, e, conseqüentemente, uma violação da liberdade sindical. Mas não podemos condenar o legislador apenas por esta norma, já que todo o nosso CT tem a reputação de ser promotor de desfiliação sindical¹⁵⁶, sendo evidente o “desprezo do nosso legislador pela liberdade sindical negativa”¹⁵⁷.

Recentemente, e contra todas as hipóteses¹⁵⁸, a doutrina admitiu que o desincentivo à desfiliação sindical desta norma se mitigou e que, em certos casos, pode agora resultar no oposto, ou seja, “um incentivo, mais ou menos velado, da filiação”¹⁵⁹ – corolário das recentes alterações. Sabemos que, uma vez efetuada a escolha pelo trabalhador, passado o prazo de 15 meses, este não poderá mais usufruir do conteúdo da CCT, visto que só o pode fazer uma vez. Assim, se desejar que continue a ser-lhe aplicável, apenas o poderá fazer através de filiação na associação sindical em causa, o que, nas palavras de Júlio Gomes, pode fazer com que a solução legal seja considerada como um certo impulso à filiação, “por paradoxal que pareça”¹⁶⁰. Nesta lógica, também a última alteração, que refere que o trabalhador que já for abrangido por PE não pode fazer esta escolha, pode representar um certo estímulo à filiação, dado que se o trabalhador for filiado, poderá usufruir da CCT do sindicato que selecionar, por sua própria vontade, afastando a PE¹⁶¹.

Naturalmente, conseguimos reconhecer que estes efeitos lesantes se podem ter mitigado, porém, não é esta alteração que melhora a reputação do artigo e “resolve o impacto resultante de um ataque sem precedentes à liberdade sindical, à

¹⁵⁶ Aliás, Júlio Gomes, 2010, p. 163, aquando da sua análise dos art. 497.º e 492.º, n.º 4, menciona que estas normas se vieram integrar num “sistema de relações coletivas que, já à partida, não se mostra genuinamente respeitador da liberdade sindical”, violando-a tanto na sua vertente positiva como negativa. Assim, o CT, desde a sua primeira versão, não tem sido propriamente promotor da filiação sindical. É de notar que o Autor faz esta leitura relativamente ao CT2003, mas consideramos esta interpretação bastante atual.

¹⁵⁷ Júlio Gomes, 2010, p. 177. Aqui, o Autor realça o art. 206.º, n.º 1, a), CT2009 como “uma nova e grave violação à liberdade sindical negativa”. A norma referia que, se o IRCT assim o prever, o empregador pode aplicar o regime de adaptabilidade aos trabalhadores não filiados, se pelo menos 60% do total dos trabalhadores já for abrangido por esta figura. Deste modo, expõe que um “trabalhador que não se filiou em nenhum sindicato, porque, por hipótese, não confia na sua direção e a considera demasiado próxima do patronato, fique vinculado ao regime de adaptabilidade acordado por esse sindicato, porque 60% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica nele estão filiados ou escolheram – esperemos que, sem pressões ou sugestões do empregador... – essa convenção coletiva”. Esta norma mantém-se até hoje.

¹⁵⁸ Isto porque a figura sempre foi alvo de críticas e raramente de elogios.

¹⁵⁹ Neste caso, Júlio Gomes, 2023, p. 291.

¹⁶⁰, 2023, p. 291.

¹⁶¹ Resultado da subsidiariedade da PE (art. 515.º CT), que só se aplica na falta de IRCT negocial.

sindicalização”¹⁶². Com efeito, como vimos no capítulo III, estamos perante um artigo que agride os nossos princípios constitucionais de tal modo que acaba por tratar situações desiguais como iguais, violando o princípio da igualdade nas condições de trabalho, enfraquece as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores e os seus direitos, e, por fim, mas não menos importante, viola o princípio da liberdade sindical¹⁶³.

E julgamos que o desígnio da lei não é suposto ser este.

Pelo contrário, o legislador devia promover um maior envolvimento dos trabalhadores nos sindicatos através de medidas que possam tornar a contratação coletiva mais atrativa¹⁶⁴, tanto para os trabalhadores, p.e. reservando “para os filiados algumas vantagens resultantes da contratação coletiva (nomeadamente salariais)”, como certas vantagens para os próprios empregadores¹⁶⁵.

É verdade que dados fornecidos pelo RNC 2022¹⁶⁶ demonstram que, tanto o número de CCTs, como o número de trabalhadores abrangidos por CCTs outorgadas em 2022 cresceu, mas, como sabemos, não é necessário que um trabalhador se encontre filiado para ser abrangido por uma CCT. Ou seja, o facto de estas variantes terem sofrido um crescimento, não é sinónimo de um aumento do interesse dos trabalhadores pela negociação coletiva, aliás, a própria percentagem de trabalhadores sindicalizados tem vindo a diminuir ao longo dos anos¹⁶⁷. E este facto pode derivar da “dedicação” do legislador em elaborar um regime que torna a filiação sindical pouquíssimo interessante, ainda para mais com um mecanismo como o do art. 497.º, que permite aos não sindicalizados usufruir dos benefícios, sem a necessidade de lidar com os inconvenientes.

No que toca à própria figura da escolha de convenção aplicável, não podemos deixar de manifestar a nossa hesitação relativamente à sua utilidade prática¹⁶⁸, mas a verdade é que estatisticamente não temos dados para comprovar quantas vezes é que a norma, na prática, é utilizada. Em todo o caso, segundo o RNC 2022, a articulação da norma com CCTs é bastante complexa, pelo que “são pouco frequentes as referências nesta matéria”¹⁶⁹, com um total de 15 CCTs que regulam esta questão (num total de 240 publicadas). No ano anterior, o RNC 2021 já tinha feito referência à complexidade do

¹⁶² Guia Interpretativo e Orientador da Ação Sindical para as Alterações à Legislação Laboral – CGTP-IN, pp. 138-139.

¹⁶³ Como se refere no Guia Interpretativo e Orientador da Ação Sindical para as Alterações à Legislação Laboral – CGTP-IN, pp. 138-139.

¹⁶⁴ Como refere o Senhor Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, na sua declaração de voto, refere que “cabe à lei, nesse quadro, consagrar soluções que, sem ferirem a liberdade sindical negativa, promovam condições normativas de fortalecimento do associativismo sindical”.

¹⁶⁵ Júlio Gomes, 2010, p. 164, nota 4. Como também defendem Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007, p. 748.

¹⁶⁶ RNC, 2022, pp. 75-77.

¹⁶⁷ Segundo o Boletim Estatístico de Dezembro de 2022 do Gabinete de Estratégia e Planeamento, comparando com 2010, onde a taxa de filiação rondava os 10,6%, em 2020 era apenas de 7,6% (p. 16).

¹⁶⁸ Júlio Gomes, 2023, p. 286. Apesar de reconhecer um possível e recente estímulo à filiação, o Autor expõe que ainda se continua a interrogar “sobre a bondade e utilidade da figura.”

¹⁶⁹ RNC, 2022, p. 112.

art. 497.º, registando que, nesse ano, o número de referências neste domínio continuava a ser escasso¹⁷⁰.

Dito isto, no que respeita ao art. 497.º, parece-nos que o legislador peca pela originalidade e seguimos a visão de Palma Ramalho quando expõe que teria sido melhor se se “tivesse, pura e simplesmente, eliminado esta figura”¹⁷¹. Deveria, ao invés, assumir-se uma postura de a promoção de medidas que estimulem a filiação dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, repensar se os benefícios que foram conquistados através da negociação coletiva devem, de facto, ser estendidos a quem não contribui para tal, pelo menos através manutenção de um mecanismo tão vago e problemático.

¹⁷⁰ RNC, 2021, pp. 108-109. O Relatório expõe que: “Já foi mencionado em relatórios anteriores que se afigura plausível questionar se a contratação coletiva pode alterar os pressupostos previstos neste preceito e os efeitos da escolha feita por um trabalhador não sindicalizado. A natureza do artigo 497.º pode condicionar o âmbito das cláusulas das convenções coletivas que regulam esta matéria. Coloca-se, assim, a questão de saber se o regime do artigo 497.º é imune à autonomia coletiva, isto é, se pode a convenção coletiva regular o exercício de um direito de um trabalhador não filiado, para além da previsão do n.º 4 do artigo 492.º, do CT”. Mas, convém ressaltar que o facto de as convenções não regularem este fenómeno (ou de o regularem muito pouco) não significa que ele não tenha expressão na prática.

¹⁷¹ Palma Ramalho, 2023, p. 344.

Conclusão

Chegados aqui, é notório que estamos perante um preceito peculiar tanto quanto à sua aplicação, como à sua interpretação. Aliás, a sua complexidade faz com que não seja possível, neste estudo, fazer uma análise mais profunda de modo a abordar todos os problemas a si inerentes.

Relativamente aos desafios interpretativos da norma, conseguimos perceber as boas intenções do legislador ao criar uma solução que beneficie o trabalhador, ao fornecer, de certo modo, proteção através de adesão a CCT e, também, ambicionar uma padronização da regulação laboral no seio das empresas. Mas a verdade é que estamos perante uma figura vaga e dúbia, de difícil interpretação e cada vez mais restrita. Para dizer o essencial, o legislador conseguiu criar mais problemas do que aqueles que pretendia resolver.

No que respeita à sua compatibilidade constitucional, embora o TC julgue que não fere a CRP, não acompanhamos este pensamento. Cremos que se trata de uma norma que viola indevida e injustificadamente importantes valores constitucionais, como princípio da igualdade nas condições de trabalho e o princípio da liberdade sindical, por todas as razões mencionadas. Ainda, na vertente internacional, houve queixas quanto ao teor do art. 497.^o, mas a verdade é que as instituições não se debruçaram em específico sobre o mesmo e o seu papel antissindical. Ainda assim, percebemos que se trata de um mecanismo dispensável e cujo intuito antissindical faz com que Portugal desvenere os compromissos internacionais que assumiu.

Por estas razões, ao invés de manter uma solução tão imprecisa, complexa e criticada, cuja utilização tem sido cada vez mais limitada, cremos que o legislador deveria ponderar a sua conservação no nosso sistema, assim como agir no sentido.

Bibliografia

- BRITO, P. M. de (2015). A superação do princípio da filiação na contratação coletiva especial do setor público. *Direito e Justiça*, n.º 3 (Especial), pp. 213-226.
- CANOTILHO, G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- COELHO, J. M. & MOUSINHO, T. S. (2022). Agenda do trabalho digno: Qual o futuro do direito coletivo? <https://direitocriativo.com/agenda-de-trabalho-digno-qual-o-futuro-do-direito-coletivo/>.
- GOMES, J. (2010). *Novos estudos de direito do trabalho*. O Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação sindical. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 161-195.
- GOMES, J. (2014). Nótula sobre o artigo 497.º do Código do Trabalho de 2009. *Revista Questões Laborais*, n.º 44, separata, pp. 5-14.
- GOMES, J. (2016) Algumas questões sobre o âmbito pessoal de aplicação da convenção coletiva à luz do código do trabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1-4, pp. 37-66.
- GOMES, J. (2023). *Direito do trabalho*, Livro II, 22.ª edição. Coimbra. Almedina.
- GOMES, J. (2023). Nótula sobre as alterações recentes ao artigo 497.º do Código do Trabalho. *Questões Laborais*, n.º 63, pp. 285-292.
- MARECOS, D. V. (2012). *Código do Trabalho anotado: Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro, alterada pelas leis, n.º 105/2009, 53/2011, 23/2012 e 47/2012*, 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINEZ, P. R. (2023). *Direito do trabalho*, 11.ª edição. Coimbra: Almedina.
- MEDEIROS, R. & MIRANDA, J. (2005). *Constituição da República Portuguesa anotada – Tomo I*, 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- RAMALHO, M. do R. P. (2023). *Tratado de direito do trabalho, Parte III – Situações laborais coletivas*, 4.ª edição. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, A. T. (2015). Liberdade sindical na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Estudos dedicados ao Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. I, *Direito e Justiça*, 1 (Especial), pp. 163-187.
- SAMBOAN, C. (2023). *The European Social Charter: A commentary*. Article 5: The right to organise, vol. 2, Preamble, Part I and Part II (articles 1 to 10). Brill | Nijhoff, pp. 170-215.
- SILVA, L. G. da (2002). *Notas sobre a eficácia normativa das convenções coletivas*. Cadernos Laborais do IDT. Coimbra: Almedina.
- SILVA, L. G. da (2018). Da escolha do trabalhador da convenção aplicável. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 4, pp. 1969-2034.
- SILVA, L. G. da (2020). *Código do Trabalho – Anotado*, 13.ª edição. Almedina, pp. 1074-1076.
- SILVA, L. G. da (2022) *Da eficácia da convenção coletiva*, vol. II. Lisboa: Imprensa FDUL.
- XAVIER, B. L. (2005). As fontes específicas de direito do trabalho e a superação do princípio da filiação. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, vol. 46, n.ºs 2-3-4, pp. 117-153.
- XAVIER, B. L. (2017). Eficácia geral ou eficácia restrita nas convenções colectivas de trabalho. Poderá ainda falar-se do ‘princípio da filiação’? Os ‘usos laborais’ e a ‘escolha’ do

trabalhador na aplicação geral das convenções colectivas. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1-4, pp. 7-105.

XAVIER, B. L. (2020). *Manual de direito do trabalho*, 4.ª edição revista e atualizada. Lisboa: Rei dos Livros.

Relatórios e outros

CGTP-IN. Apreciação à Proposta de Lei 136/XIII. <https://www.cgtp.pt/cgtp-in/areas-de-accao/accao-reivindicativa/12051-apreciacao-da-proposta-de-lei-n-136-xiii>.

CGTP-IN. Guia Interpretativo e Orientador da Ação Sindical para as Alterações à Legislação Laboral, setembro 2023. <https://www.cgtp.pt/images/images/2023/07/GUIA%20INTERPRETATIVO%20LEG%20LABORAL%20-%20VF.pdf>.

Comissão do Livro Branco das Relações Laborais (2007). Livro Branco das Relações Laborais, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 160/2006 (publicada no Diário da República, 1ª série, n.º 231 de 30 de novembro).

http://www.gep.mtsss.gov.pt/documents/10182/79392/livro_branco_2007.pdf/8137a75c-baa2-4182-89d7-1882ec5e146b.

DGERT. Convenções Fundamentais. <https://www.dgert.gov.pt/convencoes-fundamentais>.

Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 136/XIII, de 4 de junho, p. 32. <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/03/122/2018-06-05/29?pgs=28-45&org=PLC&plcdf=true>.

Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP). Boletim Estatístico de Dezembro de 2022. <http://www.gep.mtsss.gov.pt/documents/10182/10925/bedez2022.pdf/54fe9882-f363-40a8-b187-854c76c508ac>.

OIT (2008). Liberdade sindical na prática: lições a retirar - Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho; Conferência Internacional do Trabalho, 97.ª sessão, 2008. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_711683.pdf.

OIT (2019). *OIT e Portugal – 100 anos de história*, Bureau Internacional do Trabalho – Genebra: BIT, 2019. https://www.ilo.org/lisbon/publicações/WCMS_733277/lang--pt/index.htm.

Portugal.Gov.Pt <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/noticia?i=agenda-do-trabalho-digno-saiba-tudo-o-que-vai-mudar>.

RNC (2021). Centro de Relações Laborais, Relatório Anual sobre a Evolução da Negociação Coletiva, 30 de junho de 2022, (pp. 108-109). <https://www.crlaborais.pt/documents/10182/483314/RNC2021/ec5d8da-54df-43f3-bodf-21f64f5boaf1>.

RNC (2022). Centro de Relações Laborais, Relatório Anual sobre a Evolução da Negociação Coletiva, 29 de maio de 2023. https://www.crlaborais.pt/documents/10182/490256/RNC_2022/4b814a06-e8a7-4790-aa5e-ofid43d87589.

Jurisprudência

- Ac. TC 22.09.2010, Relator: Conselheiro José Borges Soeiro, Processo: 175/09.
- Ac. TRC 14.10.2022, Relator: Azevedo Mendes, Processo: 2051/212T8LRA.C1.
- Ac. TRL 8.11.2017, Relator: Paula Sá Fernandes, Processo: 2587/16.7T8LSB.L1-4.
- Ac. TRL 10.01.2018, Relator: Maria José Costa Pinto, Processo: 32158/16.1TTLLSB-L1-4.
- Ac. TRL 13.02.2019, Relator: José Eduardo Sapateiro, Processo: 14532/17.
- Ac. STJ 08.02.1995, Relator: Dias Simão, Processo: 004116.
- Ac. STJ 20.06.2018, Relator: Gonçalves Rocha, Processo: 3910/16.0T8VIS.C1.S1.
- Ac. TEDH, Processo n.º 7601/76 e 7806/88, 13.08.1981.
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57604%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57604%22]}).
- Ac. TEDH, Processo n.º 16130/90, 30.06.1993.
[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57844%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57844%22]}).
- Ac. TEDH, Processo 75252/01, 28.03.2006.
[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-73351%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-73351%22]}).
- Ac. TEDH, Processos n.º 52562/99 e 52620/99, 11.01.2006.
[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:\[%22002-3524%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:[%22002-3524%22]%7D).
- Relatório CLS n.º 358, Caso n.º 2729 de 11.2010 (Queixa CTGP-IN).
http://search.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_CO MPLAINT_TEXT_ID:2912075.
- Relatório CLS n.º 376, Caso n.º 307 de 10.2015 (Queixa CTGP-IN).
http://ciaris.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::p50002_comp laint_text_id,p50002_lang_code:3254236,en.
- Conclusões CEDS de 2010:
[https://hudoc.esc.coe.int/#%7B%22sort%22:\[%22escpublicationdate%20descending%22\],%22escarticle%22:\[%2205-00-000%22\],%22escdcidentifier%22:\[%222010/def/PRT/5/EN%22\],%22escdctype%22:\[%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22\],%22escstateparty%22:\[%22PRT%22\]%7](https://hudoc.esc.coe.int/#%7B%22sort%22:[%22escpublicationdate%20descending%22],%22escarticle%22:[%2205-00-000%22],%22escdcidentifier%22:[%222010/def/PRT/5/EN%22],%22escdctype%22:[%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22],%22escstateparty%22:[%22PRT%22]%7).
- Conclusões CEDS de 2014.
[https://hudoc.esc.coe.int/#%7B%22sort%22:\[%22escpublicationdate%20descending%22\],%22escarticle%22:\[%2205-00-000%22\],%22escdcidentifier%22:\[%222014/def/PRT/5/EN%22\],%22escdctype%22:\[%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22\],%22escstateparty%22:\[%22PRT%22\]%7](https://hudoc.esc.coe.int/#%7B%22sort%22:[%22escpublicationdate%20descending%22],%22escarticle%22:[%2205-00-000%22],%22escdcidentifier%22:[%222014/def/PRT/5/EN%22],%22escdctype%22:[%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22],%22escstateparty%22:[%22PRT%22]%7).

Conclusões CEDS de 2022.
[https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22escpublicationdate%20descending%22\],%22escarticle%22:\[%2205-00-000%22\],%22escdcidentifier%22:\[%222022/def/PRT/5/EN%22\],%22escdctype%22:\[%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22\],%22escstateparty%22:\[%22PRT%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22escpublicationdate%20descending%22],%22escarticle%22:[%2205-00-000%22],%22escdcidentifier%22:[%222022/def/PRT/5/EN%22],%22escdctype%22:[%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22],%22escstateparty%22:[%22PRT%22]}).

Proibição de assistência financeira
A (não) aplicação às sociedades por quotas

Inês Lopes Nogueira

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Agradecimentos

À minha orientadora, pela disponibilidade para me acompanhar.

Aos meus amigos e família, pela paciência.

Ao DJ, especialmente porque esta tese não existiria sem eles.

Por último (porque fica sempre mais no ouvido), aos meus pais: pelo que são e pelo que me deixam ser.

Resumo

A presente dissertação tem como principal objetivo dar resposta ao problema de saber se a proibição de assistência financeira prevista no artigo 322.º, do Código das Sociedades Comerciais, é, ou não, aplicável às sociedades por quotas.

Conquanto, atualmente, esta seja uma questão obsoleta em determinadas jurisdições, atendendo à flexibilização a que alguns Estados-Membros procederam em virtude das alterações à legislação europeia nesta matéria, a realidade mostra que, em Portugal, o regime permanece inalterado. Por conseguinte, os problemas decorrentes dos primórdios da disciplina da assistência financeira permanecem sujeitos a divergência na nossa ordem jurídica.

Mais do que revisitar o regime de assistência financeira, propomo-nos dissecar criteriosamente cada uma das *ratio* apontadas à proibição e, usando-as como ponto de partida, concluir pela resposta que julgamos de maior adequação ao panorama jurídico.

Palavras-chave: assistência financeira; proibição; sociedades por quotas.

Abstract

The focus of this dissertation is to answer the question of whether the prohibition on financial assistance laid down in Article 322 of the Companies Code applies to private limited companies.

Although this is currently an obsolete issue in certain jurisdictions, given the flexibility that some Member States have engaged in as a result of changes to European legislation in this area, reality shows that in Portugal the regime remains unchanged. As a result, the problems arising from the early days of the discipline of financial assistance remain subject to divergence in our legal system.

Rather than revisiting the financial assistance regime, we set out to carefully dissect each of the *ratio* pointed out in the prohibition and, using them as a starting point, conclude on the answer we believe is most appropriate to the legal context.

Keywords: financial assistance; prohibition; private limited companies.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AG	Assembleia Geral
Al.	Alínea
Art(s).	Artigo(s)
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CEE	Comunidade Económica Europeia
<i>Comp.Act</i>	<i>Companies Act</i>
Consult.	Consultado
Coord.	Coordenação
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DL	Decreto-Lei
DSC	Direito das Sociedades Comerciais
DSR	Direito das Sociedades em Revista
DVM	Direito dos Valores Mobiliários
DUE	Direito da União Europeia
Ed.	Edição
EM	Estado-Membro
<i>Et al.</i>	E outros
IPCG	Instituto Português de Corporate Governance
N.º(s)	Número(s)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
P(p).	página(s)
PSI	<i>Portuguese Stock Index</i>
RDS	Revista de Direito das Sociedades
Reimp.	Reimpressão
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
SA	Sociedades Anónimas
Séc.	Século
<i>S. n.</i>	Sem editora
SQ	Sociedades por Quotas
Ss	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

TJCF	Tribunal Judicial da Comarca de Faro
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
Vol.	Volume

Índice

Introdução	7
Evolução histórica	8
Pressupostos de aplicação e cominação para a violação do art. 322.º	10
Razões subjacentes à proibição	13
1. Reforço do regime de aquisição de ações próprias	13
2. Tutela do regime do capital social	15
3. Prevenção de abusos por parte da administração	17
4. Prevenção da manipulação do mercado bolsista	18
5. Ratio complexa	19
Da aplicação às SQ	22
Conclusão	29
Síntese de jurisprudência	35
Bibliografia	31

Introdução

Muito embora a assistência financeira seja uma figura já com alguma tradição jurídica, são inúmeros os problemas que ainda suscita e que carecem de resposta por parte da doutrina e jurisprudência.

De facto, a assistência financeira encontra-se genericamente vedada pelos diplomas europeus e nacionais. Assiste-se, porém, a grandes obstáculos à sua interpretação e harmonização, como sejam as diferenças de transposição entre os EM e a adesão, ou não, por parte destes aos movimentos de flexibilização que se têm verificado em torno da proibição de assistência financeira.

A presente dissertação procura dar resposta a um dos temas mais controversos relacionados com o instituto da assistência financeira: da sua aplicabilidade ou inaplicabilidade às SQ. Com efeito, a doutrina não é unânime no que concerne à análise deste problema e, bem assim, do próprio quadro legal não parece resultar uma solução clara para a questão aqui em apreço.

Propomo-nos, pois, numa fase inicial, contextualizar a assistência financeira, apresentando as raízes históricas que se encontram na sua génese. Uma vez que entendemos que a figura deve ser compreendida no seu todo para que consigamos responder ao problema que aqui trazemos a diálogo, segue-se o elenco dos principais requisitos que devem estar reunidos para que possamos afirmar estar perante uma hipótese de assistência financeira, assim como a apresentação da sanção prevista na lei para os negócios que recaiam no âmbito deste instituto. Por fim, debruçamo-nos sobre o que verdadeiramente motiva o presente estudo, pelo que dedicamos a última parte da dissertação à análise da eventual aplicabilidade da proibição do art. 322.º, do CSC, às SQ.

Fazendo uso dos ensinamentos da melhor doutrina e recolhendo o que resulta da jurisprudência dos nossos tribunais, adiantamos, desde já, que, mais do que chegar a uma conclusão líquida sobre o tema que aqui nos ocupa, pretendemos essencialmente apresentar um contributo ao estudo da interligação entre o regime societário quotista e a assistência financeira.

Evolução histórica

A proibição de assistência financeira, constante do art. 322.^o¹, resulta da transposição da Diretiva 77/91/CEE² (doravante, Diretiva) para o ordenamento jurídico nacional. Nos termos do n.º 1 daquele preceito, “[u]ma sociedade não pode conceder empréstimos ou por qualquer forma fornecer fundos ou prestar garantias para que um terceiro subscreva ou por outro meio adquira acções representativas do seu capital”³. Sem esquecer as exceções contempladas no n.º 2 do mesmo art., a violação desta proibição é sancionada com nulidade (tal como decorre do n.º 3 do preceito em apreço).

Ora, para que possamos compreender este instituto e responder às questões colocadas a propósito da presente dissertação, consideramos de primária importância conhecer também, e desde logo, a sua história.

Não obstante o facto de a génese da proibição de assistência financeira ser disputada pelos direitos britânico e italiano⁴, é naquele primeiro ordenamento que atentaremos, tendo em vista a análise da evolução desta figura jurídica. Na verdade, é precisamente no direito anglo-saxónico que se inspira o legislador europeu⁵, quando emana uma norma como a que encontramos no art. 23.^o da Diretiva. E é também do ordenamento britânico que têm resultado as mais relevantes modificações ao regime da proibição de assistência financeira.

Para melhor compreendermos a evolução histórica da proibição que ora se analisa, importa referir que a assistência financeira se encontra genericamente vedada desde a primeira metade do sec. XX. Aliás, no seguimento da II Guerra Mundial, urgiu, no território britânico, solucionar as sucessivas operações mediante as quais os investidores adquiriam a maioria ou até a totalidade das participações de uma sociedade comercial, procurando que esta pagasse o preço relativo a essas participações⁶. Neste sentido, consagrou-se uma proibição absoluta⁷ para a assistência financeira, a qual serviu de base à Diretiva.

¹ Todos os arts. mencionados na presente dissertação, salvo indicação em contrário, dizem respeito ao CSC, aprovado pelo DL n.º 262/86, na sua versão mais recente (com a entrada em vigor do DL n.º 114-D/2023).

² Ainda que o legislador português tenha optado pela transposição praticamente integral da norma que resulta da Diretiva, não deixa de ser curioso notar que, mais tarde, aquando da atualização desta até à atual Diretiva (UE) 2017/1132, as alterações à proibição de assistência financeira não foram seguidas. Com efeito, e conquanto o texto desta última diretiva permitisse a sua não transposição (de acordo com o seu Considerando 5), julgamos de relevo que o legislador nacional não tenha, em 2017, seguido as alterações que vêm dotar o regime de uma menor rigidez.

³ Uma formulação que, de resto, se aproxima do proposto por Ventura (1981, p. 143) para a adaptação do direito português à Diretiva.

⁴ O mesmo resulta da explanação que encontramos em Vitorino, 2021, pp. 9-59.

⁵ O art. 23.^o da Diretiva surge mesmo como uma imposição do RU aquando da entrada na então CEE (Gomes, 2023, pp. 331-350). O mesmo nos diz Mota (2005, pp. 107-112), quando nota que o modelo da Diretiva segue a *Section 54* do *Comp. Act* de 1948.

⁶ Mota, 2005.

⁷ Ainda assim, alguns autores questionam o carácter absoluto desta nulidade, atendendo, nomeadamente, aos requisitos da proibição e às exceções que a esta se apontam (como é o caso de Albuquerque, 2019, p. 71). Abordaremos, porém, este tema no ponto seguinte.

No entanto, é também a doutrina britânica que propõe pela primeira vez a suavização do regime da assistência financeira. Conquanto a proibição nasça neste ordenamento jurídico como uma forma de proteger acionistas minoritários e credores da sociedade visada⁸, é com o *Jenkins Committee*⁹ que surgem as primeiras tentativas no sentido de diminuir a rigidez que se verificava relativamente à proibição de operações desta índole.

Certo é que se observou, não esquecendo o lapso temporal até que tais modificações tenham sido adotadas, que o direito europeu acolheu também o sentido em que evoluía a proibição de assistência financeira. Vale isto por dizer que o legislador europeu veio a considerar também, com as alterações que culminam agora na Diretiva (UE) 2017/1132¹⁰, que o regime da proibição de assistência financeira vigente até então se revelava demasiadamente rígido¹¹, resultando na também proibição de atos que, conquanto configurassem operações de assistência financeira, em nada ofendiam o espírito do sistema jus-societário. Assim, veio o art. 64.º deste último diploma admitir a assistência financeira, desde que reunidos determinados pressupostos¹².

No que concerne ao ordenamento jurídico português, podemos mesmo afirmar que o regime estagnou¹³. Com efeito, o legislador português não só não acompanhou a evolução legislativa em torno desta figura, como não alterou o texto do art. 322.º desde a sua introdução no CSC¹⁴. Dito de outro modo: a proibição de assistência financeira em Portugal conserva ainda as características apontadas a este instituto aquando das suas

⁸ Gomes, 2022.

⁹ Board of Trade (1962) – *Report of the Company Law Committee*. <https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=f84d7600b8f77c258074a2fd776826a559a01072>.

¹⁰ Todavia, uma parte da doutrina defende que as alterações à diretiva são ainda escassas. Nas sugestivas palavras de Wymeersch (2006): “The revision of the Second Company Law directive has not even started”.

¹¹ “(...) esta norma no limita, proíbe”, tal como observa Muñoz, 1999, p. 191.

¹² O mesmo é destacado em Leite, 2011, pp. 129-179. De entre estes requisitos cumulativos, destacamos a título meramente enunciativo: a realização da operação em condições justas de mercado e a aprovação prévia da AG.

¹³ O que, de resto, é reconhecido em Nunes, 2015. Na mesma senda, encontramos Ventura, 2016, pp. 107-130: “(...) em Portugal este regime (...) mantém-se inalterado (...) desde a sua entrada em vigor, mantendo-se (...) imune ao crescente movimento de flexibilização que se tem feito sentir em outros ordenamentos jurídicos (...)”. Note-se ainda que, na maioria dos EM, o regime de assistência financeira não permaneceu inerte, como nos explica Acitores, 2013, pp. 350-371. Na Alemanha, a ordem jurídica distingue claramente entre sociedades por ações e sociedades de responsabilidade limitada, fazendo aplicar a proibição apenas àquelas primeiras. Mesmo no RU, atualmente, a proibição é afastada nos casos em que a assistência financeira não tem por objetivo a aquisição de ações, é realizada em boa-fé e à luz dos interesses da sociedade e surge como incidental (*Sections 677 a 683 do Comp. Act de 2006*).

Muito embora as diretivas, enquanto instrumentos legislativos comunitários, pretendam deixar aos EM “uma certa margem de liberdade na implementação das regras” que delas derivam (Campos & Campos, 2004, pp. 329-336), Enriques realça que um dos problemas inerentes à legislação societária europeia reside precisamente no facto de esta ser tendencialmente acolhida de forma diferente por cada EM (Enriques, 2006, pp. 1-78).

¹⁴ Designadamente, no que respeita ao n.º 1 desta norma. De resto, o DL n.º 280/87 introduz algumas alterações ao art. 322.º, as quais não relevam para o âmbito do presente estudo.

primeiras menções em espaço europeu e, consequentemente, do seu surgimento, na primeira metade do sec. transato, no Reino Unido¹⁵.

Pressupostos de aplicação e cominação para a violação do art. 322.º

De acordo com a leitura da norma do art. 322.º, e não obstante as exceções descritas no respetivo n.º 2¹⁶, é possível extrair que, para que a proibição de assistência financeira esteja preenchida, é necessária a reunião de três requisitos, a saber: a existência de um negócio de financiamento entre a sociedade e um terceiro¹⁷, a subscrição ou aquisição de ações por esse mesmo terceiro e o nexo causal entre os dois pressupostos anteriores.

Relativamente ao negócio de financiamento, diga-se que a generalidade da doutrina entende que este requisito abarca operações que extravasam aquelas que se encontram elencadas no art. 322.º (recorde-se: a concessão de empréstimos, o fornecimento de fundos e a prestação de garantias)¹⁸. Aliás, o grau de abstração da formulação do preceito evidencia, parece-nos, acompanhando Ventura¹⁹, que se encontram abrangidos todos os negócios que podem colocar em perigo o crédito associado à aquisição de ações²⁰.

¹⁵ Ainda assim, encontramos na doutrina internacional quem reconheça o mérito da transposição da Diretiva pelo legislador português, tendo em conta nomeadamente o facto de o art. 322.º permitir uma análise casuística dos casos que podem corresponder à prestação de assistência financeira por uma sociedade. A título de exemplo, veja-se Giménez, 2002, pp. 197-202.

¹⁶ Sobre as quais não nos debruçaremos, tendo em conta a limitação inerente à elaboração de uma dissertação deste tipo.

¹⁷ Relativamente ao terceiro, diga-se que este tanto pode consubstanciar uma pessoa singular, como coletiva. Assim, estaremos perante um caso de assistência financeira se equacionarmos uma sociedade comercial que delibera a alocação dos seus fundos ao abatimento de um empréstimo contraído por um sócio (diga-se, pessoa singular) tendo em vista a aquisição da maioria do capital social dessa sociedade. Estamos igualmente em sede de assistência financeira, se pensarmos na hipótese em que uma sociedade comercial A garante, através da hipoteca de um imóvel que integra o conjunto dos seus bens, o financiamento que uma outra sociedade B (pessoa coletiva) contrai para adquirir a maioria das participações de A.

¹⁸ No seio da doutrina, coloca-se a questão de saber se este leque inclui também os negócios neutros, isto é, aquelas operações que, embora impliquem que a sociedade financie um terceiro, são praticados em condições justas de mercado e não representam danos para a sociedade. Enquanto Leite tende para a inclusão destes negócios no âmbito da proibição, atento o facto de a norma não pretender acautelar somente o risco económico potencialmente gerado para a sociedade (Leite, 2011), uma outra facção da doutrina entende que estas operações não devem ser consideradas para efeitos de aplicação da proibição (a título de exemplo, Albuquerque, 2019, pp. 99-100).

¹⁹ Ventura, 2016.

²⁰ Albuquerque, pp. 78-82. O autor elenca, a título exemplificativo, operações que consubstanciam negócio de financiamento para este efeito, tais como a abertura de crédito e as doações. Para Albuquerque, é o efeito potencialmente prejudicial destas operações no seio da sociedade que justifica a sua assimilação a um negócio de financiamento propriamente dito. Gomes entende até que uma interpretação da norma que incluía apenas os negócios através dos quais a sociedade concede crédito a um terceiro contraria o disposto no DUE (Gomes, 2022). Embora escassa nesta matéria, também a jurisprudência dos nossos tribunais parece perfilhar esta ideia de que o pressuposto relativo ao negócio de financiamento deve ser entendido em sentido amplo (veja-se, a este propósito, o Ac. do STJ, de 27/set/2022, relatado por Jorge Arcanjo).

Na doutrina internacional, encontramos também adesão a este entendimento. Para Acitores, o objeto da proibição visa “todos os negócios que, direta ou indiretamente, implicam a utilização dos recursos da sociedade para facilitar” a aquisição das próprias participações sociais por um terceiro (tradução livre) – Acitores, 2013. Neste sentido também, Albuquerque, 2012, pp. 887-889.

Quanto à subscrição ou aquisição de ações, é necessário considerar que o art. 322.º surge numa perspetiva preventiva²¹. Para Leite²², este é até o “elemento probatório essencial”, ainda que a efetivação da subscrição ou aquisição seja irrelevante para efeitos de aplicação da proibição²³. Importa ressaltar que parte da doutrina atribui relevância ao momento em que esta operação se realiza²⁴. Assim, deparamo-nos com duas grandes correntes: uma parte da doutrina entende que releva apenas a assistência financeira (leia-se, o financiamento pela sociedade) prestada em momento anterior ou contemporâneo da subscrição ou aquisição de ações²⁵, enquanto, para outros autores, é indiferente, para efeitos de aplicação da proibição, o facto de o negócio ocorrer antes, em simultâneo ou após a referida subscrição ou aquisição de ações²⁶.

Por último, ocupamo-nos do elemento finalístico da proibição: o nexa causal, traduzido numa intenção comum²⁷ a ambas as partes (sociedade e terceiro) de o negócio de financiamento (causa) ter como efeito a prestação de assistência financeira. Nas expressivas palavras de Leite, a assistência financeira deve ser vista como uma “unidade negocial complexa, porquanto orientada para uma finalidade económica unitária”^{28/29}.

Cumprir atentar nas sanções que a lei estabelece para a violação da proibição que analisamos. Ora, nos termos do n.º 3 do art. 322.º, os negócios de assistência financeira, quando realizados nos termos mencionados, são nulos³⁰. Também aqui importa notar

²¹ Ventura, 2016. Neste sentido, encontramos ainda Albuquerque, que afirma que o desvalor aqui em causa se prende com a finalidade da operação, não com o resultado efetivamente alcançado – Albuquerque, 2019, pp. 95-121.

²² Leite, 2011.

²³ O mesmo defende Ventura (2016), alegando que o “resultado patrimonial” não é fundamental para a aplicação da proibição.

²⁴ Para este ponto chama também a atenção Albuquerque, 2019, pp. 83-95.

²⁵ A favor deste entendimento esgrimam-se alguns argumentos, como a certeza e segurança jurídicas e o facto de existir uma norma (art. 32.º) capaz de dar resposta ao problema, se o negócio de financiamento for celebrado após a subscrição ou aquisição de ações – Albuquerque, 2019, p. 87.

²⁶ Por exemplo, Vitorino, 2021.

²⁷ No já mencionado Ac. do STJ, o tribunal decide, quanto à aplicação da sanção prevista no n.º 3, do art. 322.º, que esta depende da intenção comum do terceiro e da sociedade. Aliás, é o facto de este elemento não se encontrar reunido que conduz o STJ a julgar pela não verificação de uma operação de assistência financeira. Com efeito, no caso em apreço, o STJ conclui que as hipotecas constituídas por uma sociedade como garantia do cumprimento de um financiamento concedido a outra (que vem a adquirir a totalidade das participações daquela primeira) não constituem assistência financeira, porquanto não ficou provado que essa constituição tenha tido como propósito a aquisição das ações da primeira sociedade por esta última.

²⁸ Leite, 2011.

²⁹ O Ac. do CAAD de 18/out/2016 (árbitro-presidente: José Baeta de Queiroz) afirma mesmo que a violação da proibição de assistência financeira deve ser extraída da conjugação da globalidade dos atos praticados, admitindo que “todos esses atos, em si considerados, se apresentarão como lícitos”.

Também o *suprarreferido* Ac. do STJ estabelece alguns critérios de apreciação deste elemento finalístico. Para o tribunal, a coincidência do valor financiado com o preço de aquisição das ações e a simultaneidade das datas das operações em causa surgiam, entre outros, como elementos indiciadores da verificação de assistência financeira. Note-se, no entanto, que estes critérios não são pacificamente aceites pela doutrina, uma vez que encontramos autores que se pronunciam, por exemplo, pela irrelevância da conexão temporal entre o negócio de financiamento e a aquisição de ações (Nunes, 2015).

³⁰ A sanção é criticada por parte da doutrina. A título de exemplo, Andrade entende que a nulidade prevista cria insegurança e incerteza, propondo inclusivamente que fosse aplicável apenas aos casos em que os riscos concretamente associados à assistência financeira justificam que esta seja “travada” com a nulidade absoluta – Andrade, 2018, pp. 446-456.

que o carácter da nulidade é questionado pela doutrina, na medida em que esta não é unânime quanto a considerar se se trata de uma nulidade absoluta³¹ ou relativa³².

Outra das questões decorrentes da nulidade com que se comina a violação da proibição relaciona-se com a sua abrangência.

Ainda que com pouco apoio da restante doutrina nacional³³, Leite entende que todos os negócios celebrados no âmbito da proibição são nulos³⁴. Vale isto por dizer que a nulidade abrange, segundo esta autora, não só o negócio de financiamento, mas também o negócio aquisitivo. Por outro lado, a maioria da doutrina defende que a nulidade afeta apenas o negócio de financiamento, permanecendo intacta a subscrição ou aquisição de ações³⁵.

Numa posição intermédia, destaque-se a solução sugerida por Domingues, para quem deve ser aproveitado o negócio, ao abrigo do instituto da redução dos negócios jurídicos (art. 292.º, do CC)³⁶. Com efeito, para este autor, a conexão e interdependência dos negócios praticados devem ser avaliadas casuisticamente, aplicando-se a nulidade apenas às componentes negociais que se mostre que não teriam sido praticadas sem o propósito de a sociedade assistir financeiramente um terceiro.

Não obstante o que aqui acaba de se expor, a violação da proibição de assistência financeira faz ainda incorrer os gerentes³⁷ ou administradores da sociedade em responsabilidade penal, tal como resulta do art. 510.º. Além disso, admitimos que, nos casos concretos (designadamente, nas hipóteses em que as condutas destes impliquem dano para a sociedade), será eventualmente aplicável o instituto da responsabilidade civil de gerentes e administradores³⁸.

³¹ Neste sentido, Ferreira, 2022.

³² Como referimos *supra*, um dos argumentos utilizados a favor da relatividade da nulidade aqui em discussão prende-se com o facto de o art. 322.º, no seu n.º 2, prever exceções à proibição, ambas relacionadas com a natureza das partes – veja-se, novamente, o Ac. do STJ que decidiu sobre esta matéria.

³³ Encontramos ainda a favor deste entendimento Ventura, que se serve da “interdependência funcional” entre os negócios para justificar que ambos sejam nulos (Ventura, 2016).

³⁴ Leite, 2011.

³⁵ Andrade, por exemplo, defende esta posição, destacando que os negócios de financiamento e aquisitivo são distintos e que uma solução em sentido diverso deixaria desprotegidos os terceiros de boa-fé (Andrade, 2012). Também a jurisprudência já se pronunciou neste sentido – a título de exemplo, veja-se o Ac. do TRL, de 17/abr/2018, relatado por Isabel Fonseca.

³⁶ Domingues, 2022, pp. 599-619.

³⁷ Quanto a este ponto, refira-se apenas que será objeto de reflexão adiante, quando abordarmos o cerne da dissertação que aqui elaboramos: a aplicação da proibição às SQ.

³⁸ Enquanto corolário dos deveres a estes reconhecidos, o instituto da responsabilidade civil de gerentes e administradores encontra-se genericamente previsto nos arts. 72.º e ss. Não pretendendo um afastamento do objeto do nosso estudo, referimos apenas que, para que os gerentes e administradores de uma sociedade comercial sejam civilmente responsabilizados, devem estar genericamente preenchidos cinco pressupostos: uma ação ou omissão, a ilicitude, a culpa, a verificação de um dano causado à sociedade e o nexo de causalidade entre facto ilícito e dano – Abreu, 2010, pp. 7-9.

Razões subjacentes à proibição

Julgamos fundamental, no sentido de ser possível apurar se a proibição de assistência financeira deve, ou não, ser aplicada às SQ, compreender as razões subjacentes à estipulação de uma proibição deste tipo. Esta essencialidade, porém, não é sinónimo de menor complexidade na análise da *ratio* que fundamenta a proibição³⁹.

A este propósito, cumpre notar que a doutrina estabelece genericamente quatro motivações para a existência de um preceito como o que encontramos no art. 322.º, a saber: reforçar o regime da aquisição de ações próprias, tutelar o regime do capital social, prevenir abusos da administração e evitar a manipulação do mercado bolsista⁴⁰. Acresce ainda que, para determinados autores, a *ratio* proibitiva redundava num conjunto homogêneo de vários fundamentos, que apenas quando vistos como um todo justificam que se impeça que uma sociedade assista financeiramente um terceiro para que este adquira as participações sociais daquela.

Não podemos deixar de evidenciar, em conformidade com o resultante do respetivo texto, que a Diretiva visa, em primeira instância, a conservação do capital social, a proteção equivalente de acionistas e credores⁴¹ e a igualdade de tratamento entre acionistas. Uma vez que o art. 322.º transpõe o preceituado na referida Diretiva, teremos também em linha de conta as finalidades deste diploma europeu. Na verdade, a interpretação das normas nacionais não pode ignorar o princípio da interpretação conforme, princípio básico do ordenamento jurídico europeu, nos termos do qual os tribunais de cada EM devem interpretar a lei de transposição de uma diretiva de acordo com as finalidades visadas por esta, bem como com o que resulta do respetivo texto⁴².

Atentemos, então, em cada uma das razões mencionadas.

1. Reforço do regime de aquisição de ações próprias

Muito embora não pretendamos uma abordagem exaustiva do regime de aquisição de ações próprias, consideramos necessário abordar sumariamente alguns aspetos a este inerentes, por forma a compreender o motivo pelo qual parte da doutrina⁴³ entende que a proibição de assistência financeira surge como um reforço deste mesmo regime⁴⁴. Na

³⁹ Alonso, 2003, p. 221.

⁴⁰ Referindo-se especificamente à Diretiva, Wymeersch (2006) afirma que as razões da proibição não são muito claras.

⁴¹ O mesmo resulta do que escreve Maurovic, 2013.

⁴² Pais, 2024, pp. 93-107. É o que resulta também da jurisprudência europeia, nomeadamente dos casos *Von Colson e Kamann* e *Maribel Dominguez*, processos 14/83 e C-282/10 do TJUE, respetivamente, consultados em Pais, 2024, pp. 401-402, 406-408.

⁴³ É o caso de Mota, 2005. Para Ventura, seguindo uma orientação semelhante, a proibição surge como uma forma de combater as “fraudes que poderiam ser cometidas por aquele meio [assistência financeira] aos essenciais preceitos relativos à aquisição de acções próprias pela sociedade ou por conta dela” (Ventura, 1992, pp. 378-382).

⁴⁴ “(...) em ambas as figuras existe uma intromissão material da sociedade na negociação e transferência das suas próprias ações (...)” (Ferreira, 2015).

verdade, a inserção sistemática da proibição de assistência financeira sustenta este entendimento, na medida em que o art. 322.º consta da Secção do CSC destinada a disciplinar o regime de ações próprias (Secção III⁴⁵, Cap. III, Título IV).

Os arts. 316.º e ss estipulam uma proibição de aquisição de ações próprias pela sociedade, em seu nome⁴⁶. No entanto, esta proibição encontra-se excepcionada para as operações que reúnam cumulativamente o conjunto de requisitos exigidos pelo CSC nesses preceitos. Os motivos apontados para a previsão de um regime deste tipo assimilam-se àqueles que são reconhecidos à proibição de assistência financeira e prendem-se, como enuncia Rocha, com as funções reconhecidas ao capital social⁴⁷ e com os efeitos que uma aquisição deste tipo projeta nas bolsas de valores⁴⁸. Além disso, é evidente que as operações de assistência financeira podem conduzir a resultados semelhantes aos verificados em sede de aquisição de ações próprias⁴⁹. Como nota Labareda, o art. 322.º surge inclusivamente numa “mesma linha de orientação”, impedindo que os objetivos visados pela proibição de aquisição de ações próprias fossem alcançados pela via indireta do financiamento a terceiros⁵⁰.

De qualquer modo, importa ter em conta que os regimes aqui em causa apresentam diferenças substanciais, as quais nos conduzem a levantar algumas reservas relativamente à consideração desta *ratio* como fundamento da proibição que ora nos ocupa. Desde logo, a sanção prevista para a ilicitude da aquisição de ações próprias não é a nulidade, contrariamente ao que sucede, como vimos, com as operações que violam a proibição de assistência financeira. Na verdade, em regra, são “mantidos os efeitos dos negócios translativos”⁵¹ ocorridos em sede de aquisição de ações próprias, mesmo nas hipóteses em que esta viola o preceituado nas normas do CSC⁵².

⁴⁵ Intitulada inclusivamente como “Ações próprias”, a Secção III do CSC dedica-se, na sua maioria, a disciplinar este regime. Com efeito, o art. 322.º, relativo, como sabemos, à assistência financeira, surge quase como um enxerto ao regime de aquisição de ações próprias, situando-se entre o princípio da igualdade de tratamento a observar nas operações que englobam ações próprias (art. 321.º) e o tempo de detenção destas ações pela sociedade (art. 323.º).

⁴⁶ O que, de resto, se apresenta como a principal diferença relativamente à assistência financeira, na qual o financiamento é prestado a um terceiro que atua em nome e por conta própria.

⁴⁷ Sobre as quais atentaremos no ponto seguinte.

⁴⁸ Rocha, 1994, pp. 75-102. Silva indica ainda os riscos para os interesses dos acionistas como alicerce do regime de aquisição de ações próprias, conquanto reconheça também que o referido regime se mostra insuficiente para este fim – Silva, 2000, pp. 1221-1296. Não obstante, é possível encontrar vantagens associadas a esta disciplina; veja-se, por exemplo, o que consta de Rocha, pp. 65-94.

⁴⁹ Domingues, 2022.

⁵⁰ Labareda, 1988, pp. 79-108.

⁵¹ Bastos, 2009, pp. 185-224. Esta característica é ainda evidenciada pela jurisprudência dos nossos tribunais. A título de exemplo, destacamos o Ac. do TRP de 11/abr/2019 (Relator: Carlos Portela), nos termos do qual a aquisição de ações próprias que viole o preceituado no CSC é tida como ilícita e, em caso de incumprimento do prazo para alienação destas ações, o negócio aquisitivo será anulável (em conformidade, de resto, com o que consta do n.º 2 do art. 323.º).

⁵² Embora reconheça que as operações deste tipo implicam riscos para a estrutura e organização das forças societárias, Osório elenca algumas das vantagens associadas à aquisição de ações próprias pela sociedade. Destas destacamos a defesa da sociedade perante fatores externos e a permissão do autofinanciamento – Osório, 2001, pp. 186-187.

Curiosamente, a jurisprudência do STJ não contempla o prolongamento do regime de aquisição de ações próprias como um dos fundamentos reconhecidos à proibição de assistência financeira⁵³.

2. Tutela do regime do capital social

Por muitos considerado o principal motivo pelo qual se justifica a existência de uma proibição como a que serve de objeto ao presente estudo^{54/55}, certo é que o capital social é visto unanimemente como um elemento fundamental no ordenamento jus-societário⁵⁶.

Assim, cumpre atentarmos aos traços gerais do regime do capital social. Neste sentido, assume-se com maior destaque o princípio da intangibilidade, nos termos do qual o capital social não pode ser diminuído por força da atribuição de bens aos sócios⁵⁷. De resto, Mendes⁵⁸ nota que seria desprovido de sentido admitir que os sócios pudessem beneficiar da afetação do valor do capital social, uma vez que este representa, enquanto cifra, a soma dos investimentos que esses mesmos sócios realizaram no projeto societário.

Com efeito, o capital social é tradicionalmente visto como a principal garantia⁵⁹ reconhecida aos terceiros para cumprimento dos créditos que estes detêm sobre a sociedade⁶⁰. Aliás, o princípio da intangibilidade do capital social é interpretado como “contrapeso da limitação de responsabilidade”⁶¹ nas SA e SQ.

Podem ser apontadas algumas críticas a esta conceção. Em primeiro lugar, o estabelecimento de um valor de capital social não impede que este seja manifestamente

⁵³ O referido Ac. do STJ de 27/set/2022 menciona apenas que as operações de assistência financeira afetam a salvaguarda da intangibilidade do capital social, a cotação das ações e a própria administração da sociedade.

⁵⁴ Oliveira surge como uma das vozes que pugna pela assimilação da proibição de assistência financeira a esta *ratio*, alegando, sumariamente, que os efeitos patrimoniais associados a estas operações são semelhantes aos resultantes da aquisição de ações próprias: a não verificação de uma entrada de “dinheiro fresco” nos cofres da sociedade e a desproteção de credores, sócios e sociedade (Oliveira, 2015, pp. 223-236). O mesmo entendimento é perfilhado por Labareda, 1998, pp. 167-195. Na doutrina estrangeira, destacamos, a este propósito Acitores, 2013.

⁵⁵ Ou, pelo menos, como o fundamento originário da proibição, à semelhança do que afirmam Girvin *et al.*, 2010, pp. 213-230. Porém, os autores, reconhecendo a evolução da figura, admitem que, atualmente, a assistência financeira deve ser também encarada como uma forma de prevenção da indução artificial do preço das ações e do uso indevido dos recursos da sociedade pela administração.

⁵⁶ Tal como se retira dos preceitos do CSC dedicados à proteção do capital social, nomeadamente dos arts. 31.º e ss.

⁵⁷ Domingues, 1998, pp. 103-117.

⁵⁸ Mendes, 2016. O autor evidencia, no entanto, que mecanismos como o da redução do capital social distorcem o caráter aparentemente absoluto do princípio da intangibilidade.

⁵⁹ Aliás, esta é a função principal apontada pela doutrina ao capital social, sobrepondo-se, pois, às funções de socialização e de avaliação da situação económica da sociedade reconhecidas por Domingues, 1998.

⁶⁰ Neste sentido, veja-se Domingues, 2007, pp. 195-205, ainda que o mesmo autor reconheça que o capital social se apresenta como uma garantia de segundo grau e suplementar, na medida em que constitui “o mínimo de garantia” para os terceiros (leia-se, credores sociais) que negoceiam com a sociedade.

⁶¹ Domingues, 2009, pp. 564-571.

desproporcional à atividade prosseguida pela sociedade⁶² (imagine-se uma sociedade comercial dedicada à exploração de um hotel e cujo capital social é de cinquenta euros). A este fenómeno dá-se o nome de subcapitalização⁶³ formal⁶⁴.

Outro dos problemas associados à primazia atribuída ao capital social relaciona-se com o facto de, atualmente, se questionar se esta relevância tem correspondência na realidade prática. Wymeersch nota, a este propósito, que o capital social não desempenha um papel crucial ou principal na hora de os bancos optarem por conceder, ou não, crédito às empresas⁶⁵. McCabe⁶⁶, por outro lado, reconhecendo a importância de fatores como a solvência da sociedade para avaliar a capacidade de esta cumprir as suas obrigações perante os credores, não ignora a doutrina da importância do capital social, à luz da proteção dos credores involuntários⁶⁷.

Para aqueles que identificam a intangibilidade do capital social como fundamento da proibição de assistência financeira, o que aqui está em causa é o facto de as novas entradas na sociedade não serem financiadas por contributos externos aos acionistas⁶⁸. Vale isto por dizer que, para estes autores, existe uma espécie de saturação do financiamento da sociedade, na medida em que o valor das entradas é pago através dos meios financeiros que já nela existiam^{69/70}.

Há também quem considere que este princípio se encontra comprometido nas operações de assistência financeira, porque o crédito avançado pela sociedade poderia estar a ser alocado a atividades que se coadunassem com o objeto social desta, que delimita a sua capacidade (de acordo com o art. 6.º, n.º 3). Acresce que não existe uma certeza de que esse crédito será recuperável⁷¹.

⁶² Algo que é propiciado, por exemplo, pela instituição de um capital mínimo irrisório para as SQ nos termos do art. 219.º, n.º 3.

⁶³ Pinto, 2007, pp. 837-861.

⁶⁴ Distinta da subcapitalização material, relevante no âmbito da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Sobre este tema, veja-se Ribeiro, 2011, pp. 43-84.

⁶⁵ Wymeersch, 2006.

⁶⁶ McCabe, 1991, pp. 115-138.

⁶⁷ Caracterizando-os por contraposição aos credores fortes, dotados de capacidade de avaliar riscos e de poder negocial para optar por não contratar, encontramos Pinto, 2007.

⁶⁸ Ferreira, 2015, pp. 59-91.

⁶⁹ Isto é, através do “cartão de crédito” da empresa cujas ações se pretende adquirir, como resulta da curiosa abordagem que encontramos em Ünder *et al.*, 2013, pp. 4-9. Neste sentido, veja-se ainda Trabulo: “A sociedade (...) apenas assume um papel financiador, como se de uma terceira entidade se tratasse (...). (Trabulo, 2011, p. 448).

⁷⁰ É esta uma das razões apontadas por Özsu para afirmar que a assistência financeira extravasa o domínio da proteção do capital social. Para o autor, ao invés de serem utilizados para facilitar a aquisição de ações próprias, os recursos da empresa existem exclusivamente para benefício desta (Özsu, 2024, pp. 49-62).

⁷¹ Andrade, 2012. Esta era uma questão já levantada em Baxt, 1969, pp. 174-190.

3. Prevenção de abusos por parte da administração

A tentativa de evitar abusos por parte da administração é também vista como um dos alicerces da proibição de assistência financeira^{72/73}. Com efeito, a doutrina entende que estas operações são proícuas para que os administradores manipulem a composição da estrutura acionista, na medida em que a administração poderia, nestes moldes, assistir terceiros que a viessem a apoiar nas decisões de gestão da sociedade⁷⁴. Do mesmo modo, seria, assim, possível controlar também o poder reconhecido aos grupos de acionistas opositores da administração em funções⁷⁵.

Na senda da Diretiva, Cordeiro admitia que a preocupação comunitária em matéria de ações próprias, isto é, incluindo a sua aquisição pela sociedade ou por um terceiro por esta financiado, perturbaria “toda a lógica da orgânica societária”, uma vez que os votos associados àquelas ações passariam a ser detidos pela administração da sociedade em causa⁷⁶.

Além disso, aponta-se também o facto de a assistência financeira ser potenciadora de violações do princípio de igualdade de tratamento de acionistas⁷⁷. À luz deste princípio, também vertido no art. 42.º da Diretiva, pretende-se “assegurar que todos os associados” são tratados de modo semelhante⁷⁸, de acordo com as proporções resultantes das participações que detêm na sociedade⁷⁹. Na verdade, a assistência prestada pela sociedade para que um terceiro adquira as suas ações levaria a que, desde logo, e contrariamente ao que sucede com os demais acionistas, esse mesmo terceiro não tivesse de investir qualquer valor para adquirir as suas participações.

⁷² Designadamente se atendermos à génese da proibição. Como nota Ventura, a doutrina italiana via nos negócios abusivos atinentes à captação de votos por parte dos administradores das sociedades operações que se aproximavam da assistência financeira – Ventura, 1978, pp. 429-478. Este é também o fundamento reconhecido por Díez-Picazo para a proibição – Díez-Picazo, 1995, pp. 209-211.

⁷³ Com efeito, a estipulação de mecanismos preventivos de conflitos de interesses, o alargamento dos princípios de transparência e objetividade dos administradores e o reforço dos direitos dos acionistas são algumas das preocupações atuais de *Corporate Governance*, senão veja-se o conjunto de princípios proposto pela OCDE sobre o Governo das Sociedades – OCDE, 2016. Bem assim, o IPCG estabeleceu um conjunto de diretrizes a aplicar às sociedades (nomeadamente, às sociedades emittentes de valores mobiliários), dos quais destacamos o tratamento equitativo de acionistas e a proteção dos acionistas minoritários perante Comportamentos abusivos – Silva *et al.*, 2006, pp. 38-40, 175-178.

⁷⁴ Albuquerque, 2019, pp. 47-51.

⁷⁵ Rocha, 1994, pp. 307-318.

⁷⁶ Cordeiro, 2005, pp. 213 a 218.

⁷⁷ A propósito do estudo da Diretiva, Strampelli afirma que a proibição de assistência financeira procura não só salvaguardar os interesses da sociedade, mas também os dos acionistas minoritários – Strampelli, 2012, pp. 530-570.

⁷⁸ Triunfante, 2012, pp. 253-275.

⁷⁹ Labareda, 1988, pp. 215-218. Na feliz formulação de Maia, o princípio da igualdade de tratamento impede que “(...) em condições iguais, uns sócios sejam tratados pela sociedade diferentemente em relação aos outros – o que corresponde a uma proibição de discriminação (...)” – Maia, 2020, pp. 155-159. Trata-se, enfim, de um princípio de igualdade material, que pressupõe o tratamento igual dos sócios em igual situação e o tratamento diferenciado daqueles que têm posições também diferenciadas. É esta, de resto, a formulação que encontramos na jurisprudência (veja-se, a título de exemplo, o Ac. do TRL, de 18/dez/2019 (Relator: Amélia Sofia Rebelo)).

Note-se, porém, que este argumento aduzido pela doutrina é rapidamente refutado pela generalidade dos autores, dado que estes veem na lei soluções potencialmente sanadoras do problema aqui em causa. É o caso da possibilidade de suspensão dos direitos inerentes às ações adquiridas nestes termos (nomeadamente, o direito de voto)⁸⁰. Acresce ainda que o CSC estipula um robusto regime de responsabilidade de gerentes e administradores, assente nos deveres de boa gestão, lealdade e diligência (genericamente previstos no art. 64.º) que incumbem aos titulares destes órgãos⁸¹. Aliás, é a própria al. b) deste art. que designa os interesses dos credores e dos sócios como critérios de avaliação do cumprimento do dever de lealdade que recai sobre gerentes e administradores⁸².

4. Prevenção da manipulação do mercado bolsista

A realidade do mercado evidencia o surgimento inevitável de operações destinadas a influenciar o preço de um produto⁸³. Claro está que, no que respeita aos mercados financeiros⁸⁴, não encontramos exceção a esta regra.

Afigura-se de fácil perceção, à luz de princípios económicos como a lei da oferta e da procura⁸⁵, a ideia de que a intromissão da sociedade na compra e venda dos seus próprios títulos torna o valor destes moldável às mãos dessa mesma sociedade, ao invés de resultar das flutuações normais do mercado mobiliário. Ora, um dos fenómenos que se verifica com a aquisição de ações da sociedade mediante operações de assistência financeira é, a par do que sucede com a aquisição de ações próprias, precisamente a especulação de preços⁸⁶.

Na mesma senda, alguma doutrina⁸⁷ admite ainda que a permissão genérica de operações de assistência financeira redundaria numa ameaça da “livre concorrência

⁸⁰ À semelhança do que sucede com o regime de aquisição de ações próprias – Domingues, 2022.

⁸¹ Lowry chega a sugerir que o regime de assistência financeira poderia ser regulado precisamente através dos deveres que recaem sobre os gerentes e administradores – Lowry, 2011, pp. 3-25. <https://fdslive.oup.com/www.oup.com/academic/pdf/13/9780199589616.pdf>.

⁸² Para Cordeiro, estes deveres de lealdade comportam, nomeadamente, a neutralidade relativamente aos acionistas e a prevenção de conflitos de interesses com a própria sociedade – Cordeiro, 2006, pp. 443-488.

⁸³ Santos, 2003, pp. 395-435.

⁸⁴ Adotamos aqui a definição restritiva de mercado financeiro avançada por Cordeiro. Neste sentido, os mercados financeiros abrangem “todas as transações de ações, obrigações e demais valores mobiliários” – Cordeiro, 2019, pp. 20-21. De resto, é do próprio CVM, de acordo com a sua versão mais recente, aprovada pelo DL n.º 66/2023, que resulta inequivocamente a assimilação das ações a valores mobiliários (veja-se o art. 1.º, n.º 1, al. a) deste diploma).

⁸⁵ De um ponto de vista estritamente económico, a lei da oferta e da procura permite, com recurso à análise dos comportamentos dos agentes de um dado mercado, determinar “os preços e quantidades que serão transacionadas” nesse mesmo mercado – Mata, 2007, p. 21.

⁸⁶ Embora reconhecendo que, quando praticada de uma forma desregrada, a especulação tem efeitos negativos (nomeadamente na esfera dos consumidores), Abreu admite a prática especulativa como a “alavanca” que permite “movimentar os mercados e criar flutuações na economia” – Abreu, 2012, pp. 1423-1451.

⁸⁷ Aqui representada por Andrade (2012). A propósito da aquisição de ações próprias, Rocha destaca que as manobras especulativas têm efeitos reflexos nas restantes sociedades emittentes de valores mobiliários,

entre investidores”, pelo que a proibição visaria, assim, a proteção de um dos princípios basilares do DVM⁸⁸. Em suma, entendemos que a defesa desta *ratio* como fundamento para a proibição como a que encontramos para as operações de assistência financeira resulta, em última instância, da preservação do princípio da transparência imposto aos diferentes agentes do mercado bolsista. Com efeito, a transparência dos mercados financeiros e, concretamente, das operações mobiliárias é uma preocupação premente dos mais recentes diplomas europeus e nacionais⁸⁹.

Todavia, identificar o espectro de sociedades apenas com aquelas que se encontram cotadas em bolsa é não só redutor, como francamente desvirtuado da realidade. Aliás, tomando em consideração o fenómeno mobiliário em Portugal, verificamos que somente uma ínfima parte das SA figura no designado PSI-20^{90/91}. De resto, a proibição de assistência financeira é aplicável a todas as SA, à luz do preceituado no art. 322.º, abrangendo, por isso, também aquelas que não emitem ações negociáveis em mercado regulamentado⁹². Vale isto por dizer que, não obviando às consequências que os negócios de assistência financeira acarretam para o mercado de valores mobiliários, estas não podem alicerçar, por si, todo o regime que aqui analisamos. Com efeito, aceitar este entendimento implicaria ignorar a realidade prática societária em Portugal, bem como atender apenas às sociedades de grande dimensão a atuar em território nacional.

5. *Ratio complexa*

O entendimento que encontramos na doutrina mais recente tende para uma ideia de que a proibição de assistência financeira não se funda, afinal, numa única razão justificativa⁹³. Segundo esta corrente, não existe um fundamento único que, apreciado em si mesmo, alicerce a previsão de uma norma como a do art. 322.º. Na verdade, o que estes autores defendem é a “compreensão global dos riscos”⁹⁴, de modo que a proibição de assistência financeira seja interpretada como uma forma de fazer face e prevenir as

porquanto implicariam que estas sociedades concorrentes suportassem, por um lado, a concorrência ilícita e, por outro, a potencial perda de investidores – Rocha, 1994, pp. 75-102.

⁸⁸ À luz do defendido por Cordeiro, a proteção dos investidores configura mesmo um pilar fundamental do DVM – Cordeiro, 2019, pp. 94-95, 108-115.

⁸⁹ Nomeadamente, através dos rigorosos deveres de informação impostos pelo CVM, que, de resto, lhes dedica exclusivamente um dos seus capítulos (Cap. III, Título I deste diploma). Estes deveres de transparência encontram-se invariavelmente associados à segurança e eficiência do mercado de valores mobiliários (tal como resulta, por exemplo, do que nos diz Nunes, 2015, pp. 179-204).

⁹⁰ O PSI representa o “índice de referência do mercado de bolsa nacional”, indicando concomitantemente a evolução do mercado bolsista português e as informações necessárias à negociação de ações por parte dos investidores – Euronext (2003) – *Regras de Cálculo dos Índices PSI*, <http://www1.eeg.uminho.pt/economia/caac/pagina%20pessoal/Disciplinas/Disciplinas%2005/bancaria/psi20.pdf>.

⁹¹ A este facto acresce que as sociedades emittentes vêm a autonomizar-se face às restantes sociedades comerciais, por força da maior regulação a que se encontram sujeitas – Santos *et al.*, 2022, p. 285.

⁹² Neste sentido também Domingues, 2022.

⁹³ Albuquerque refere mesmo que estamos perante uma “incapacidade e insusceptibilidade em se apontar uma razão individualizada para fundar a proibição” – Albuquerque, 2019, p. 67.

⁹⁴ Domingues, 2022.

potenciais ofensas que as operações deste tipo acarretem para o normal funcionamento do ordenamento jus-societário.

Com efeito, este entendimento encontra-se invariavelmente associado à ideia de perigo que subjaz às operações de assistência financeira. De resto, a proibição é, como resulta do que ora se expõe, vista numa perspetiva preventiva, antecipando-se a ausência de mérito dos negócios praticados nestes moldes⁹⁵.

A conceção da assistência financeira como uma prática lesiva surge, portanto, em posição de destaque para aqueles que seguem a orientação que agora explanamos⁹⁶. Para Vitorino, por exemplo, a proibição estará preenchida independentemente do resultado produzido, conquanto seja apta a impedir decisões de financiamento que potencialmente prejudiquem a sociedade e os fins prosseguidos por esta entidade⁹⁷.

Em consonância com o que aponta também Albuquerque⁹⁸, não deixa de ser assinalável que a doutrina entenda que os motivos que, individualmente considerados, não são tidos como bastantes para fundamentar a proibição, o sejam quando vistos como um todo.

Para melhor compreendermos esta posição, julgamos de relevo revisitar sumariamente alguns dos fundamentos apontados anteriormente para a proibição de assistência financeira. Alertamos, no entanto, para o facto de não estarmos aqui perante uma unificação de todas as justificações elencadas, até porque um entendimento deste tipo conduziria a que a não verificação de um daqueles motivos afastasse, desde logo, a possibilidade de estarmos perante uma operação de assistência financeira. Abrir-se-ia, pois, um espaço muito amplo de hipóteses em que os negócios de assistência financeira procedessem apenas por não estar reunido, no caso concreto, um dos fundamentos apontados para a existência do regime previsto no art. 322.º.

Em primeiro lugar, e seguindo a estrutura que apresentamos *supra*, a proibição de assistência financeira não redundaria num prolongamento do regime de aquisição de ações próprias, na medida em que aquele é mais gravoso. Pois bem, as operações de assistência financeira são, por regra, sancionadas com nulidade, enquanto a aquisição de ações

⁹⁵ Albuquerque, 2019, pp. 70-72. O autor serve-se, para fundamentar a sua tese, dos argumentos avançados pela génese da doutrina italiana, afirmando que a proibição de assistência financeira tem como objetivo a proteção da confusão que estas operações criam entre o património social e as “vicissitudes relativas às participações dos sócios”.

⁹⁶ Leite, 2011. A autora refere mesmo que a proibição previne perigos de ordem patrimonial, bolsista e financeira, evitando-se, pois, “a instrumentalização do património social a favor dos que pretendem aceder à condição de acionistas”.

⁹⁷ Vitorino, 2021.

⁹⁸ Albuquerque, 2019, p. 34.

próprias é meramente ilícita quando praticada fora dos moldes previstos nos arts. 316.^o e ss^{99/100}.

No que respeita à tutela da intangibilidade do capital social, estabelecemos anteriormente que sempre seria possível obstar aos riscos nocivos que os negócios de assistência financeira comportariam para aquele princípio. Ora, quer mediante a garantia de que as operações em causa não envolveriam bens alocados à cobertura do capital social quer atendendo à evolução do ordenamento societário, é possível questionar se o capital social representa, atualmente, fundamento bastante para justificar a proibição¹⁰¹.

Relativamente ao tratamento igualitário de acionistas, cumpre referir, a par de Albuquerque, que não seria utópico admitir a existência de negócios não discriminatórios de financiamento da sociedade a um terceiro¹⁰². Conquanto seja reconhecido ao art. 322.^o o mérito de acautelar a “integridade dos órgãos sociais e [a] proteção dos acionistas minoritários”¹⁰³, pode colocar-se a questão de saber se o princípio da igualdade dos acionistas é passível de afastamento em determinados casos concretos. A este propósito, Nunes equaciona a hipótese de uma sociedade deliberar por unanimidade a prestação de assistência financeira a um terceiro cujo *know-how* constitua uma vantagem acrescida para o crescimento dessa sociedade¹⁰⁴.

Por último, e na senda do que foi adiantado quando nos debruçamos sobre este fundamento, é indubitável que a proteção do mercado da bolsa não justifica a existência da proibição que ora nos ocupa, na medida em que esta conceção ignoraria a realidade societária.

Em suma, a admissibilidade de uma *ratio* complexa surge quase como uma válvula de escape para fundamentar a proibição de assistência financeira: aqueles que pugnam por este entendimento julgam que cada uma daquelas justificações não basta, por si, para sustentar a proibição¹⁰⁵; no entanto, quando compreendidas como um todo¹⁰⁶ (de forma, claro está, complexa), constituirão a razão última para se perceber a existência da proibição de assistência financeira.

⁹⁹ Como resulta do art. 317.^o e do facto de o art. 323.^o, n.º 2, prever expressamente as consequências advindas da aquisição ilícita de ações próprias.

¹⁰⁰ Andrade reconhece que, embora as finalidades apontadas à proibição coincidam genericamente com as previstas para a aquisição de ações próprias, esta última é permitida mediante o preenchimento de determinados requisitos – o que não sucede, como vimos anteriormente, com as operações de assistência financeira (Andrade, 2012). Também Leite defende que fundamentar a proibição constante do art. 322.^o num reforço da disciplina de aquisição de ações próprias não se coaduna com a assimetria estrutural das operações em apreço – Leite, 2011.

¹⁰¹ Ferreira aponta ainda que a tutela do património social no seu todo não constitui sequer um princípio da ordem jurídica societária, pelo que este motivo não sustentaria isoladamente a proibição – Ferreira, 2015.

¹⁰² Albuquerque, 2019, pp. 51-55.

¹⁰³ Osório, 2001, p. 195.

¹⁰⁴ Nunes, 2015.

¹⁰⁵ Tal como decorre de Torres, 2015, pp. 135-147.

¹⁰⁶ Diga-se que em Ferreira, 2015, a autora entende que esta é uma forma de “abarcas todos aqueles motivos”.

Da aplicação às SQ

Antes de avançarmos, parece-nos pertinente assinalar, ainda que de forma sumária, as principais diferenças entre SA e SQ. Muito embora exista uma “proximidade problemática e normativa”¹⁰⁷ entre estes dois tipos de sociedade, é possível aferir, mediante determinados critérios, as principais características que afastam SQ e SA. Assim, como nos ensina Antunes, os tipos societários são essencialmente distinguidos com base nos regimes da responsabilidade dos sócios, do capital e da participação sociais e da estrutura organizativa¹⁰⁸.

No que respeita ao primeiro dos planos elencados, não se verificam diferenças de maior entre SA e SQ, uma vez que em ambas a responsabilidade dos sócios será, por princípio, limitada¹⁰⁹.

Relativamente ao capital social mínimo previsto para as SQ (de um euro, nos termos do art. 219.º, n.º 3), diverge dos cinquenta mil euros exigidos para a constituição de uma SA (art. 276.º, n.º 5).

Mas é no que se refere aos parâmetros estruturais que a comparação apresenta um declive mais acentuado, dado que as SA são o modelo de organização por excelência de uma sociedade comercial¹¹⁰. Com efeito, é a este tipo de sociedades que são reconhecidas tipicamente estruturas mais complexas, nas quais o papel do sócio é progressivamente menor¹¹¹, dotando-se os órgãos da sociedade, nas pessoas dos seus membros, das competências necessárias para a prossecução da atividade daquela.

Aqui chegados, importa agora ponderar a aplicação, ou não, da proibição de assistência financeira às SQ. No seio da doutrina, encontramos genericamente duas grandes correntes: por um lado, aqueles que propendem para a não aplicação da proibição às SQ; de outro lado, os autores que julgam que o regime de assistência financeira é também de aplicar a este tipo de sociedades.

Quanto à primeira das perspetivas enunciadas, destacamos a voz de Mota¹¹², para quem a excecionalidade da norma do art. 322.º, aliada à diferença dos tipos societários em causa, impede que esta seja aplicada analogicamente às SQ. Também Leite segue este entendimento, aduzindo essencialmente que o CSC não contempla uma norma paralela à do art. 322.º para as SQ, contrariamente ao que sucede com o regime de aquisição de ações próprias¹¹³. Acresce para ambos os autores que não existe sequer uma lacuna que

¹⁰⁷ Oliveira, 2018, pp. 30-33.

¹⁰⁸ Antunes, 2021, pp. 142-151.

¹⁰⁹ Pinto *et al.*, 2020, pp. 297-298.

¹¹⁰ “Vocacionada para servir a estrutura jurídica da grande empresa”, como aponta Serens, 1995, p. 8.

¹¹¹ “No caso das SA o arquétipo (...) é o da total dissociação entre a propriedade e a gestão que se deseja (...) profissionalizada” – Gonçalves, 2021, pp. 41-56. O afastamento dos sócios das SA relativamente à vida societária era já notado por Veiga, 1981, p. 72.

¹¹² Mota, 2006, pp. 90-93.

¹¹³ Leite, 2011.

justifique que haja lugar à referida analogia¹¹⁴. Vitorino, ainda que adotando esta posição, defende que a mesma se baseia no facto de o art. 322.º não fazer especificamente referência às quotas, levando a crer que o legislador pretendeu dotar as SQ de um regime mais flexível perante operações que possam configurar assistência financeira¹¹⁵.

Quanto à segunda corrente, sustenta-se especialmente no facto de os riscos inerentes aos negócios de assistência financeira serem passíveis de verificação também nas SQ¹¹⁶. Nesta fação, Albuquerque refuta inclusivamente um dos argumentos centrais dos autores que propendem para a aplicação exclusiva da proibição às SA, afirmando que a excepcionalidade, ou não, do art. 322.º não careceria sequer de debate, porquanto a eventual identidade de hipóteses sempre justificaria o recurso à analogia¹¹⁷.

Importa assinalar, contudo, que, mesmo para os autores que tendem para a aplicação da proibição às SQ, a solução não é inteiramente pacífica. O motivo de divergência centra-se no teor do art. 510.º, n.º 1, que responsabiliza penalmente¹¹⁸ o gerente ou administrador de uma sociedade (claro está, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil) pela subscrição ou aquisição de quotas ou ações próprias daquela sociedade, ainda que o faça por intermédio de um terceiro que atue em nome próprio.

Em primeiro lugar, é inevitável colocar a questão de saber se, afinal, este preceito abre caminho para que a proibição de assistência financeira se aplique às SQ, uma vez que a referência à gerência e às quotas cai inequivocamente no âmbito de aplicação deste tipo societário. Acresce que a caracterização dos negócios de assistência financeira coincide com o preceituado no art. em causa: aquisição ou subscrição de participações sociais em nome da sociedade, ainda que por conta de um terceiro.

O que nos parece evidente da leitura da norma é a incoerência entre a redação desta e o que resulta do já analisado art. 322.º. Se estabelecermos um paralelismo com a aquisição de quotas próprias pela sociedade, regime previsto no art. 220.º, concluímos rapidamente que o legislador não pretendeu disciplinar as hipóteses em que a SQ assiste financeiramente um terceiro para aquisição das suas próprias quotas. Ora, é no art. 510.º que nos deparamos com um obstáculo a este entendimento, na medida em que o referido preceito menciona expressamente elementos que encontramos apenas e só nas SQ.

¹¹⁴ Recordando os ensinamentos de Machado e o preceituado nos arts. 8.º e 10.º, do CC, a analogia é uma técnica de preenchimento de lacunas, isto é, de “incompletude[s] contrária[s] ao plano de Direito vigente”, admissível por força da necessidade de segurança e tratamento igual na aplicação do Direito – Machado, 2023, pp. 192-202.

¹¹⁵ Vitorino, 2021.

¹¹⁶ É o caso de Domingues, 2022, ainda que o autor reconheça que a Diretiva, que origina o art. 322.º, se dirija somente às SA.

¹¹⁷ Albuquerque, 2019, pp. 129-134.

¹¹⁸ O carácter penal da sanção conduz a que Domingues, por exemplo, entenda que esta não é aplicável aos gerentes das SQ (Domingues, 2022). Para Oliveira, por outro lado, é a expressa referência à gerência a que o art. 510.º, n.º 1, procede que permite afirmar a aplicação do regime de assistência financeira às SQ (Oliveira, 2015).

Acresce que o art. 510.º visa, segundo o entendimento da doutrina¹¹⁹, finalidades também associadas à proibição de assistência financeira, nomeadamente a prevenção dos interesses individuais que se relacionam com a empresa (diga-se, os de terceiros¹²⁰ e acionistas), a cautela da intangibilidade do capital social e da organização interna da sociedade, bem como a proteção do valor das ações cotadas no mercado mobiliário.

Reiterando ainda o que anteriormente referimos, não podemos ignorar que Portugal se encontra adstrito à observação dos princípios do DUE. Neste sentido, a interpretação de uma norma como a do art. 322.º deve ter em linha de conta as finalidades que deram propósito à proibição de assistência financeira decorrente da Diretiva¹²¹. Certo é também que a Diretiva é aplicável unicamente às SA¹²², ignorando, lamentavelmente, a realidade de cada EM¹²³.

Para Samalik, as regras que encontramos no direito europeu a propósito da assistência financeira têm como principais funções prevenir a descida do valor económico da empresa, preservar o capital social e acautelar a possibilidade de os acionistas serem prejudicados^{124/125}. Com efeito, o que é apreensível pelos próprios canais de divulgação da UE¹²⁶ redundava na ideia de que a Diretiva visa, acima de tudo, conferir garantias a terceiros e acionistas. Ora, como sabemos, é precisamente no capital social que o DSC estabelece tradicionalmente a principal fonte de garantia para aqueles indivíduos.

Porém, e a bem da verdade, não podemos deixar de referir que as *ratio* apontadas como base da proibição de assistência financeira são passíveis de refutação, inclusivamente no que respeita à proteção das funções habitualmente reconhecidas ao capital social. E note-se que todos os argumentos aduzidos para contradizer cada uma dessas motivações resultam da análise exaustiva da melhor doutrina e da evolução da compreensão da ordem jurídica (nomeadamente até, quanto a este último aspeto, no que concerne à interpretação atualizada da figura do capital social).

¹¹⁹ Atente-se, por exemplo, em Sousa, 2021, pp. 405-408, 424-429.

¹²⁰ Como bem aponta Mendes, 2012, pp. 1346-1348.

¹²¹ Na senda do que anteriormente referimos, o direito europeu, no que concerne à regulação das sociedades comerciais, é alvo de críticas por não alcançar a uniformização a que se propõe. Neste sentido, veja-se Chuliá, 1995, pp. 96-102. Carvalho afirma que esta desarmonização resulta essencialmente da “extrema morosidade na aprovação” das diretivas, bem como do “abandono dos projetos e das propostas” que procuram atualizá-las – Carvalho, 2016, pp. 721-742.

¹²² Ainda assim, este facto não impede, em princípio, que as legislações nacionais de cada EM façam aplicar a proibição às SQ ou sociedades equiparadas – Wymeersch, 1998, pp. 725-747. <https://biblio.ugent.be/publication/2092518/file/2092519>.

¹²³ Vocacionado para as grandes sociedades, o legislador europeu parece ignorar que, em determinados EM, como sucede com o caso português, não é este o paradigma societário vigente – Cordeiro, 2007, pp. 61-90.

¹²⁴ Samalik, 2014, pp. 75-77.

¹²⁵ Wymeersch, 1998, acaba por considerar que a proibição resultante da Diretiva constitui uma amálgama de “outras proibições: recompra de ações próprias, créditos aos acionistas, conflitos de interesses” (tradução livre).

¹²⁶ Veja-se o que o Conselho da UE afirma sobre a Diretiva em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7b977bbb-7d79-4352-bc3b-36a152d98970/language-pt>.

Além disso, é tendencialmente reconhecida uma maior proximidade entre o sócio e a sociedade nas SQ¹²⁷, “por contraposição ao carácter capitalista” das SA¹²⁸. Vale isto por dizer que, se atentarmos na proteção dos sócios e da estrutura societária, poder-se-ia defender que o regime de assistência financeira constante do art. 322.º aproveitaria às SQ, nas quais a posição de sócio verifica uma menor proteção perante operações lesivas da sociedade¹²⁹. Com efeito, numa sociedade em que a pessoa do sócio se encontra mais próxima e imiscuída na vida societária, será razoável admitir que os riscos da atividade económica prosseguida por essa mesma sociedade se projetarão com maior intensidade naqueles que nela participam. Se atentarmos à globalidade de riscos que a proibição de assistência financeira procura impedir, parece-nos também que estes serão mais diretamente sentidos pelo quotista do que pelo acionista.

Curiosamente, encontramos no TRC uma decisão nos termos da qual o carácter mais personalista das SQ surge como argumento para a não aplicação da proibição a este tipo de sociedades¹³⁰. No entendimento que resulta do Ac., este elemento caracterizador das SQ inviabiliza ou dificulta a “aquisição simulada” prosseguida pela assistência financeira. Pelo contrário, porém, entendemos que a perspetiva preventiva com que é estabelecida a proibição de assistência financeira – e que é também reconhecida por aquela decisão – surge como um argumento para a sua aplicabilidade às SQ, uma vez que estas propiciam que os desvalores associados a esta figura possam ter ainda maior impacto na esfera dos sócios.

Com efeito, uma figura ou questão jurídica só pode ser devidamente examinada, quando compreendida a sua génese, mas também a forma como é vista na realidade prática. Ora, a proibição de assistência financeira parece-nos, é certo, indubitavelmente criada e mantida à luz da proteção dos valores do DSC como um todo¹³¹. Assim, mais do que uma soma de parcelas (correspondentes, para este efeito, aos diferentes fundamentos trazidos pela doutrina para justificar o regime proibitivo aqui em causa), entendemos, para este estudo, a proibição de assistência financeira como uma medida

¹²⁷ Desde logo, o art. 259.º permite que os sócios se possam imiscuir na gestão das SQ, naquilo que Ribeiro considera ser uma relação de “‘intimismo’ excessivo” – Ribeiro, 2015, pp. 47-50.

¹²⁸ Cortez & Leite, 2012, pp. 313-343.

¹²⁹ A legislação comercial consagra algumas normas que permitem afirmar que o sócio de uma SQ apresenta uma posição menos protegida do que a de um acionista. Desde logo, é prática comum que o gerente de facto de uma SQ seja também sócio dessa sociedade, pelo que a este se aplicarão as regras de responsabilidade de gerentes previstas no CSC – Ribeiro, 2016, pp. 583-584. Acresce que, contrariamente ao que sucede nas SA, para as quais não existe previsão semelhante, o art. 198.º admite que o contrato de sociedade estabeleça a responsabilidade dos quotistas perante os credores sociais, isto é, consagrando um desvio à limitação de responsabilidade que genericamente se reconhece no âmbito das SQ (Matos, 1998, pp. 185-186). Para Gomes, é esta norma que desenha as SQ como um tipo intermédio entre as sociedades em nome coletivo, de carácter marcadamente personalístico, e as SA, fortemente capitalizadas – Gomes, 2023, pp. 163-208.

¹³⁰ Referimo-nos ao Ac. do TRC, de 03/mar/2009, relatado por Sílvia Pires.

¹³¹ Que, para Duarte, se ocupa essencialmente de três questões básicas: “a responsabilidade limitada dos sócios, a suficiência da maioria dos votos dos sócios para a tomada de decisões e a proteção dos credores” – Duarte, 2017, pp. 117-135.

de salvaguarda dos mais elementares princípios do DSC¹³² e, bem assim, alicerçada num complexo de bases orientadoras da vida societária¹³³.

Uma vez dissecadas as *ratio* apontadas como propósito para a existência de uma proibição como a que encontramos para a assistência financeira, afigura-se razoável afirmar o seguinte: qualquer destes fundamentos é indistintamente aplicável a SQ e SA. Com exceção da prevenção da manipulação do mercado bolsista, que não deve ser considerada sequer para todas as SA, resulta claramente da análise efetuada que todos os restantes alicerces identificados para o regime de assistência financeira são também suscetíveis de enquadramento no âmbito das SQ¹³⁴. Dito de outro modo: nenhuma das justificações apontadas para a disciplina da proibição de assistência financeira que encontramos nas SA afasta a aplicação desta mesma disciplina às SQ.

Além disso, importa notar que uma sociedade comercial configura um agente de relevo no plano jurídico¹³⁵, na medida em que agrupa em si um conjunto de interesses económicos de diferentes partes, assim como é no campo económico que intervém ativamente. Por esta razão, julgamos que, para este efeito, não podem ser distinguidas SA e SQ apenas com base na estrutura e composição associadas a cada um destes tipos de sociedade¹³⁶. O que importa, para aferir da aplicabilidade da proibição de assistência financeira às SQ parece-nos ser, salvo melhor entendimento, a suscetibilidade de estas operações impactarem no plano jurídico e económico, ferindo os mais elementares princípios da ordem jus-societária. De resto, no que a este aspeto concerne, entendemos como indubitável que não é o tipo societário que permite concluir pelo mérito ou demérito dos negócios em causa, mas os próprios negócios em si mesmos considerados¹³⁷.

Não obstante, julgamos ainda que propender pela não aplicação da proibição de assistência financeira às SQ abre caminho para que sociedades constituídas sob a forma de SA contornem o regime legal e consigam efetivamente assistir financeiramente um terceiro para a aquisição ou subscrição das suas participações sociais. Senão veja-se a

¹³² Na decisão do TJCF, de 13/mai/2019 (Relator: Bruno Oliveira Pinto), julga-se não estar em causa uma situação de assistência financeira, uma vez que, ainda que os factos se encontrassem abrangidos pela letra do art. 322.º, não prejudicavam, no caso concreto, os interesses protegidos por esta norma. Para este efeito, elencou o juiz, designadamente, os interesses de sócios, credores e público em geral, bem como as regras deliberativas e organizativas da sociedade como motivos de proteção visados.

Aliás, é a pluralidade de interesses tutelados pelo art. 322.º que, no entender de Trabulo, permite distinguir este preceito de outros ditames legais, cujo escopo de proteção é menos alargado – Trabulo, 2011, p. 416.

¹³³ Nomeadamente, a tutela do tráfego jurídico, dos créditos e dos terceiros – Albuquerque, 1997, pp. 69-147.

¹³⁴ É o que nota também Ferreira, 2015. A autora elenca alguns dos perigos associados aos negócios de assistência financeira, concluindo pela sua verificação também no âmbito das SQ.

¹³⁵ Ramos, 2022, pp. 148-150.

¹³⁶ Até porque a realidade mostra que a atividade societária de SQ e SA pode conduzir a impactos semelhantes nas esferas dos sujeitos jurídicos que com elas se relacionam, como sejam os credores – Domingues, 2010, p. 521.

¹³⁷ Ainda que se possa reconhecer que as SA evidenciem uma maior propensão para os riscos destas operações.

possibilidade de uma SA se transformar em SQ^{138/139}. Com efeito, a transformação encontra-se prevista nos arts. 130.º e ss, e visa a modificação do tipo societário com recurso apenas à “alteração da organização jurídica”, isto é, preservando-se os bens dessa sociedade, assim como a identidade dos respetivos sócios^{140/141}.

O que pretendemos evidenciar primordialmente é o facto de existir um mecanismo – leia-se, a transformação societária – que permite obstar aos constrangimentos que resultariam de uma interpretação segundo a qual a proibição de assistência financeira não é aplicável às SQ. Desta forma, e não ignorando as eventuais dificuldades de uma operação deste tipo, bastaria à SA transformar-se numa SQ para que a proibição em apreço não pudesse afetar os negócios que esta celebrasse para assistir um terceiro na subscrição ou aquisição das suas próprias participações (quotas). Aliás, esta opção será tão mais apelativa, quanto se pensar que, em termos económicos, a empresa transformada é a mesma que se transformou¹⁴².

Em suma, à luz dos argumentos apontados, julgamos que a proibição de assistência financeira deve ser aplicada também às SQ. Conquanto, do ponto de vista sistemático, esta afirmação possa ser questionada¹⁴³, certo é que, histórica e teleologicamente, a proibição de assistência financeira parece-nos indistintamente aplicável a SA e SQ por força dos valores e princípios que pretendeu e pretende proteger: a posição de sócios e credores e o capital social. Aliás, é precisamente este escopo preventivo que nos faz negar que o legislador nacional pretendeu dotar as SQ de uma maior flexibilidade quanto à celebração de negócios de assistência financeira. Com efeito, cumpre lembrar que a maior maleabilidade de um regime não pode ser tomada em termos tais, que distorça a harmonia do próprio sistema jus-societário¹⁴⁴. Não estariam feridos, também nessa hipótese, os valores que a Diretiva e as raízes da proibição pretenderam acautelar?¹⁴⁵

À luz da interpretação que sugerimos na presente dissertação, crendo que o preceito do art. 322.º extravasa cada uma das finalidades que lhe é apontada e o conjunto

¹³⁸ É também este um dos riscos identificados por Ferreira para a inaplicabilidade deste instituto às SQ – Ferreira, 2015.

¹³⁹ A transformação dar-se-á, por regra, precisamente em função dos interesses da sociedade, que vê num outro tipo societário uma forma mais eficiente de os prosseguir – Lanz, 2010, pp. 237-250.

¹⁴⁰ Falcão, 2021, pp. 703-731. O autor identifica mesmo a transformação como um “modelo típico de reorganização societária”, a par de outras figuras.

¹⁴¹ Uma regra que Correia denomina por princípio da identidade – Correia, 2009, pp. 138-151.

¹⁴² É o que resulta do entendimento do TRL no Ac. de 27/abr/2021 relatado por Fernando Cabanelas.

¹⁴³ Ventura, por exemplo, considera que o legislador pretendeu claramente separar a regulação das participações próprias de SQ (art. 220.º) e SA (arts. 316.º a 325.º) – Ventura, 1992, p. 347.

¹⁴⁴ Torres chama a atenção para este ponto a propósito dos regimes de aquisição de quotas e de ações próprias, alertando que a maior flexibilidade do primeiro não exclui a sua conjugação com este último – Torres, 2015, pp. 155-173. Sobre os perigos da ausência de coordenação entre a norma relativa à assistência financeira e a restante (diga-se, pormenorizada) disciplina das ações próprias, encontramos Doña, 2002, pp. 72-73.

¹⁴⁵ “(...) a prestação de assistência financeira por uma SQ produz perigos semelhantes àqueles que são susceptíveis de ter lugar quando a sociedade assistente é uma SA” – Torres, 2015.

delas¹⁴⁶, julgamos que a sua aplicação às SQ resulta do facto de esta mesma norma tutelar os princípios básicos da ordem jus-societária como um todo. Além disso, entendemos que afastar a aplicação da proibição às SQ retira alguma da utilidade prática da norma aqui em apreço, uma vez que é este o tipo de sociedade com maior expressão no panorama societário português¹⁴⁷.

Alertamos, todavia, para o facto de que a resposta que aqui propomos não ignora os problemas derivados da complexa disciplina que rege a assistência financeira, especialmente quando interpretada ao abrigo das diretrizes da UE. Na verdade, e em primeira instância, julgamos que o regime de assistência financeira beneficiaria de uma revisitação pelo legislador, na medida em que cremos que os problemas que daquele advêm se devem essencialmente a uma parca clarificação das finalidades visadas precisamente pela proibição e, acima de tudo, de uma dissonância fracamente explorada entre as realidades societárias portuguesa e europeia. Além disso, cremos que as dificuldades inerentes a este regime poderiam ser flexibilizadas mediante a imposição de limitações à proibição, designadamente através da transposição das regras que decorrem da Diretiva (UE) 2017/1132.

Logo, não obstante ao mérito que reconhecemos àqueles que veem apenas nas SA campo de aplicação para o regime que nos serviu de objeto de estudo, entendemos que a conjugação das finalidades apontadas a esta disciplina com a premência da defesa dos interesses da ordem jus-societária e dos sujeitos que a integram fundamenta que a proibição seja também de aplicar nos casos em que são as SQ a intervir nas operações de assistência financeira.

¹⁴⁶ Davies considera que a vasta abrangência com que a proibição se encontra formulada não se pode reconduzir apenas às ordens de razão apontadas pela doutrina para a sustentar (no caso, a preocupação com a posição dos credores e dos acionistas minoritários) – Davies, 2008, pp. 341-358.

¹⁴⁷ Como reconhece Torres, 2015, pp. 135-147.

Conclusão

No âmbito do DSC, a proibição de assistência financeira surge essencialmente como um mecanismo preventivo para operações que se antecipam prejudiciais face aos fins visados pela ordem jus-societária e pelo próprio conceito legal de sociedade.

Ainda que muitos outros aspetos de regime merecessem atenção (como seja o alcance da proibição e até mesmo as perspetivas evolutivas a esta associadas), focámos o nosso estudo na possibilidade de a assistência financeira ser, ou não, permitida quando estamos no âmbito das SQ.

Ora, sem prejuízo do mérito da solução contrária, entendemos que a proibição de assistência financeira prevista no art. 322.º é também aplicável às SQ. Com efeito, atendendo ao que resulta da nossa jurisprudência e doutrina, bem como dos princípios elementares do DSC, não nos parece razoável excluir as SQ do âmbito de aplicação daquela norma, uma vez que não será o tipo societário a determinar o valor dos fins prosseguidos com operações deste tipo. Aliás, precisamente por estarmos perante uma ferramenta de índole preventiva, consideramos que o CSC pretende especificamente impedir os resultados propriamente ditos, que se mostram francamente incompatíveis com o espírito que rege o sistema jus-societário, isto é, o livre estabelecimento das estruturas de capital e da sociedade com base nas flutuações e operações normais da vida desta (leia-se, resultando das vicissitudes do próprio mercado e das decisões de investimento dos agentes)

Além disso, entendemos que a interpretação e análise de uma norma deve tomar em consideração as consequências práticas da sua aplicação. Atendendo à realidade societária portuguesa e à dimensão das empresas que atuam em território nacional, parece-nos indiscutivelmente redutor e contrário ao que resulta das prerrogativas da UE aplicar a proibição somente às SQ.

Acresce que o afastamento da proibição relativamente às SQ abre caminho para que esta figura seja contornada e, conseqüentemente, esvaziada de sentido. Ou seja, afirmar que a assistência financeira prestada pelas SQ não contraria a lei conduz aos resultados desvaliosos associados à ingerência da sociedade no próprio financiamento e que o CSC pretende efetivamente evitar.

Certo é que julgamos também que as respostas para os problemas suscitados pelo regime de assistência financeira estão longe de serem consideradas pacíficas. De resto, a pretensa harmonização legal promovida pelo DUE não sortiu, como vimos, os devidos efeitos: a flexibilização da proibição não foi unanimemente transposta no território europeu, as diferenças estruturais dos regimes societários encontrados nos EM não facilitam a assimilação de figuras como a da assistência financeira e, finalmente, os próprios objetivos das diretivas em matéria de DSC não são claros. Aliás, deparamo-nos

atualmente com jurisdições nas quais a proibição não se aplica às sociedades equiparadas às nossas SQ. Ainda assim, reiteramos que o entendimento pelo qual pugnamos tem em linha de conta o ordenamento jurídico português e a realidade societária instituída em Portugal.

Por conseguinte, mais do que dar uma resposta ao problema que aqui levantámos, sugerimos uma revisão do quadro normativo associado à assistência financeira, por forma a que este seja realmente examinado e profundamente compreendido. Desde logo, entendemos que apenas deste modo será possível partir para a resolução dos temas que emergem do regime de assistência financeira e dos quais se destaca, para nós, a aplicabilidade às SQ.

Bibliografia

- ABREU, J. M. C. (2010). *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. Cadernos do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, 5, 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- ABREU, M.A. (2012). O crime de especulação de preços previsto no artigo 35.º do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de janeiro. *ROA*, 72, IV.
- ACITORES, A. S. (2013). *Leveraged buyouts: El sistema contractual de las adquisiciones apalancadas de empresas por operadores de capital riesgo*. Navarra: Aranzadi.
- ALBUQUERQUE, P. (1997). Da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades: luzes e sombras. *ROA*, 57.
- ALBUQUERQUE, P. (2012). *Código das Sociedades Comerciais anotado*, coord. de Menezes Cordeiro, 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- ALBUQUERQUE, P. (2019). *Assistência financeira nas sociedades comerciais*. Coimbra: Edições Almedina.
- ALONSO, A. V. (2003). *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*. Madrid: Civitas Ediciones.
- ANDRADE, M. C. (2018). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de Jorge M. Coutinho de Abreu, vol. V , 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- ANTUNES, J. E. (2021). *Direito das sociedades*, 10.^a ed. Porto: s.n.
- BASTOS, M. B. (2009). As consequências da aquisição lícita de ações próprias pelas sociedades anónimas. *RDS*, I, 1.
- BAXT, R. (1969). The prohibition on companies financing dealings in their own shares: Void or illegal contracts. *University of Tasmania Law Review*, 3, 2.
- Board of Trade (1962). Report of the Company Law Committee. <https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=f84d7600b8f77c258074a2fd776826a559a01072>.
- CAMPOS, J. M. & CAMPOS, J. L. M. (2004). *Manual de direito comunitário*, 4.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- CARVALHO, M. M. (2016). Sociedades comerciais. In Alessandra Silveira *et al.* (coord.). *Direito da União Europeia – elementos de direito e políticas da União*. Coimbra: Edições Almedina.
- CHULIÁ, F. V. (1995). La sociedad anónima en el Derecho comunitario europeo. In Fundación Profesor Manuel Broseta (coord.). *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*. Madrid: Editorial Civitas.
- CORDEIRO, A. M. (2005). *Direito europeu das sociedades*. Coimbra: Edições Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2006). Os deveres fundamentais dos gestores das sociedades. *ROA*, 66, 2.
- CORDEIRO, A. B. M. (2019). *Manual de direito dos valores mobiliários – à luz da lei 35/2018 (DMIF II) e dos avanços da Fintech*, 2.^a ed. atualizada. Coimbra: Edições Almedina.
- CORREIA, F. M. (2009). *Transformação de sociedades comerciais: Delimitação do âmbito de aplicação no direito privado português*. Coimbra: Edições Almedina.

- CORTEZ, J. S. & LEITE, I. P. (2012). As formalidades da transmissão de quotas e ações no direito português. In M. de F. Ribeiro (coord.). *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Edições Almedina.
- DAVIES, P. L. (2008). *Gower and Davies' principles of modern company law*, 8.^a ed. Londres: Sweet & Maxwell.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1995). Los negocios de la sociedad con las propias acciones. In Fundación Profesor Manuel Broseta (coord.). *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*. Madrid: Editorial Civitas.
- DOMINGUES, P. T. (1998). Do capital social: Noção, princípios e funções. *Studia Iuridica*, 33.
- DOMINGUES, P. T. (2007). *Estudos de direito das sociedades*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, 8.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- DOMINGUES, P. T. (2009). *Variações sobre o capital social*. Coimbra: Coimbra Editora.
- DOMINGUES, P. T. (2010). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. e Jorge M. Coutinho de Abreu, vol. V. Coimbra: Edições Almedina.
- DOMINGUES, P. T. (2022). *O financiamento societário pelos sócios*, 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- DOÑA, M. S. F. (2002). *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*. 2.^a ed. Madrid: Edersa.
- DUARTE, R. P. (2017). Pontos críticos do CSC. In P. Tarso Domingues (coord.). *Congresso Comemorativo dos 30 anos do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Edições Almedina.
- ENRIQUES, L. (2006). EC Company Law Directives and Regulations: How trivial are they?”. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27.
- Euronext (2003). Regras de cálculo dos índices PSI. <http://www1.eeg.uminho.pt/economia/caac/pagina%20pessoal/Disciplinas/Disciplinas%2005/bancaria/psi20.pdf>.
- FALCÃO, J. D. (2021). Fusão, cisão e transformação de sociedade arrendatária. *ROA*, 81, 3-4.
- FERREIRA, J. R. (2015). A proibição de assistência financeira para aquisição de ações próprias. *DSR*, 8, 15.
- GIMENÉZ, R. B. (2002). *La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*. Navarra: Aranzadi.
- GIRVIN, S. et al. (2010). *Charlesworth's company law*, 18.^a ed. Londres: Sweet & Maxwell.
- GOMES, J. F. (2023). *M&A – Aquisição de empresas e de participações sociais*, 2.^a reimp. Lisboa: AAFDL
- GOMES, M. J. C. (2023). O sócio garante. O artigo 198.º CSC enquanto ponto de encontro entre o direito das sociedades e o direito das garantias. *RDC*.
- GONÇALVES, D. C. (2021). Breves notas sobre o governo das sociedades familiares. *ROA*.
- LABAREDA, J. (1988). *Das ações das sociedades anónimas*. Lisboa: AAFDL.
- LABAREDA, J. (1998). *Direito societário português – algumas questões*. Lisboa: Quid Juris?

- LANZ, M. (2010). Transformação de sociedades – A problemática das transformações heterogéneas. *RDS*, II, 1/2.
- LEITE, I. P. (2011). Da proibição de assistência financeira: o caso particular dos leveraged buy-outs. *DSR*, 3, 5.
- LOWRY, J. (2011). The prohibition against financial assistance: constructing a rational response. In D. Prentice & A. Reisberg (coord.). *Corporate finance law in the UK and EU*. Oxford: Oxford University Press.
<https://fdslive.oup.com/www.oup.com/academic/pdf/13/9780199589616.pdf>.
- MACHADO, J. B. (2023). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 31.ª reimp. Coimbra: Edições Almedina.
- MAIA, P. (2020). *Voto e corporate governance: Um novo paradigma para a sociedade anónima*. Reimp. Coimbra: Edições Almedina.
- MATA, J. (2007). *Economia da empresa*, 4.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- MATOS, A. (1998). *Constituição de sociedades*, 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina.
- MAUROVIC, L. (2013). *Directive 2006/68/EC amending the Second Company Law Directive as regards the maintenance of public limited liability companies' capital and the acquisition of own shares*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2237882
- MCCABE, B. (1991). The desirability of a share buy-back power. *Bond Law Review*, 3, 1.
- MENDES, E. (2016). *Deliberações dos sócios e intangibilidade do capital social. Algumas questões – versão escrita da comunicação realizada no VI Congresso DSR*. https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Deliberacoes_dos_socios_e_intangibilidade_do_capital_social.htm.
- MENDES, P. S. (2012). *Código das Sociedades Comerciais anotado*, coord. de Menezes Cordeiro. 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina.
- MOTA, B. A. (2005). Proibição de assistência financeira – notas para a sua interpretação e aplicação. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12.
- MOTA, B. A. (2006). Proibição de assistência financeira – notas para a sua interpretação e aplicação (Parte II). In *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 15.
- MUÑOZ, T. P. (1999). *Las acciones: Derechos del accionista, representación, transmisión, derechos reales, negocios sobre las propias acciones*. Valencia: Editorial CISS.
- NUNES, J. A. (2015). Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: O prospeto. *Revista de Concorrência e Regulação*, 7, 23-24.
- NUNES, P. (2015). A proibição de assistência financeira: Em especial o leveraged buyout (LBO). *Revista Eletrónica de Direito*, 2.
- OCDE (2016). *Princípios de governo das sociedades do G20 e da OCDE*. Paris: Éditions OCDE.
<https://dx.doi.org/10.1787/9789264259195-pt>.
- OLIVEIRA, A. P. (2015). *Manual de corporate finance*, 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina.
- OLIVEIRA, A. P. de (2018). *Manual de governo das sociedades*, reimp. Coimbra: Edições Almedina.
- OSÓRIO, J. D. H. (2001). *Da tomada de controlo de sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e a sua harmonização com o direito português*. Coimbra: Livraria Almedina.

- ÖZSU, G. (2024). Evaluation of break fee clauses in M&A contracts within framework of UK law in terms of unlawful financial assistance. *Law and Justice Review*, 15, 27.
- PAIS, S. O. (2024). *Princípios fundamentais e direito da União Europeia: Uma abordagem jurisprudencial*, 3.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- PAIS, S. O. (2024). *Direito da União Europeia: Legislação e jurisprudência fundamentais*, 3.^a ed., 3.^a reimp. Lisboa: Quid Juris?
- PINTO, A. M. (2007). *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, C. A. M. *et al.* (2020). *Teoria geral do direito civil*, 4.^a ed. Coimbra: Gestlegal.
- RAMOS, M. E. (2022). *Direito comercial e das sociedades – entre a empresa e o mercado*, reimp. Coimbra: Edições Almedina.
- RIBEIRO, M. F. (2011). O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material. In M. M. Carvalho e P. Tarso Domingues (coord.). *Capital social livre e ações sem valor nominal*. Coimbra: Edições Almedina.
- RIBEIRO, M. F. (2015). *Sociedades comerciais (responsabilidade): Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*. Porto: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M. F. (2016). *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica*. Coimbra: Edições Almedina.
- ROCHA, F. S. Derivados sobre ações próprias. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*.
- ROCHA, M. V. (1994). *Aquisição de ações próprias no Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Livraria Almedina.
- SAMALIK, M. (2014). The concept of downstream merger buyout financial structure with regard to legal aspects of financial assistance for share acquisition in terms of Slovak and European legal framework. *CER Comparative European Research 2015*. <https://bitly.ws/3amjC>.
- SANTOS, A. C. *et al.* (2022). *Direito económico*, 8.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- SANTOS, R. M. (2003). Estabilização de preços e manipulação de mercado: A síndrome da ilha. In *Direito dos valores mobiliários*, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora.
- SERENS, N. M. (1995). Notas sobre a sociedade anónima. *Studia Iuridica*, 14.
- SILVA, A. S. *et al.* (2006). *Livro branco sobre corporate governance em Portugal*. Lisboa: Instituto Português de Corporate Governance.
- SILVA, J. G. (2000). Ações próprias e interesses dos acionistas. *ROA*, 60, II.
- SOUSA, S. A. (2021). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de Jorge M. Coutinho de Abreu. vol. VII., 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- STRAMPELLI, G. (2012). Rendering (Once more) the financial assistance regime more flexible. *European Company and Financial Law Review*, 9, 4.
- TORRES, I. P. (2015). *Da aplicação da proibição de assistência financeira às sociedades por quotas*. Coleção Estudos N.º 3 – Instituto do Conhecimento AB. Coimbra: Edições Almedina.

- TRABULO, R. (2011). As acções próprias: O regime da aquisição de acções próprias e a prestação de assistência financeira para a aquisição de acções próprias. In M. Pita & A. Pereira de Almeida (coord.). *Temas de direito das sociedades*. Coimbra: Coimbra Editora
- TRIUNFANTE, A. (2012). *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*, coord. de M. F. Ribeiro. Coimbra: Edições Almedina.
- ÜNDAR, A. E. *et al.* (2013). Financial assistance prohibition in Turkey: A familiar concept in an unfamiliar jurisdiction. <https://www.ebrd.com/downloads/research/law/lit13eb.pdf>.
- VEIGA, J. J. (1981). *Sociedades anónimas (uma perspectiva de direito económico)*. Lisboa: Minerva.
- VENTURA, J. (2016). A Diretiva 2006/68/CE e o regime da assistência financeira: uma omissão ponderada ou uma oportunidade desperdiçada?. *RDS*, VIII, 1.
- VENTURA, R. (1978). Auto-participação da sociedade: As ações próprias. *ROA*, 38, 3.
- VENTURA, R. (1981). *Adaptação do direito português à segunda diretiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o direito das sociedades*. Separata do *BMJ*, n.º 3.
- VENTURA, R. (1992). *Estudos vários sobre sociedades anónimas: Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Livraria Almedina.
- VITORINO, J. M. (2021). A proibição de assistência financeira e o artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais: Um conflito por resolver ou uma compatibilidade natural? *RDS*, XIII, 1.
- WYMEERSCH, E. (1998). Article 23 of the Second Company Law Directive: The prohibition on financial assistance to acquire shares of the company. In *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*. Tubinga: Mohr Siebeck. <https://biblio.ugent.be/publication/2092518/file/2092519>.
- WYMEERSCH, E. (2006). Reforming the Second Company Law Directive. *Financial Law Institute Working Paper Series*. <https://bitly.ws/323K2>.

Síntese de jurisprudência

Jurisprudência do CAAD

- Ac. do CAAD de 21/jan/2016, presidido pelo árbitro José Pedro Carvalho (Processo n.º 92/2015-T)
- Ac. do CAAD de 18/out/2016, presidido pelo árbitro José Baeta de Queiroz (Processo n.º 88/2016-T)

Jurisprudência do STJ

- Ac. do STJ, de 27/set/2022, relatado por Jorge Arcanjo (Processo n.º 2309/16.2T8PTM.E1.S)

Jurisprudência do TJCF

-Sentença do Juízo Central Cível de Portimão (Juiz 1), de 13/mai/2019, relatado por Bruno Oliveira Pinto (Processo n.º 2309/16.2T8PTM)

Jurisprudência do TJUE

-Ac. do TJUE, de 10/abr/1984, presidido por Josse Mertens de Wilmars (Processo 14/83)

-Ac. do TJUE, de 24/jan/2012, presidido por Vassilios Skouris (Processo C-282/10)

Jurisprudência do TRC

-Ac. do TRC, de 03/mar/2009, relatado por Sílvia Pires (Processo n.º 228/04.4TBILHV.C1)

Jurisprudência do TRL

-Ac. do TRL, de 17/abr/2018, relatado por Isabel Fonseca (Processo n.º 7169/07.1YYLSB-A. L1-1)

-Ac. do TRL, de 18/dez/2019, relatado por Amélia Sofia Ribeiro (Processo n.º 8923/18.4T8LSB.L1-1)

-Ac. do TRL, de 27/abr/2021, relatado por Fernando Cabanelas (Processo n.º 5495/19.6T8LSB.L1-1)

Jurisprudência do TRP

-Ac. do TRP de 11/abr/2019, relatado por Carlos Portela (Processo n.º 33/14.0T8PVZ.P1)

**A questão da aplicabilidade da suspensão da execução da pena
de prisão:**

**A prática judiciária em Portugal relativa aos crimes contra a
liberdade sexual**

Inês Martins Fernandes

Sob a orientação do Professor
Doutor Pedro Miguel Freitas.

Agradecimentos

O meu especial agradecimento:

À minha irmã, Beatriz, pela confiança que nunca fraquejou, e ao meu Pai, que me apoia desde que me lembro de ser pessoa, a quem esta dissertação também dedico.

Ao meu amor, João, por todo o incentivo, carinho e cuidado, por todas as lágrimas que secou e por toda a força que me emprestou ao longo deste percurso. Eternamente o meu ombro mais amigo.

Às minhas queridas amigas, Inês, Patrícia e Salomé, que rapidamente se tornaram casa e porto de abrigo, pela amizade de sempre. Não existem palavras que consigam descrever o carinho que tenho por vocês e o quanto fazem de mim uma Mulher melhor. Um “obrigado” certamente não chega, portanto fica aqui uma última dedicação, “*Canção de Engate*”, Tiago Bettencourt.

A todos e todas que me encorajaram e, de certa forma, contribuíram para que este momento chegasse, os meus mais sinceros e profundos agradecimentos.

Por último, um agradecimento ao Prof. Doutor Pedro Freitas, pela orientação e mestria transmitida ao longo da presente dissertação, sem nunca ter cortado as asas do meu pensamento.

Resumo

O trabalho que se segue incide sobre a aplicação da suspensão de execução da pena de prisão no âmbito da criminalidade sexual.

Será feita uma breve análise às finalidades e limites das penas criminais, às teorias absolutas e relativas, e exigências de prevenção geral e especial.

Estudar-se-á a determinação das penas, com foco nas penas de substituição, e com especial atenção na suspensão da execução da pena de prisão.

De seguida, explorar-se-á os crimes contra a liberdade sexual, examinando a sua evolução legislativa.

Por fim, será levada a cabo uma análise dos critérios que levam os tribunais portugueses a decretarem a aplicação da “pena suspensa”.

Palavras-chave: penas de substituição; suspensão da execução da pena de prisão; crimes contra a liberdade sexual; coação sexual; violação; mitos e estereótipos; critérios de decisão dos tribunais.

Abstract

The following work focuses on the application of the suspension of the execution of a prison sentence in the context of sexual criminality.

A brief analysis will be made of the purposes and limits of criminal penalties, the absolute and relative theories, and the requirements of general and special prevention.

The determination of penalties will be studied, with a focus on substitute penalties, and with special attention to the suspension of the execution of a prison sentence.

Subsequently, crimes against sexual freedom will be explored, examining their legislative evolution.

Finally, an analysis will be carried out on the criteria that lead Portuguese courts to set the application of a “suspended sentence”.

Keywords: substitute penalties; suspended sentence; crimes against sexual freedom; sexual coercion; rape; myths and stereotypes; courts’ decision criteria.

Lista de siglas e abreviaturas

<i>A quo</i>	Tribunal de cuja decisão se recorre
Ac.	Acórdão
al.	alínea
<i>Ad quem</i>	Tribunal a quem se recorre
APAV	Associação de Apoio À Vítima
AR	Assembleia da República
art.	Artigo
BE	Bloco de Esquerda
c.	Contra
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cfr.	Conforme
CI	Convenção de Istambul
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
ed.	edição
ibidem	o mesmo autor, na mesma obra, na mesma página
idem	o mesmo autor, na mesma obra
MP	Ministério Público
n.º	Número
ob. cit.	Obra Citada
OMS	Organização Mundial de Saúde
p./pp.	página/páginas
PAN	Pessoas, Animais e Natureza
p. e p.	previsto e punível
proc.	processo
PS	Partido Socialista
PSD	Partido Social Democrata
SPSC	Sociedade Portuguesa de Sexologia Clínica
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vide	ver
§	Parágrafo

Índice

Considerações introdutórias	7
Capítulo I: Finalidades e limites das penas criminais	8
1. Teorias absolutas	8
2. Teorias relativas	9
3. Doutrinas de prevenção geral e especial	9
3.1. Teorias da prevenção geral	10
3.2. Teorias da prevenção especial	11
4. Determinação da pena	12
4.1. Capítulo I: Finalidades e limites das penas criminais	13
4.2. Fixação da pena criminal	13
Capítulo II: Suspensão da execução da pena de prisão	16
1. Penas de substituição	16
2. Suspensão da execução da pena de prisão	16
2.1. <i>Sursis</i>	17
2.2. <i>Probation</i>	17
3. Regime jurídico da suspensão da execução da pena de prisão	18
3.1. Modalidades e efeitos do cumprimento ou incumprimento da pena suspensa	18
Capítulo III: Crimes contra a liberdade sexual	22
1. Distinção e enquadramento geral	22
2. Evolução político-criminal e legislativa dos arts. 163.º e 164.º CP	23
2.1. Art. 163.º CP	23
2.2. Art. 164.º CP	26
2.3. Distinção do objeto dos arts. 163.º e 164.º do CP e concurso de crimes	27
3. Projeto de Lei n.º 1147/XIII/4. ^a	28
Capítulo IV: Prática judiciária em Portugal	29
1. Mitos e estereótipos dos crimes sexuais	29
1.1. O agressor típico retratado	30
1.2. As falsas denúncias/acusações	30
1.3. A vítima perfeita c. a provocação da vítima	31
2. Análise de acórdãos	32
2.1. Ac. do STJ, de 09.03.2022 (processo n.º 966/19.7PBFAR.E1.S1)	33
2.2. Ac. do TRE, de 21.03.2017 (processo n.º 306/13.9JAFAR.E1)	35
2.3. Ac. do TRP, de 21.09.2021 (processo n.º 3006/20.0JAPRT.P1)	37
2.4. Ac. do TRP, de 19.04.2023 (processo n.º 1067/19.3PVNG.P1)	39
3. Critérios de aplicação da suspensão da execução da pena de prisão	41
4. Sugestões de alteração à lei portuguesa	42
Conclusão	43
Jurisprudência	47

Considerações introdutórias

Atualmente, os crimes contra a liberdade sexual, habitualmente designados como “crimes sexuais”¹, não são raros nem desconhecidos da população geral, mais que não seja, pelo caráter mediático de certos casos. Estes encontram-se previstos na Parte Especial do Código Penal, no seu Capítulo V, Secção I e II.

O objetivo da presente dissertação consiste na investigação da prática judiciária portuguesa no que toca à aplicação do instituto da suspensão da execução da pena de prisão nos crimes sexuais. Iniciamos este estudo com uma ideia preconcebida de que o organismo de justiça portuguesa faz uso demasiado da “pena suspensa”² nos crimes em análise, em virtude da leitura de variadas sentenças e acórdãos da área. No entanto, terá esta ideia fundamento nas estatísticas ou estaremos a ser influenciados pela atenção mediática que vários casos receberam nos últimos anos?

Ao longo deste trabalho, olharemos apenas para os crimes específicos da violação e da coação sexual (punidos e previstos pelos artigos 163.º e 164.º do CP) dentro dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, uma vez que constituem, por si só, o “núcleo de proteção da liberdade sexual”³ e nos ajudam a afunilar a nossa pesquisa.

Utilizando o ano de 2021 como referência⁴, de 65.656 arguidos julgados, 44.013 foram condenados (67,04%) mas destes, tão somente 3.686 (8,4%) foram condenados a cumprir pena de prisão. Por outro lado, 11.108 arguidos (25,3%) beneficiaram do instituto da suspensão da execução da pena de prisão.⁵

No que respeita aos delitos sexuais supramencionados, de 268 arguidos, cerca de 63,63% foram condenados (168 arguidos)⁶, o que parece constituir um número bastante elevado, contudo, destas condenações não nos foi possível apurar quantos arguidos cumpriram, efetivamente, uma pena de prisão e quantos beneficiaram da suspensão da execução da pena de prisão. Foi submetido, no início do nosso estudo, um pedido de informação diretamente no site de Estatísticas do Governo, o qual, infelizmente não nos foi respondido.

¹ Apesar de esta expressão não ter correspondência no Código Penal Português, é extremamente utilizada pelos meios de comunicação social, por conseguinte e com o intuito de manter a fluidez do texto, faremos uso de forma intercambiável das expressões “pena suspensa” e “suspensão da execução da pena de prisão”.

² A expressão “pena suspensa” é, mais uma vez, uma expressão simplificada para “suspensão da execução da pena de prisão”, instituto previsto no artigo 50.º do CP.

³ Dias, 1999, anotação 5.ª ao artigo 163.º CP.

⁴ Idealmente, seria utilizado o ano de 2022 ou 2023 por uma questão de atualidade de dados, porém, não nos foi possível recolher informações suficientes para o fazer.

⁵ De acordo com as estatísticas disponíveis pela Direção Geral da Política de Justiça, disponível online em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/Panorama%20Justiça%20Penal%202021.pdf#search=suspensão%20da%20execução%20da%20pena%20de%20prisão>.

⁶ É possível verificar os números referentes aos arguidos em crimes de violação e coação sexual em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Arguidos-em-processos-crime-nos-tribunais-judiciais-de-1-instancia.aspx> e os números referentes aos condenados em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Condenados-em-processos-crime-nos-tribunais-judiciais-de-1-instancia.aspx>.

Uma vez que não nos foi concedida uma resposta, mantemos a nossa questão, será verdadeira a afirmação de que na região normativa sexual, o número de condenações é reduzido? Existe algum projeto em curso que pretende dar a volta a tal número? Podemos criar algum mecanismo que impeça a desvalorização do cumprimento da pena de prisão nestes casos em concreto?

No fundo, o que pretendemos questionar é: será a aplicação de uma “pena suspensa” em crimes de tal modo graves, compatível com as finalidades da punição do nosso ordenamento jurídico?

Por outro lado, retemos também a questão na sua vertente oposta: existirá alguma forma de reverter a “má publicidade” que a justiça portuguesa tem no que toca aos crimes sexuais, à custa de variadas decisões que acabaram por ir contra os interesses da vítima?

Será, de alguma forma, constitucional o tratamento mais severo de casos considerados mediáticos de modo a proteger as expetativas e a confiança da comunidade na efetividade da justiça portuguesa?

De forma a analisar todas estas questões, a exposição da presente temática será feita em quatro capítulos, que se subdividirão conforme as necessidades de desenvolvimento do próprio trabalho.

O primeiro capítulo irá versar sobre a base do Direito Penal, incidindo-se nas finalidades e limites das penas criminais, na sucinta exposição das teorias absolutas e relativas e nas exigências de prevenção geral e especial.

No que respeita ao segundo capítulo, analisaremos, sucintamente, os princípios fundamentais para determinação das penas, envergaremos no estudo das penas de substituição e, de forma mais minuciosa, na suspensão da execução da pena de prisão.

Quanto ao terceiro capítulo deste trabalho, este irá recair sobre os tipos legais concretos da violação e coação sexual, onde faremos uma análise à evolução legislativa deste grupo, e à possibilidade de alteração legislativa, examinando o projeto de lei n.º 1147/XIII/4.^{a7}, aplicando-o onde for compatível.

Por fim, no quarto e último capítulo, averiguaremos qual a prática judiciária em Portugal no que toca à punição dos crimes sexuais em mão, verificando quais os critérios utilizados pelos nossos tribunais ao expor e analisar dois casos mediáticos e dois casos não mediáticos, sugerindo, humildemente, possíveis alterações à legislação nacional.

Finalmente, retiraremos as nossas conclusões.

⁷ De seu título “47.a Alteração ao Código Penal, sujeitando a regime de prova a suspensão da execução da pena de prisão nos processos por crime de violência doméstica e elevando a moldura penal deste crime”.

Capítulo I: Finalidades e limites das penas criminais

A pena é a sanção aplicada pelo Direito Penal pela prática de um crime. As penas criminais localizam-se no quadro das consequências jurídicas do crime, uma das matérias cruciais do direito penal.⁸

Assim, a pena é, exatamente, uma consequência jurídica da prática de uma conduta humana, ilícita e típica, culposa e punível.⁹ O que se questiona é a racionalidade por detrás da aplicação das penas, o que é que se pretende com a punição do crime?¹⁰

Podemos afirmar, com convicção, que a discussão sobre as finalidades das penas é inesgotável, tendo-se tornado um tema recorrente de discussão filosófica, jurídica e essencial para o ensino superior de direito.

Aliás, diz-nos Figueiredo Dias¹¹ que a questão dos fins das penas é tão velha quanto a própria história do Direito penal, e as respostas a esta questão dividem-se em duas¹² teorias fundamentais: as absolutas e as relativas. Seguiremos a sua filosofia na explicação destes conceitos.

1. Teorias absolutas

As teorias absolutas olham para a pena como um instrumento de retribuição, de compensação do crime cometido, ou ainda nas palavras que comumente se acreditam como ditado popular, “olho por olho, dente por dente”.¹³

Nesta ótica, a pena é a “justa paga”¹⁴ pela prática do facto punível, não é um meio de defesa social, mas um fim em si mesma. A palavra “retribuição” é utilizada pelos seus adeptos, exatamente, por conceberem a pena como um castigo.

Essencialmente, para esta teoria, o crime é o pressuposto e a medida da sanção. Pretendia-se que a medida da pena fosse dada pela gravidade do crime, quanto mais grave um fosse, o outro teria, obrigatoriamente, de o ser também.¹⁵

⁸ Neste sentido, Rodrigues, 1988, p. 3.

⁹ Figueiredo Dias, 2019, pp. 289 e ss.

¹⁰ Ainda Rodrigues, 1995, pp. 151 e 152, “Não se trata, pois, de simplesmente encontrar resposta para a questão das funções que as penas devem cumprir, mas de estabelecer ‘com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida’”.

¹¹ Figueiredo Dias, 2019, p. 51.

¹² Não obstante da combinação das teorias acima descritas, conhecidas por “teorias mistas ou unificadoras” ou ainda, pela ideia da “concertação agente-vítima”. Vide Garcia & Castela, 2014, p. 288 nota 2 do comentário ao artigo 40.º.

¹³ Na verdade, pertencem à Lei de Talião, remetente à história do direito penal anterior ao Iluminismo, veja-se, a este propósito, Duarte, 2009.

¹⁴ Expressão utilizada em Figueiredo Dias, 2019, p. 52.

¹⁵ Surge uma outra questão relativamente à “igualdade” da gravidade entre crime e sanção. Poderá esta igualdade ser fática ou será obrigatoriamente fática? Neste sentido, Santos, 1968, pp. 242 e ss.

Atualmente, no âmbito de um Estado de Direito Democrático que visa a ressocialização dos agentes criminais e repudia a ideia de “fazer sofrer aquele que fez sofrer”, as teorias absolutas ou retributivas devem ser recusadas.¹⁶

2. Teorias relativas

As teorias relativas, por outro lado, veem a pena como um instrumento de prevenção, a sua finalidade não se traduz na realização da justiça, mas na proteção da própria sociedade. Para os defensores destas teorias, “a legitimidade da pena depende da sua necessidade e eficácia para evitar a prática de crimes”¹⁷, por outras palavras, será que a pena funcionará como um obstáculo à prática de novos crimes?

No fundo, as teorias relativas não pretendem castigar o agente por este ter cometido um crime, mas para que não o volte a cometer no futuro. Desta premissa surge uma crítica vinda dos adeptos das teorias absolutas, sustentando que se a pena é aplicada, não pela prática de um crime, mas com um objetivo pragmático, o Estado estaria a transformar a pessoa em objeto¹⁸, violando a sua dignidade.

Figueiredo Dias nega por completo tal crítica afirmando que “para o funcionamento da sociedade, cada pessoa – embora só na medida indispensável – tem de prescindir de direitos que lhe assistem e lhe são conferidos em nome da sua eminente dignidade”.¹⁹

3. Doutrinas de prevenção geral e especial

As teorias relativas dividem-se em doutrinas de prevenção geral e doutrinas de prevenção especial, conforme o agente cuja prática de novos crimes se pretende evitar. Se se tratar do próprio agente, entramos no domínio da prevenção especial, se estivermos perante outros agentes sociais, em geral, entramos no domínio da prevenção geral.

Cada domínio (geral ou especial) tem ainda a sua vertente positiva e negativa, que se traduzem na atuação psíquica sobre a generalidade da comunidade ou sobre o agente, respetivamente, pretendendo afastá-la da prática de crimes.²⁰

¹⁶ Sem prejuízo de autores como Lourenço Martins ou José de Faria Costa, seguidores desta doutrina, com adaptações próprias, vide, Martins, 2010, pp. 139 e ss.

¹⁷ Patto, 2011.

¹⁸ Kant denota “O Homem não pode nunca ser utilizado meramente como meio para os propósitos de outro e ser confundido com os objetos do direito das coisas, contra o que o protege a sua personalidade inata”, *apud* Figueiredo Dias, 2019, nota de rodapé 14, p. 57.

¹⁹ *Idem*, p. 58.

²⁰ A prevenção da prática de crimes é feita através “da ameaça penal estatuída na lei, da realidade da sua aplicação e da efetividade da sua execução”, segundo Figueiredo Dias, 2019, p. 58.

3.1. Teorias da prevenção geral

A teoria da prevenção geral negativa olha para a pena como um meio de dissuasão dos cidadãos quanto à prática do crime. A Justiça faria do agente um “exemplo” para a sociedade, intimidando os cidadãos com a aplicação de uma pena pesada. Assim, o receio de que praticando o facto punível seriam punidos nos mesmos moldes que o agente, levaria à abstenção da prática do crime. Aqui, não está em causa a sanção em si, mas a intimidação²¹ dos potenciais delinquentes.

Surge, perante a presente teoria, a crítica do “terrorismo penal” que se traduz na aplicação de uma pena em medida desproporcional à culpa do agente em concreto. Esta teoria não vinca na sociedade atual, por si só, como fim legítimo das penas.

Não obstante, Américo Taipa de Carvalho²² entende que a pena também tem uma função de prevenção geral negativa ou de dissuasão. Acrescenta ainda, Maria da Conceição Cunha²³ que “O sentido negativo (...) tem sido questionado, mas parece-nos indissoluvelmente ligado à aplicação de uma pena, na medida em que esta implicará sempre algum tipo de sacrifício”. Considerando que a culpa agirá sempre como limite máximo da pena em Portugal, nunca cairíamos num “direito penal de terror”.

No que toca à teoria da prevenção geral positiva, o seu objetivo primordial é o reforço da confiança da generalidade dos cidadãos na validade da ordem jurídica. Como nos explica Pedro Vaz Patto, “a pena serve, pois, de interpelação social que chama a atenção para a relevância do bem jurídico atingido pela prática do crime” e ainda “a pena exerce uma função pedagógica, dirigida à interiorização dos bens jurídico-penais pela consciência jurídica comunitária”.²⁴

É utilizada a expressão “pacificação social” pois com a prática de um crime, a confiança que a sociedade tem na Justiça vai depender da ação ou inação do sistema penal. Quando o organismo judiciário aplica uma pena, esta serve para pacificar e restaurar a confiança que possa ter sido quebrada nos cidadãos, que esperam perante a prática de um crime, uma pena justa e adequada à culpa do agente.

No fundo, a sociedade sente-se segura quando é aplicada uma pena pois compreende que a lei é, efetivamente, cumprida. Como alude Günther Jakobs, a estabilização das expetativas comunitárias é imprescindível à vida em sociedade.²⁵

²¹ Destarte, a teoria de prevenção geral negativa é também conhecida por prevenção geral de intimidação. A mais conhecida formulação da teoria de prevenção geral negativa (doutrina da coação psicológica) ficou a dever-se a Paul Johann Anselm von Feuerbach. Feuerbach afirmava que um potencial criminoso ponderaria as vantagens (prazer) e desvantagens (desprazer) que decorreriam da prática do crime, determinando a sua atitude criminosa (atuar ou não atuar) a partir dessa ponderação. Se o potencial agente atribuir à pena um “desprazer” superior ao prazer, então abster-se-ia de praticar o crime. Neste sentido, Figueiredo Dias, 2019, p. 59.

²² Taipa de Carvalho, 2022, § 100, p. 77.

²³ Cunha, 2022, p. 29.

²⁴ Patto, 2011.

²⁵ Jakobs, 1995, p. 11.

3.2. Teorias da prevenção especial

As doutrinas de prevenção especial (ou individual) traduzem a ideia de que a pena é um instrumento de atuação psíquica sobre a pessoa do delinquente, com o intuito de evitar o cometimento de novos e futuros crimes.²⁶

Como nos explica Joaquim Sabino:²⁷

O meio profilático é diferente (em relação à teoria de prevenção geral), uma vez que a pena visa atuar não sobre os potenciais agressores, mas sobre o próprio delinquente de modo a não reincidir – seja por meio da intimidação ou mesmo neutralização (prevenção especial negativa), seja por meio da sua ressocialização (prevenção especial positiva).

Assim, podemos concluir que a prevenção especial negativa conta com duas finalidades, a intimidação do agente e a defesa social. Ali pretende-se afastar o agente da prática de um eventual crime através de uma severa sanção, do sofrimento experienciado por esta. Aqui visa-se retirar ao agente o espaço de liberdade onde ele possa cometer eventuais atos criminosos, ou seja, com a segregação de agentes perigosos é possível a proteção da sociedade.²⁸

No âmbito da prevenção especial positiva, persiste uma ideia de ressocialização ou reintegração social do agente. Esta seria alcançada através da criação de condições favoráveis, por intermédio de apoio social por exemplo, para que no futuro o agente não volte a praticar crimes de forma voluntária.²⁹

Figueiredo Dias³⁰ faz ainda referência ao extremo da prevenção especial positiva através do tratamento e da reforma moral. O autor expõe que há quem acredite no “*tratamento*” das tendências individuais que conduzem ao crime, como se o agente de um doente se tratasse;³¹ e, na “*reforma interior*” (ou moral) do agente “lograda através da sua adesão íntima aos valores que conformam a ordem jurídica”.

Em jeito de conclusão no que respeita às teorias de prevenção geral e especial, as penas criminais no ordenamento jurídico português têm como fundamento legitimador a prevenção do crime, na sua dupla dimensão (geral e especial).

Como o relator Ribeiro Martins, do processo 1452/09.9PCCBR,C1 do TRC,³² explana:

²⁶ Figueiredo Dias faz referência a Eser, *Resozialisierung in der Krise?* (Peters, 1974), afirmando que este utilizou a feliz expressão “prevenção da reincidência”, Figueiredo Dias, 2019, p. 62.

²⁷ Rogério, 2023, p. 44.

²⁸ Figueiredo Dias, 2019, p. 63.

²⁹ Idem, p. 65.

³⁰ Idem, p. 63.

³¹ Neste caso, o direito penal transformar-se-ia em medicina.

³² Do processo 1452/09.9PCCBR,C1, disponível online em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/543Fo4AD00E27392802576EF00385D4F>.

Pela prevenção geral (positiva) faz-se apelo à consciencialização geral da importância social do bem jurídico tutelado e pelo outro (negativa) no restabelecimento ou revigoramento da confiança da comunidade na efetiva tutela penal dos bens tutelados; pela prevenção especial pretende-se a ressocialização do delinquente (positiva) e a dissuasão da prática de futuros crimes (negativa).³³

Para Figueiredo Dias,³⁴ a pena e a medida de segurança³⁵ só têm natureza preventiva (nunca retributiva): geral, como meio de “proteção de bens jurídicos”, e especial, como meio de “reintegração do agente da sociedade”. A sua posição (cuja generalidade da doutrina segue) encontra fundamento positivo no artigo 40.º/1 CP “A aplicação de penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”.

4. Determinação da pena

A responsabilidade na determinação da pena é repartida entre o legislador e o juiz. Explica-nos Pedro Freitas³⁶ que, cabe ao legislador:

Estabelecer, dentro de um mínimo e de um máximo, as molduras penais abstractas aplicáveis a cada um dos tipos legais de ilícitos descritos na parte especial do Código Penal e na legislação avulsa, bem como os critérios de que os aplicadores da lei devem lançar mão para determinar concretamente a pena dentro daqueles limites.³⁷

Por sua vez, o juiz terá de respeitar as “balizas” impostas pelo legislador e fixar a pena concreta que deverá ser aplicada ao agente. Assim, o julgador terá de, em um primeiro momento, encontrar a moldura legal abstrata enquadrada ao caso concreto para, posteriormente, estabelecer a medida judicial da pena, fixando a pena concreta ajustada à conduta do agente.³⁸

4.1. Delimitação conceptual dos tipos de penas

Antes de mais, compete-nos referir que as penas previstas no CP são agrupáveis em três categorias: as penas principais, as penas acessórias e as penas de substituição.³⁹

Penas principais são “as que, encontrando-se expressamente previstas para sancionamento dos tipos de crime, podem ser fixadas pelo juiz na sentença

³³ O relator segue a teoria mista, retirando conceitos das duas teorias e unificando-os.

³⁴ Figueiredo Dias, 2019, pp. 89 e ss.

³⁵ Temática que, infelizmente, não abordaremos na presente dissertação. Não obstante, vide Antunes, 2022.

³⁶ Juntamente com o Exmo. Juiz Conselheiro Manuel José Carrilho de Simas Santos.

³⁷ Freitas & Simas Santos, 2019, p. 69.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Idem, p. 25.

independentemente de quaisquer outras”.⁴⁰ São penas principais a pena de multa e a pena de prisão.⁴¹

De acordo com Paulo Pinto de Albuquerque,⁴² a pena acessória pressupõe a fixação de uma pena principal (ou de substituição) à qual será aplicada em simultâneo. As penas acessórias encontram-se fixadas tanto na parte geral⁴³ como na parte especial⁴⁴ do CP.⁴⁵

São penas de substituição as aplicadas em vez de uma pena principal. Estas encontram-se previstas nos artigos 43.º a 60.º do CP. Tal temática será aprofundada adiante.

4.2. Fixação da pena criminal

Como vimos supra, de forma geral, o procedimento que conduz à fixação de uma pena comporta três operações distintas e contínuas⁴⁶: em um primeiro momento, a determinação da pena abstratamente aplicável (moldura penal), de seguida a determinação da medida concreta da pena (pena aplicada), e por fim a escolha da pena.⁴⁷⁴⁸

Neste âmbito, devemos ter em consideração, principalmente, os seguintes artigos do CP: 70.º e 71.º.⁴⁹

No que respeita ao artigo 71.º n.º 1, encontramos aqui um dos princípios fundamentais do direito penal (o princípio da culpa),⁵⁰ que desempenha o papel de limite máximo, inultrapassável, da pena a aplicar. Neste sentido Figueiredo Dias “não há pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa”.⁵¹

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Sem prejuízo da pena de dissolução aplicável às pessoas coletivas, que não estudaremos na presente dissertação.

⁴² Albuquerque, 2022, p. 380.

⁴³ Nomeadamente, nos arts. 66.º (“Proibição do exercício de função”) ou 69.º-B n.º 1 (“Proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual”).

⁴⁴ Como, por ex., nos n.ºs 4 e 6 do art. 152.º (“Proibição de contacto com a vítima, proibição de uso e porte de arma e obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica” e “Inibição do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela”).

⁴⁵ E ainda em leis extravagantes.

⁴⁶ Para Cross, 1975, pp. 6 ss., a expressão “sentencing” cobre a totalidade das atividades compreendidas na determinação judicial da pena, apud Rodrigues, 1995, p. 17.

⁴⁷ Antunes, 2013, pp. 69 ss.

⁴⁸ Não obstante a possibilidade de a escolha da pena surgir num primeiro momento quando nos encontramos perante um crime punível com pena de prisão ou multa (sublinhado nosso), cfr. Cunha, 2022, p. 132 e Antunes, 2022, p. 49.

⁴⁹ Sem prejuízo do estudo dos restantes artigos referentes à presente matéria, compreendidos entre os artigos 70.º e 82.º do CP.

⁵⁰ Verdadeiramente, o princípio da culpa encontra fundamento positivo no n.º 2 do art. 40.º do CP.

⁵¹ Figueiredo Dias, 2019, p. 94.

O artigo 70.º expõe a preferência pela pena não privativa da liberdade, em nome do princípio da mínima restrição de direitos.⁵² Somos assim remetidos, novamente, para as finalidades previstas no artigo 40.º CP.

Deste modo, Paulo Pinto de Albuquerque leciona:

Em princípio, o tribunal deve optar pela pena alternativa ou de substituição mais conforme com as necessidades de prevenção especial de socialização, salvo se as necessidades de prevenção geral (*rectius*, a defesa da ordem jurídica) impuserem a aplicação da pena de prisão.⁵³

É neste momento, em função da medida concreta da pena que se determinou aplicar ao agente, e das circunstâncias específicas do caso, que se decide pela aplicação de uma pena substitutiva, entre as legalmente admitidas no artigo 43.º e seguintes do CP. Segue-se, agora, a análise da problemática das penas de substituição.

⁵² Salientamos que, no ordenamento jurídico português, as sanções privativas da liberdade constituem a *ultima ratio* da política criminal. Neste sentido, Antunes, 2013, pp. 21-22 e ainda Cunha, 2022, p. 142.

⁵³ Albuquerque, 2022, p. 400.

Capítulo II: Suspensão da execução da pena de prisão

1. Penas de substituição

Como supramencionado, após a determinação da pena concreta (a pena principal), surge a necessidade de verificação da possível aplicação de uma pena de substituição. Historicamente, este tema reconduz-se ao movimento de luta contra a pena de prisão de curta duração. Acrescenta Maria João Antunes “De luta contra os efeitos criminógenos que foram sendo apontados a essa “instituição total”, fruto do enraizamento de uma subcultura prisional e da inevitável desinserção familiar, social e profissional do condenado”.⁵⁴

Diz-nos André Lamas Leite: “Os séculos XVIII e XIX são considerados o apogeu da pena privativa de liberdade, em especial em virtude do fim das penas corporais. Na verdade, ela era encarada como a sanção por excelência do ordenamento jurídico-criminal”.⁵⁵ Ora, surge contra este fenómeno da encarceração, em 1864, “Boneville de Marsangy que propunha um vasto programa político-criminal, do qual uma das peças essenciais era a da redução do âmbito de aplicação da pena de prisão”.⁵⁶

Em Portugal, a parte introdutória do CP de 1982⁵⁷ tornou-se o marco decisivo da luta contra a pena de prisão de curta e média duração. Relembremos, ainda, que no nosso ordenamento jurídico, vigora o princípio da preferência das penas não privativas da liberdade, atuando as penas detentivas como *ultima ratio*.

Com a Lei n.º 59/2007, o CP passa a prever novas penas de substituição e alarga o âmbito de aplicação das já existentes⁵⁸. Assim, podemos agrupar as penas de substituição em duas categorias⁵⁹: as penas de substituição em sentido próprio e a pena de admoestação.

As penas de substituição em sentido próprio devem responder a um duplo requisito: terem carácter não institucional ou não detentivo (traduzindo-se no

⁵⁴ Antunes, 2022, p. 37.

⁵⁵ Lamas Leite, 2019, p. 174.

⁵⁶ Marsangy, p. 263 ss. *apud* Figueiredo Dias, 1993, § 491, p. 327.

⁵⁷ “O Código traça um sistema punitivo que arranca do pensamento fundamental de que as penas devem sempre ser executadas com um sentido pedagógico e ressocializador. Simplesmente, a concretização daquele objectivo parece comprometida pela existência da própria prisão. Daí todo o conjunto de medidas não institucionais que já foram mencionadas noutro contexto”, encontrado na nota 7 do diploma.

⁵⁸ Nomeadamente nos artigos 43.º n.º 3, 45.º, 46.º, 50.º, 58.º e 60.º do CP.

⁵⁹ Até 2017 (ou, melhor dizendo, até à entrada em vigor da Lei n.º 94/2017), vigorava uma terceira categoria de penas de substituição, as detentivas. Estas traduziam-se na prisão por dias livres, no regime de permanência na habitação e no regime de semidetenção. Visto que duas, das três penas de substituição, eram cumpridas “intramuros” (expressão de Figueiredo Dias, 1993, p. 335), esta categoria acabou por ser eliminada, respondendo aos propósitos político-criminais do movimento de luta contra a pena curta de prisão. Cfr. Antunes, 2022, p. 40.

cumprimento em liberdade) e pressuporem a prévia determinação da medida da pena de prisão (para posteriormente a substituírem).⁶⁰

A admoestação encontra-se prevista no artigo 60.º do CP e traduz uma pena de substituição da pena principal de multa⁶¹, consistindo numa “solene censura oral feita ao agente, em audiência, pelo tribunal”⁶². Esta pena “não pressupõe o requisito da determinação prévia da medida concreta da pena de prisão, mas sim o da determinação prévia da medida concreta da pena de multa”.⁶³

Após esta brevíssima ilustração categórica das penas substitutivas, passaremos agora à análise da pena de substituição em foco na presente dissertação: a suspensão da execução da pena de prisão.

2. Suspensão da execução da pena de prisão

Podemos encontrar a figura da suspensão da execução da pena de prisão no artigo 50.º do CP que evidencia o seguinte: “a simples censura do facto e a ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

Para Figueiredo Dias, a pena de suspensão da execução da prisão constitui a mais importante pena de substituição.⁶⁴ O autor fundamenta a sua opinião no facto de esta possuir o mais largo âmbito de aplicação, podendo ser aplicada em substituição de qualquer pena não superior a 5 anos⁶⁵ e por ser aquela que os tribunais portugueses aplicam com maior frequência.⁶⁶

Sucedem-nos, agora, antecedendo uma análise mais profunda, um breve olhar sobre o percurso histórico-evolutivo da “pena suspensa”.

2.1. *Sursis*

A figura, apesar de concebida pelo projeto de Código Penal Francês do senador Béranger em 1884, como *sursis*, mereceu implementação legal primeiramente na Bélgica, em 1888, e só de seguida em França, em 1891.

⁶⁰ Figueiredo Dias, 1993, p. 335.

⁶¹ Explica-nos Maria da Conceição Cunha que “na versão original do CP, esta pena também podia substituir a pena de prisão, tendo passado a substituir unicamente as penas de multa, a partir da revisão de 1995” em Cunha, p. 214.

⁶² Cfr. o art. 60.º n.º 4 do CP.

⁶³ Antunes, 2022, p. 39.

⁶⁴ Figueiredo Dias, 1993, p. 337.

⁶⁵ Cfr. o artigo 50.º n.º 1 do CP.

⁶⁶ Figueiredo Dias comunica na sua nota de rodapé 31 (Figueiredo Dias, 1993, p. 338) que no ano de 1991, a suspensão da execução da pena de prisão foi aplicada em cerca de 25% das condenações. Ora, o mesmo aconteceu em 2021 (a pena suspensa foi aplicada em exatamente 25,3% das condenações em pena de prisão), de acordo com as Estatísticas de Justiça, disponível online em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/Panorama%20Justiça%20Penal%202021.pdf#search=suspensão%20da%20execução%20da%20pena%20de%20prisão>.

O fundamento deste sistema “franco-belga” centrava-se na ideia de que, no âmbito da pequena criminalidade, e consequentemente na aplicação de penas de curta duração, a mera ameaça de prisão poderia ser suficiente para que o agente (no caso de delinquentes primários) se inibisse de cometer um novo crime.⁶⁷ Na eventualidade de aplicação desta figura, a execução da pena ficaria suspensa durante um certo período de tempo, durante o qual, se o agente cometesse um novo crime, passaria a cumprir, em acumulação material, a pena suspensa e aquela que surgiria da condenação pela última prática criminosa. Se, contrariamente, o agente não praticasse um outro crime, a pena considerava-se extinta sem o malefício de enfrentar o ambiente criminógeno da prisão.⁶⁸

A *sursis* surge pela primeira vez em Portugal em 1893, através da Lei de 6 de julho de 1893 que nos seus artigos 8.º a 11.º instituiu a suspensão de pena e a liberdade condicional. Tal como as finalidades em vista no sistema franco-belga, o que se pretendia, principalmente, era a criação de alternativas à pena de prisão de curta duração uma vez que esta não conseguia cumprir o objetivo de reeducação do agente, e a prevenção do contágio criminógeno intramuros.

2.2. Probation

John Augustus, conhecido por “*father of probation*” implementou o antecedente histórico anglo-americano da *probation*, em 1841, ao agir como *probation officer* em centenas de casos em Boston, no Estado de Massachussets.⁶⁹

O ponto-chave deste instituto é então a existência de *probation officers*, que consistiam em funcionários, independentes das instituições prisionais, a quem cabia a supervisão pessoal do delinquente.⁷⁰

No instituto da *probation*, juntar-se-ia ao efeito intimidativo da ameaça de prisão a imposição de um conjunto de deveres e regras de conduta. Pretendia-se, desta forma, a reparação dos danos originados pelo crime cometido e ainda a socialização do agente, promovendo-se o seu acompanhamento e vigilância pelos profissionais especializados.

Através da junção de elementos da *sursis* franco-belga tradicional com características da *probation* anglo-americana, surgiu o que correntemente designamos como “modelo continental da suspensão da pena para prova”,⁷¹ passível de ser aplicado a um grupo muito mais abrangente de casos.

⁶⁷ Figueiredo Dias, 1993, p. 338.

⁶⁸ Explica-nos André Lamas Leite que “o ambiente prisional pode tornar o agente do crime menos apto a readaptar-se à liberdade, por ter «desaprendido» alguns mecanismos básicos” (Lamas Leite, 2019, p. 214).

⁶⁹ Neste sentido, John Augustus, 1852.

⁷⁰ Figueiredo Dias, 1993, p. 339.

⁷¹ Expressão utilizada por Figueiredo Dias, 1993, p. 339.

3. Regime jurídico da suspensão da execução da pena de prisão

Hoje presente no nosso CP nos seus arts. 50.º a 57.º, e CPP nos seus arts. 492.º a 495.º, a suspensão da execução da pena de prisão trata-se de um verdadeiro poder-dever do julgador.⁷²

Não obstante, este poder vinculado do julgador não se traduz em uma substituição automática da pena de prisão em “pena suspensa”.⁷³ Existem pressupostos segundo os quais o tribunal tem de atuar.

O pressuposto formal de aplicação desta figura consiste na condenação prévia do agente em pena de prisão não superior a 5 anos⁷⁴ e o pressuposto material na “adequação da mera censura do facto e da ameaça da prisão às necessidades preventivas do caso, sejam eles de prevenção geral, sejam de prevenção especial”.⁷⁵⁻⁷⁶

Ainda sobre o pressuposto material, o Tribunal deve formar uma convicção positiva de que a censura expressa na condenação e ameaça é suficiente para afastar o agente da prática de um novo crime.

Neste juízo de prognose, deve ser tido em conta a personalidade do agente (a sua inteligência), as suas condições de vida (falamos aqui de inserção social, profissional e familiar), a sua conduta anterior (especialmente relevante a ausência, ou não, de antecedentes criminais) e posterior ao crime (demonstração de arrependimento, reparação de danos ou prática de atos que obstem ao futuro cometimento de novo crime) e às circunstâncias do próprio crime. Devemos estar perante considerações de prevenção e nunca de culpa.⁷⁷

Esclarece-nos Figueiredo Dias:

O Tribunal (...) terá sempre de fundamentar especificamente quer a concessão, quer a denegação da suspensão, nomeadamente no que toca ao carácter favorável ou desfavorável da prognose e (eventualmente) às exigências de defesa do ordenamento jurídico.⁷⁸

⁷² Muitas dúvidas existiam relativamente ao carácter facultativo de aplicação deste instituto por parte do julgador, em virtude da letra da lei aquando do código penal português de 1983. Neste, o art. 48.º n.º 1 previa “O tribunal pode suspender a execução da pena de prisão não superior a 3 anos” (sublinhado nosso), o que levou a crer-se tratar de uma verdadeira faculdade e não dever do julgador. Neste sentido, Figueiredo Dias explica que o próprio n.º 2 impõe a suspensão, com o trecho “a suspensão será decretada se” (sublinhado nosso).

⁷³ Apesar de o artigo 70.º não fazer referência expressa à necessidade de fundamentação de escolha, esta nunca poderá ser preterida, sob pena de omissão de pronúncia (para Paulo Pinto Albuquerque) ou erro de direito (para Figueiredo Dias). Tal exigência para além de se encontrar prevista na CRP e no CPP, é mencionada pelo próprio n.º 4 do art. 50.º do CP.

⁷⁴ Cfr. o artigo 50.º n.º 1 do CP.

⁷⁵ Cfr. o artigo 50.º n.º 1 do CP.

⁷⁶ Albuquerque, 2022, p. 340.

⁷⁷ Figueiredo Dias, 1993, p. 344 e ainda Cunha, 2022, p. 226, que nos diz que o grau de culpa já desempenhou o seu papel na determinação da pena concreta.

⁷⁸ Figueiredo Dias, 1993, p. 345.

Todavia, existindo razões sérias para duvidar da capacidade do agente de não repetir novos crimes, deve o juízo de prognose ser desfavorável e a suspensão negada.⁷⁹ O que deve fundamentar esta negação da suspensão são considerações de prevenção geral que se traduzem no núcleo de exigências mínimas e irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico.⁸⁰

Analisaremos, sucintamente, as modalidades e os efeitos do cumprimento e não cumprimento das condições da pena suspensa, seguindo o pensamento de Maria da Conceição Cunha.⁸¹

3.1. Modalidades e efeitos do cumprimento ou incumprimento da pena suspensa

Adotando a classificação de Maria da Conceição Cunha, a pena suspensa pode ser simples, aplicada com deveres e/ou regras de conduta ou aplicada com regime de prova.

É certo que a pena suspensa simples, que importa apenas a ameaça de prisão, limitando-se o tribunal a verificar os pressupostos legais da medida e a fixar o período de suspensão, deverá ser aplicada a casos menos graves.

Quanto à pena suspensa com deveres e/ou regras de conduta, estes podem ser aplicados isolada ou cumulativamente⁸². Explica-nos a Relatora Maria Luísa Arantes, do processo 694/10.9GBFLG.G1 do TRG,⁸³ que “os deveres são obrigações destinadas, em primeira linha, a “reparar” o mal do crime, enquanto as regras de conduta têm por finalidade facilitar a reintegração do arguido na sociedade”. Os deveres encontram-se previstos, exemplificativamente, no art. 51.º e as regras de conduta, da mesma forma, no artigo seguinte.

É no art. 53.º que se encontra definida a pena suspensa com regime de prova e que se impõe um maior acompanhamento do condenado. Este acompanhamento “obedece exclusivamente a um juízo de adequação às necessidades de prevenção especial de socialização”.⁸⁴ Aqui, a principal particularidade reside na elaboração de um plano individual de reinserção social que será executado com vigilância e apoio dos serviços de reinserção social.⁸⁵ O plano de reinserção social, previsto no art. 54.º do CP, consiste na

⁷⁹ Idem, p. 344.

⁸⁰ Cunha, 2022, p. 228, a autora expõe que face a crimes muito graves, “poderá ser necessário, para se alcançar um mínimo de paz social, impor um certo tempo de prisão efetiva”.

⁸¹ Idem, pp. 229 e ss.

⁸² Cfr. o n.º 3 do art. 50.º.

⁸³ Ac. de 17.09.2012, disponível online em: <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/733B24EE3B5CE32F80257A86002DE2D7>.

⁸⁴ Albuquerque, 2022, p. 349.

⁸⁵ Cfr. o n.º 2 do art. 53.º.

exposição de objetivos de ressocialização, das atividades a desenvolver (e o seu faseamento) e ainda as medidas de vigilância e apoio a adotar.⁸⁶

Maria da Conceição Cunha salienta que o regime de prova é obrigatório quando o agente tenha sido condenado por crimes sexuais contra menores⁸⁷ e a imposição de deveres e/ou regras de conduta é também obrigatória quanto aos crimes de violência doméstica. Abrimos assim a porta à aplicação deste regime a crimes igualmente graves.

No tocante aos desfechos do cumprimento ou incumprimento da pena de substituição aplicada, nos termos do n.º 1 do art. 57.º, se o condenado, durante o período da suspensão, não cometer nenhum crime, cumprir com os deveres ou regras de conduta impostos e não existirem motivos para a revogação da suspensão, chegado o termo da mesma, a pena é declarada extinta pelo tribunal que inicialmente proferiu a pena de substituição.

Pelo contrário e na eventualidade do condenado cometer um crime, deixar de cumprir qualquer dos deveres ou regras de conduta impostos ou não corresponder ao plano de reinserção, de forma voluntária e culposa, surgirão as consequências que “poderão ir de uma solene advertência à revogação da pena suspensa”.⁸⁸ Estas consequências encontram-se elencadas, por ordem crescente de gravidade, no art. 55.º.

Pode, assim, na falta de cumprimento das condições da suspensão, o tribunal impor uma ou mais condições adicionais ao condenado, tendo sempre, e exclusivamente, em vista as finalidades preventivas.⁸⁹

Alvo de grande discussão doutrinal, a prorrogação do período da suspensão não pode ser inferior a um ano nem superior a metade do prazo inicial, nunca ultrapassando o limite máximo de 5 anos. Maria da Conceição Cunha⁹⁰ admite que não se possa ultrapassar o limite dos 5 anos tendo em conta o propósito ressocializador das penas, mas não compreende a proibição de se prorrogar o período de suspensão por menos de um ano.

Chegamos, finalmente, à consequência elencada mais grave, a revogação da suspensão que implica o cumprimento da pena de prisão efetiva previamente determinada.⁹¹ A suspensão será revogada se o condenado, no seu decurso, preencher um dos três fundamentos da mesma: (i) infringir grosseiramente os deveres, as regras de conduta ou o plano de reinserção social; (ii) infringir repetidamente os deveres, as

⁸⁶ Cunha, 2022, p. 231.

⁸⁷ Cfr. o n.º 4 do art. 53.º.

⁸⁸ Cunha, 2022, p. 237.

⁸⁹ Albuquerque, 2022, p. 351.

⁹⁰ Cunha, 2022, p. 238.

⁹¹ Prevista no art. 56.º do CP.

regras de conduta ou o plano de reinserção social; (iii) ser condenado por um crime, revelando que as finalidades preventivas não puderam ser alcançadas.⁹²

Segundo Paulo Pinto de Albuquerque,⁹³

O tribunal deve ponderar se as finalidades preventivas que sustentaram a decisão de suspensão ainda podem ser alcançadas com a manutenção da mesma ou estão irremediavelmente prejudicadas em virtude da conduta posterior do condenado.

⁹² Sublinhados nossos.

⁹³ Albuquerque, 2022, p. 354.

Capítulo III: Crimes contra a liberdade sexual

É agora chegado o momento de olharmos para os “crimes sexuais” contra adultos, ficando fora do presente objeto de estudo os crimes contra menores que, devido às suas múltiplas particularidades, são merecedores de um estudo próprio.

Não obstante as profundas alterações, não apenas no contexto legislativo como social, acreditamos na permanência de mitos e estereótipos que se encontram profundamente enraizados na sociedade atual. Ainda assim, podemos concluir que os crimes contra a liberdade sexual são, a seguir aos crimes contra a vida, a forma mais grave de crime punida pelo nosso CP, não só pelo bem jurídico que tutelam, como a própria moldura penal assim o confirma.

Analisaremos, de seguida, o enquadramento e a evolução político-legislativa dos crimes contra a liberdade sexual,⁹⁴ concentrando o nosso estudo apenas no seu núcleo (presente nos artigos 163.º e 164.º), e na discussão à volta do bem jurídico protegido.

1. Distinção e enquadramento geral

É no Capítulo V (do Título I do Livro II) do nosso CP que se encontram localizados os crimes sexuais, capítulo este que é composto por duas secções:⁹⁵ a primeira “Crimes contra a liberdade sexual” (que compreende os artigos 163.º a 170.º) e a segunda “Crimes contra a autodeterminação sexual” (dos artigos 171.º a 176.º).

Não significa esta divisão que o bem jurídico protegido pela primeira secção se refere, exclusivamente, à liberdade sexual e na segunda, meramente, à autodeterminação sexual, visto que não é possível traçar, de forma objetiva, a fronteira entre os dois.⁹⁶ A diferença não se concentra no bem jurídico protegido, que podemos apontar geralmente para a esfera sexual da pessoa, mas na idade da vítima do crime cometido.

De forma simplificada, os crimes da primeira secção podem ser cometidos tanto contra adultos como contra menores (sendo que existem agravantes para o caso de a vítima ser menor) enquanto os crimes da segunda secção são cometidos exclusivamente contra menores.

Assim, esclarece Paulo Pinto de Albuquerque⁹⁷ que os crimes contra a liberdade sexual (e/ou autodeterminação sexual) são cometidos contra adultos ou menores sem o seu consentimento.⁹⁸ Já no âmbito dos crimes contra a autodeterminação sexual, a

⁹⁴ “Liberdade sexual”, elucida Fernando João Ferreira Ramos, compreende duas vertentes, uma positiva e uma negativa. Para este Procurador-Geral-Adjunto, a liberdade sexual não se traduz na “mera livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais”, mas também no “direito de cada um a não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade”, em Ramos, 1993, p. 54.

⁹⁵ *Rectius*, o capítulo V contém ainda uma terceira e última secção denominada “disposições comuns”, aplicáveis a ambas as secções anteriores.

⁹⁶ Figueiredo Dias, 2012, p. 711.

⁹⁷ Albuquerque, 2022, p. 717.

⁹⁸ Sublinhado nosso.

particularidade reside no facto de as vítimas serem menores e o cerne do ilícito encontra-se na violação do livre desenvolvimento da personalidade do menor, na sua esfera sexual.

Destarte, em relação aos menores também valem, subsidiariamente, os crimes definidos na secção anterior, desde que não sejam afastados pela especialização da secção II.

2. Evolução político-criminal e legislativa dos arts. 163.º e 164.º CP

Nas palavras de José Mouraz Lopes,⁹⁹ “Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual vai a distância não só de um século, mas, sobretudo, o percurso da compreensibilidade da importância da sexualidade na vida social”.

A revisão do CP de 1995, merecedora do título de revolucionária, traz consigo profundas alterações legislativas aos crimes sexuais que, abandonando a categoria de crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social (inseridos no título III – “crimes contra valores e interesses da vida em sociedade” – do CP de 1982)¹⁰⁰, passaram a enquadrar-se na categoria dos crimes contra as pessoas.

Como nos diz Figueiredo Dias,¹⁰¹ durante a comissão de revisão do CP de 1989-1991, “Agora estamos perante a proteção da liberdade sexual das pessoas e já não de um interesse da comunidade”.

Analisaremos, de seguida, a evolução dos arts. 163.º e 164.º do CP.

2.1. Art. 163.º CP

Encontramos, no art. 163.º do CP, o crime de coação sexual que consiste no constrangimento de outra pessoa a sofrer ou praticar ato sexual de relevo.¹⁰²

Cabe-nos tentar explicar, preliminarmente, o conceito de “ato sexual de relevo”.

2.1.1. Ato sexual de relevo (e as suas variações)

“Ato sexual de relevo” traduz um conceito indeterminado, alvo de uma grande discussão doutrinal sobre o que compreende ou pode compreender. Como a relatora Maria Dolores da Sousa e Silva, do processo 116/19.OJA AVR.P1 do Tribunal da Relação de Porto, explica:

⁹⁹ Lopes, 2023, p. 25.

¹⁰⁰ Cfr. Natscheradetz, 1985, p. 9.

¹⁰¹ Figueiredo Dias, 1993, p. 246.

¹⁰² Albuquerque, 2022, p. 724.

São atos sexuais de relevo os que constituem uma ofensa séria e grave à intimidade do sujeito passivo e invadem de maneira objetivamente significativa aquilo que constitui a reserva pessoal, o património íntimo que no domínio da sexualidade é apanágio de todo o ser humano.

São alguns exemplos de atos sexuais de relevo os seguintes: cópula vulvar; beijo lingual; passar as mãos nas coxas, seios ou órgãos sexuais; todas as formas de manipulação, com ou sem ejaculação, entre várias outras.¹⁰³ Acrescenta Figueiredo Dias¹⁰⁴ que, apesar de, geralmente, existir uma motivação sexual, a mesma não é exigida para a consumação do crime, basta apenas a “susceptibilidade de ser reconhecido por um observador como possuindo conotação sexual”.

Não podemos deixar de citar, concordantemente, Paulo Pinto de Albuquerque perante questões que possam surgir sobre a gravidade necessária que, um toque ou uma passagem das mãos no corpo da vítima, precisa de ter para ser considerado um ato sexual de relevo. Ora, diz-nos o autor o seguinte:

O toque no sexo e os demais atos referidos por Figueiredo Dias,¹⁰⁵ não são seguramente mínima.¹⁰⁶ Pelo contrário, estes atos afetam gravemente a liberdade sexual da vítima, que é transformada em objeto do prazer do agente, como se de uma coisa se tratasse e de que ele pudesse dispor desde que esses atos fossem em “pequena quantidade”, ou “ocasionais” ou “instantâneos”. A vítima não tem de ser objeto do “mau gosto” ou “despudor” do agente”.¹⁰⁷

Para terminar este curtíssimo subcapítulo, devemos fazer uma referência à distinção que o autor mencionado utiliza quanto aos atos sexuais de relevo. Ora, na ótica de Albuquerque, a lei penal compreende atos sexuais de relevo simples, atos sexuais de especial relevo, atos de contacto sexual e atos de exibicionismo.¹⁰⁸

Serão atos sexuais de relevo (simples) os atos sexuais com gravidade objetiva, conforme os exemplos fornecidos supra. Quanto aos atos sexuais de especial relevo, estes comportam, habitualmente, um ato de introdução, portanto, a cópula, o coito anal, a penetração vaginal com objetos, entre outros.

Atos exibicionistas consistem em ações com conotação sexual realizadas diante da¹⁰⁹ vítima, que suscitem o receio fundado da prática subsequente de um ato sexual.¹¹⁰

¹⁰³ Para uma lista mais completa, Lopes, 2023, p. 67, ponto 3.3.

¹⁰⁴ Figueiredo Dias, 2012, p. 719.

¹⁰⁵ [“um simples beijo ou a sua tentativa, ou um simples toque nas pernas, nos seios ou nas nádegas de outrem, ou mesmo no sexo não integrarão em princípio o conceito típico de ato sexual de relevo” por não se revelarem idóneos a violar o bem jurídico, da liberdade e autodeterminação sexual, de maneira suficientemente importante] em idem, p. 720.

¹⁰⁶ Sublinhado nosso.

¹⁰⁷ Albuquerque, 2022, p. 725.

¹⁰⁸ Idem, p. 719.

¹⁰⁹ Sublinhado nosso.

¹¹⁰ Idem, p. 757.

Por último, atos de contacto sexual, consistem em ações com conotação sexual realizadas na¹¹¹ vítima, como o toque na nuca, no pescoço, nos braços ou outras partes não erógenas do corpo. O autor vai mais além ao incluir a aproximação física do corpo do agente ao da vítima de modo a que quase se toquem.¹¹²

Relativamente à evolução do artigo em causa, em 1995, a coação sexual era considerada o crime “matriz” no âmbito dos crimes sexuais. Previsto, também então, no art. 163, este declarava:

“Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

Foi em 1998, através da Lei n.º 65/98, que se criminalizou o crime de “assédio sexual” com a criação do seu n.º 2.¹¹³ Com a reforma de 2007,¹¹⁴ surgiram duas novas modificações: por um lado, foi alargado o âmbito do n.º 2 (respeitando o assédio sexual), retirando-se a referência ao meio de constrangimento utilizado, e por outro, foi criada uma nova incriminação onde o agente se aproveitava do temor causado na vítima para praticar atos sexuais de relevo.

Com a Lei n.º 83/2015, deixou de se exigir que o constrangimento seja através de meios tipificados e agravou ainda a moldura penal do então n.º 2. Referimos “do então n.º 2” pois em 2019 é trocada a ordem dos primeiros dois números do artigo e acrescentada, no n.º 3 uma definição de constrangimento através do conceito de “vontade cognoscível”, deixando cair o que a Convenção de Istambul¹¹⁵ pretendia, com o conceito do “não consentimento”, temática que, infelizmente, não abordaremos.¹¹⁶

Como nos explica José Mouraz Lopes, “É através do apuramento da sua vontade íntima cognoscível, para o agente, que será possível apreender se este praticou o ato de constrangimento”.

Antes de avançarmos para a análise do próximo tipo legal, devemos fazer menção à Lei n.º 45/2023 que reforçou a proteção das vítimas de crimes contra a liberdade sexual ao retroceder na eliminação do conceito de “sofrer” o ato sexual, voltando a incluí-lo no seu texto.¹¹⁷

¹¹¹ Sublinhado nosso.

¹¹² Cfr. idem, p. 759, mas excluindo a aproximação das costas do agente às costas da vítima.

¹¹³ O n.º 2 continha o seguinte: “Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos”.

¹¹⁴ Pela Lei n.º 59/2007.

¹¹⁵ A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, foi aprovada pela Resolução da AR n.º 4/2013 de 21 de janeiro, entrando em vigor no nosso país a 1 de agosto de 2014.

¹¹⁶ Cfr. o art. 36.º da CI.

¹¹⁷ Tanto no art. 163.º como 164.º.

2.2. Art. 164.º CP

O crime de violação, até 1998,¹¹⁸ tutelava apenas a dimensão específica da cópula com mulher virgem ou casada, nas palavras de Figueiredo Dias¹¹⁹, “Daí que o crime de violação fosse tradicionalmente construído como constrangimento da mulher, através de certos meios típicos, à cópula extra-matrimonial”.

Acrescenta-nos Maria da Conceição Cunha¹²⁰: “este [crime] deixou de ser perspetivado como a relação de cópula, extra-conjugal, com mulher honesta,¹²¹ para, progressivamente, ir abrangendo quer as relações intra quer extra-conjugais, (...) deixando também de fazer aceção do sexo”.

Antes de mais, “cópula” exige uma relação heterossexual. Este ato traduz a introdução do órgão sexual masculino no órgão sexual feminino¹²², em outras palavras, pressupõe sempre a intervenção de um homem e de uma mulher,¹²³ daí a importância das seguintes alterações legislativas que foram equiparando a este ato sexual, vários outros.

Assim, foi com a reforma de 1998¹²⁴ que o legislador equiparou à cópula, o coito anal e o oral,¹²⁵ e eliminou a referência ao sexo feminino da vítima. Assim, tanto o sujeito passivo como o ativo do crime de violação podia ser mulher ou homem, alteração que “modificou radicalmente todo o *status quo* vigente no domínio dos crimes sexuais”.¹²⁶

Em 2007,¹²⁷ sucedeu-se um novo alargamento do conceito de “introdução”, equiparando-se à penetração vaginal, bucal ou anal, a introdução de objetos e partes do corpo.

Através da Lei n.º 83/2015, o constrangimento deixa de ter meios tipificados de atuação e agrava-se, substancialmente, a moldura abstrata da pena de prisão para 1 a 6 anos (anteriormente, punia-se apenas até 3 anos).

¹¹⁸ Previsto no DL n.º 48/95, o art. 164.º ditava: “1 - Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, ou, ainda, pelos mesmos meios, a constranger a tê-la com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos. | 2 - Com a mesma pena é punido quem, nos termos previstos no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro”.

¹¹⁹ Figueiredo Dias, 2012, p. 743.

¹²⁰ Cunha, 2021, pp. 16 e 17.

¹²¹ Sublinhado nosso.

¹²² Com ou sem *emissio seminis* (ejaculação, cfr. o acórdão de jurisprudência do STJ n.º 5/2003.

¹²³ Lopes, 2023, p. 93.

¹²⁴ Pela Lei n.º 65/98.

¹²⁵ Solução importada pela doutrina “*toute pénétration*” do Direito Penal Francês de 1994 que traduzia o seguinte: “é violação todo o ato de penetração sexual, de qualquer natureza que seja cometido sobre pessoa por outrem por violência, constrangimento, ameaça ou surpresa”, cfr. Lopes, 2023, p. 89.

¹²⁶ Lopes, 2023, p. 90.

¹²⁷ Através da Lei n.º 59/2007.

Foi em 2019,¹²⁸ adicionado um novo n.º ao art. 164.º do CP. O n.º 3 traz, então, à colação o conceito de “vontade cognoscível” da vítima, deixando cair as propostas apresentadas pelos partidos políticos BE, PS e PAN a favor do conceito elaborado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

Atualmente, o crime de violação engloba a prática de atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos. As partes do corpo podem ser dedos das mãos ou dos pés, a língua, o nariz, entre vários outros. Relativamente aos objetos, estes podem encontrar-se em estado sólido, como vibradores, paus ou próteses, ou em estado líquido, como o sémen ou a urina.¹²⁹

O método de execução do crime de violação no seu n.º 1 é livre, podendo ser cometido por qualquer meio não compreendido no n.º 2 onde, por outro lado, o método é vinculado. No n.º 2, a violação tem de ser cometida por meio de “violência, ameaça grave ou ato que coloque a vítima em estado de inconsciência ou impossibilidade de resistir”.¹³⁰

2.3. Distinção do objeto dos arts. 163.º e 164.º do CP e concurso de crimes

O crime de coação sexual apenas diverge do crime de violação no que diz respeito aos atos sexuais em si. Onde, no crime de coação sexual, é bastante o ato sexual de relevo simples, no crime de violação, é exigido o ato sexual de especial relevo (uma introdução).

Seguindo os estudos de Paulo Pinto de Albuquerque,¹³¹ os crimes suprarreferidos estarão numa relação de concurso aparente de especialidade quando cometidos na mesma ocasião contra a mesma vítima. Tal decorre do facto de que os atos sexuais mais graves (da violação) integram os atos sexuais menos grave (da coação sexual).

3. Projeto de Lei n.º 1147/XIII/4.^a

O presente projeto respeitante à sujeição a regime de prova aquando da suspensão da execução da pena de prisão em processos por crime de violência doméstica traduz-se numa mais-valia para as vítimas não só do crime indicado, como pode, ainda, servir de base para as vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

O grupo parlamentar (PSD) que o propôs, requer a alteração dos arts. 53.º e 54.º do CP,¹³² passando o primeiro a ter a seguinte redação:

¹²⁸ Através da Lei n.º 101/2019.

¹²⁹ Exemplos retirados das obras de Albuquerque, 2022, pp. 735 e 736, e Lopes, 2023, pp. 95 ss.

¹³⁰ Albuquerque, 2022, p. 736.

¹³¹ Idem, pp. 730 ss.

¹³² Sem prejuízo da alteração do art. 152.º que eleva em um ano o limite máximo da penalidade.

3 – O regime de prova é ordenado sempre que: **a) O condenado não tiver ainda completado, ao tempo do crime, 21 anos de idade; ou; b) A pena de prisão cuja execução for suspensa tiver sido aplicada em medida superior a três anos; ou c) A suspensão da execução da pena de prisão tiver sido aplicada em processos por crime de violência doméstica ou por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.**

O art. 54.º alteraria o seu n.º 4 expondo:

Nos casos previstos **na alínea c) do n.º 3** do artigo anterior, o regime de prova deve visar em particular a prevenção da reincidência, devendo para o efeito incluir sempre o acompanhamento técnico do condenado que se mostre necessário, designadamente através da frequência de programas de **reabilitação para agressores sexuais, de programas específicos de prevenção violência doméstica e de reforço da parentalidade.**

Desta forma, retiraria a especialidade dos programas de reabilitação para agressores sexuais de crianças e jovens, enquadrando assim o agressor sexual comum.

Tal proposta vai de encontro a uma outra, provinda do PAN (Projeto de Lei n.º 1191/XIII/4.^a), que pretende exatamente alargar o âmbito de previsão subjetiva desta norma, abarcando os agressores sexuais *tout court*.

Capítulo IV: Prática judiciária em Portugal

Começaremos este último capítulo da nossa dissertação atacando certos mitos e estereótipos dos crimes sexuais de maneira a facilitar a sua identificação na análise dos acórdãos que escolhemos.

Como referido nas considerações introdutórias, trazemos à colação dois casos que se tornaram mediáticos e dois casos que pouca ou nenhuma atenção mediática tiveram. Cabe-nos, no entanto, esclarecer que se afigura extremamente difícil proceder a um estudo aprofundado sobre a jurisprudência, durante o período de dissertação, sendo que apenas um reduzidíssimo número de acórdãos proferidos é tornado público.¹³³

No final, faremos, humildemente, algumas sugestões de alteração à lei portuguesa, abarcando a adoção do modelo do não consentimento, a obrigatoriedade de aplicação de medidas de conduta e deveres aquando da suspensão de pena tal como acontece no âmbito da violência doméstica, a maior atenção conferida às declarações da vítima e o possível aumento dos limites das penas.

1. Mitos e estereótipos dos crimes sexuais

Damos assim início a este subcapítulo citando Maria Clara Sottomayor:

Tratar a questão penal feminina significa reconhecer que as mulheres são as vítimas, por excelência, de crimes sexuais praticados maioritariamente por homens, e que o sistema penal não está preparado para lidar com esta vitimação, contribuindo para prolongar o silenciamento das vítimas, na medida em que adota, na aplicação do direito, a perspetiva masculina.¹³⁴

Efetivamente, e de acordo com o Relatório Anual de Estatísticas de 2022 por parte da APAV, 77,7% das vítimas de violência são mulheres.¹³⁵ Assim sendo, se as principais vítimas são mulheres, serão também estas as mais afetadas por mitos e estereótipos.

Posto isto, mitos da violação podem ser descritos como “crenças falsas e estereotipadas acerca do que é a violação, do que é uma vítima credível e do que é um agressor”.¹³⁶ Como nos explica Teresa Quintela de Brito,¹³⁷ estereótipos são perceções generalizadas acerca das características que associamos a grupos de pessoas e, mitos traduzem representações falsas e simplistas.

Abordaremos neste pequeno capítulo os seguintes mitos e estereótipos: o agressor típico retratado; as falsas denúncias/acusações; e, a vítima perfeita c. a provocação da vítima.

¹³³ São raros os casos em que acórdãos de primeira instância são trazidos ao público.

¹³⁴ Sottomayor, 2011, p. 278.

¹³⁵ Disponível online em: https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas-APAV_Relatorio-anual-2022.pdf.

¹³⁶ Ventura, 2017a, p. 89.

¹³⁷ Brito, 2020, p. 172.

1.1. O agressor típico retratado

A caracterização de um agressor sexual é associada a diversas crenças, entre elas: trata-se de um indivíduo estranho (no sentido de não conhecer a vítima), que não está bem inserido na sociedade e é antissocial, não conseguindo manter relações, sejam de amizade ou amorosas.

É urgente desmitificar esta figura popular do “típico violador”. Com efeito, e na maioria dos casos, o agressor sexual encontra-se bem inserido na comunidade, normalmente empregado, mantendo relações amorosas com outrem e uma relação de, pelo menos, conhecimento com a vítima.¹³⁸

Maria Clara Sottomayor afirma “Na verdade, a violação é praticada, normalmente, por um homem conhecido da vítima, com quem esta tem uma relação de proximidade ou de confiança (...) e não envolve o uso da força física nem deixa marcas físicas de violência visíveis no corpo da vítima”.

Um outro mito associado ao violador é que este escolhe um beco escuro para cometer o crime. De facto, embora constitua um contexto propício à prática de atos ilícitos, a APAV confirma que:

A rua não representa o contexto de maior risco de ocorrência de violência sexual. Pelo contrário, os contextos privados são os que revelam maior risco (...) pelo facto de a privacidade proporcionada (...) diminuir a probabilidade de os atos serem testemunhados por terceiros.¹³⁹

1.2. As falsas denúncias/acusações

Utilizaremos uma passagem da autora supramencionada Maria Clara Sottomayor¹⁴⁰ para iniciar a análise deste mito: “às vítimas de violação sempre foi aplicado o estereótipo de mentirosas crónicas”.

De facto, não existe esta necessidade intransigente de questionar a credibilidade da vítima perante a queixa de outros crimes como o roubo ou o furto, aliás, complementa a autora “A possibilidade de alegações falsas existe em qualquer crime, mas tal fenómeno não influenciou as definições dos tipos legais nem o tratamento das vítimas”.¹⁴¹

Perante variados estudos, Isabel Ventura concluiu que:

¹³⁸ Segundo o Relatório Anual de Segurança Interna de 2022, enquanto espaço de relacionamento entre vítima e agressor, prevalece o contexto da relação de conhecimento com 57,1% (contabilizando todas as situações excetuando a de desconhecimento e de sem referência), disponível online em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAABAAzNDazMAQAhxRa3gUAAAA%3d>.

¹³⁹ APAV, 2013, p. 69.

¹⁴⁰ Sottomayor, 2011, p. 291.

¹⁴¹ Sottomayor, 2015, p. 112.

O mito das falsas denúncias reside na certeza de que a maior parte das queixas resulta de arrependimento ou de desejo de vingança por parte das mulheres que, de acordo com as crenças, usam instrumentalmente a queixa para prejudicarem um homem ou para obter benefícios a seu favor.¹⁴²

Questionamos, como poderia uma mulher utilizar a queixa de forma a prejudicar um homem se o nível de atrição no âmbito da criminalidade sexual, em Portugal, é extremamente elevado? Explica-nos ainda a mesma autora “A atrição é o processo pelo qual uma queixa-crime se perde na trajetória judicial, nunca chegando a julgamento e a uma condenação”.¹⁴³ Desta forma, a probabilidade de o tal homem inocente ser condenado por uma falsa denúncia seria extremamente reduzida.

Concluimos este subcapítulo com os dados que surgem de um estudo conduzido em 2008 pelo Instituto Nacional de Medicina Legal (INML), no âmbito de um projeto europeu sobre o percurso das denúncias do crime de violação até à condenação. Ora, expõe o Diretor Nacional Adjunto da Polícia Judiciária, Carlos Farinha, que “Há uma percentagem relativamente mínima – talvez 3%, 4%”.¹⁴⁴

1.3. A vítima perfeita c. a provocação da vítima

Por fim, um outro mito da violação provém do suposto “instinto sexual masculino, impossível de controlar perante uma mulher que faça uso de modos e indumentárias provocantes”.¹⁴⁵

Destarte, a sexualidade masculina é vista como naturalmente predatória e tal escusa coincide com o adicional mito da vítima perfeita em que as mulheres devem evitar o crime, adotando comportamentos preventivos.

Tais comportamentos são ensinados desde cedo às raparigas e mulheres e abarcam a abstenção de ingerir bebidas alcoólicas ou substâncias psicotrópicas, não usar determinadas roupas nem frequentar determinados estabelecimentos.¹⁴⁶

Nunca poderá ser fundamento de atenuação da pena, nos termos da alínea b), do n.º 2 do art. 72.º,¹⁴⁷ o comportamento da vítima “mascarado” de provocação.

Contrariamente, existe o estereótipo da “vítima perfeita”. Perante os olhos da sociedade, a vítima perfeita seria a mulher casada ou virgem que resiste a todos os esforços da violação, independentemente da ameaça à sua própria vida e que, após o crime ser consumado, se dirige imediatamente às autoridades para denunciar os factos,

¹⁴² Ventura, 2017b, p. 24.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Cfr. <https://www.publico.pt/2018/10/14/sociedade/noticia/so-3-4-das-situacoes-denunciadas-sao-simulacoes-1847441>.

¹⁴⁵ Ventura, 2018, p. 44.

¹⁴⁶ Especialmente locais e estabelecimentos de diversão noturna.

¹⁴⁷ “b) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida”.

de forma emotiva e sempre chorosa, nunca fazendo uso da compensação que lhe é devida.¹⁴⁸

Não trazemos novidades quando afirmamos que cada vítima é única, com personalidades e características próprias que reagem e lidam com o trauma de forma diferente. É urgente findar o hábito de comparar a vítima à “vítima perfeita”, pois quando não existe uma correspondência, a primeira vê a sua experiência desvalorizada.

De forma a concluir este subcapítulo, cabe-nos salientar que, segundo a APAV e a OMS,¹⁴⁹ estas crenças podem contribuir para a vitimação secundária pela atenuação da responsabilidade do agressor, pela minimização da gravidade dos atos cometidos contra a vítima ou pela culpabilização da vítima pelos atos sobre si infligidos. Um dado que reflete este medo da vitimação secundária e a falta de confiança das vítimas na justiça é nos dado por Maria Clara Sottomayor, “cerca de 39% [das vítimas de violação durante o processo] desistiram na fase de inquérito”. É imprescindível a aplicação de medidas de proteção e a disponibilização de apoio social, psicológico, jurídico e económico às vítimas durante e depois do processo de julgamento.

2. Análise de acórdãos

Foram vários os casos que nos últimos anos exaltaram a população portuguesa com as suas decisões manifestamente polémicas. No entanto, não analisaremos certos acórdãos, mais antigos, que receberam na altura, atenção dos mais competentes juristas do nosso mundo jurídico.¹⁵⁰

Tentamos, por essa razão, encontrar acórdãos mais recentes, acrescentando ainda o facto de que as alterações legislativas de 2015, 2019 e 2023 se revelaram vitais para decisões mais justas e hodiernas.

Nos próximos subcapítulos faremos um breve resumo dos casos seleccionados e analisaremos os critérios elencados pelos relatores para a aplicação, ou não aplicação, do instituto da pena suspensa.

¹⁴⁸ Cfr. Isabel Ventura em SPSC: “São comuns os argumentos judiciais que sustentam a veracidade do depoimento da vítima, baseados, precisamente na sua capacidade de expressão emotiva (ruborização, movimentos palmares, choro, gaguez e outros), numa espécie de performance do trauma” (disponível online em: <https://spsc.pt/index.php/2017/02/06/a-justica-portuguesa-a-violacao-a-vitima-e-a-sexualidade-dela/>).

¹⁴⁹ World Health Organization, 2003, pp. 9 e ss.

¹⁵⁰ Como é o caso do acórdão do TRP de 2011 (n.º de processo: 476/09.OPBBGC.P1), que retrata o caso do psiquiatra, primeiramente condenado a cinco anos de pena suspensa pelo crime de violação sobre uma sua paciente grávida, entretanto absolvido em segunda instância; nem do caso do mesmo tribunal (n.º de processo: 3897/16.9JAPRT.P1) popularmente conhecido como o acórdão da “sedução mútua”, que suspende a pena de prisão de quatro anos e seis meses aos dois agentes, não atendendo às agravantes, apenas às atenuantes.

2.1. Ac. do STJ, de 09.03.2022 (processo n.º 966/19.7PBFAR.E1.S1)¹⁵¹

Ora, o primeiro caso que analisaremos representa o sucedido entre dois colegas de trabalho que partilham habitação (mas não quarto), cedida pela empresa empregadora.¹⁵²

O arguido AA (de idade não apurada) entra no quarto da ofendida BB (de apenas dezoito anos) pelas três da manhã enquanto esta dormia. De seguida dirige-se à cama da ofendida, colocando uma das suas mãos na boca da mesma e com a outra mão agarrou-a na zona dos braços e do tronco, pressionando-a com o corpo, evitando que esta se pudesse mexer.

A ofendida, ao sentir a mão do agente na sua boca, acorda sobressaltada e tenta libertar-se, fazendo força com as pernas e os braços. Esta agitação leva a que ambos caíam no chão apesar de o arguido continuar a agarrar os braços da vítima enquanto dizia “não te preocupes que vais gostar”. Mantendo a ofendida imobilizada, o agente consegue introduzir um dos seus dedos na vagina daquela, friccionando durante um minuto. Após este período temporal (durante o qual a vítima se debatia e pedia a AA que parasse), o agente sai do quarto sem nada dizer à ofendida.¹⁵³

Como resultado desta agressão a vítima sofreu uma grave perturbação de natureza psicológica e várias escoriações na face e antebraço esquerdo e dores na vagina que lhe provocaram um período de 5 dias de doença.

Estamos, portanto, perante um crime de violação na sua forma agravada (p. e p. 164.º n.º 2) uma vez que foi utilizada violência para a sua ocorrência. O autor foi condenado a uma pena de prisão de cinco anos e três meses, impedindo assim a aplicação da suspensão da execução da pena de prisão (em virtude de exceder o limite máximo dos cinco anos). O arguido, inconformado, recorreu da decisão concluindo que a pena não é adequada aos factos, pedindo a suspensão da pena que lhe vier a ser aplicada, a qual não deverá ser superior a quatro anos.

O Procurador-Geral Adjunto emitiu um parecer no sentido de procedência do recurso, apoiando a eventualidade de uma suspensão de execução da pena, inferindo que o arguido não regista antecedentes criminais, que “as sequelas físicas resultantes para a ofendida não revestem particular gravidade (...) e as de natureza psicológica, ainda que se pudesse presumir como tendo sido relevantes, não vêm referenciadas no aresto, para

¹⁵¹ Disponível online em: <http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bfd68a4ba5ce3011802588010037b6ac?OpenDocument>.

¹⁵² Desmentimos, assim, o mito do agressor sexual que não mantém, no mínimo, uma relação de conhecimento com a vítima.

¹⁵³ Cfr. os pontos 6, 7, 8 e 9 dos factos dados como provados.

além da perturbação que sentirá quando fala do caso” e que no contexto de violência prevista no n.º 2 do art. 164.º, a empregue concretamente é das menos graves.

Conseguimos verificar neste parecer o mito do agressor sexual estranho à vítima e o mito de que conforme a violência utilizada, as sequelas nunca revestem particular gravidade. Na verdade, a vítima, de apenas dezoito anos, era também virgem, por conseguinte, este episódio, que remarca uma das primeiras interações sexuais da mesma, certamente irá afetar, pela negativa, a sua vida íntima futura.

Sem reparos, o tribunal *a quo* foi exemplar ao impor uma pena superior a 5 anos evitando, desde logo, a possibilidade de suspensão da pena de prisão, afirmando-se o seguinte:

As necessidades de prevenção especial não seriam elevadas face à ausência de antecedentes criminais e integração profissional do arguido; porém, sopesou, de forma clarividente, que as necessidades de prevenção geral seriam muito elevadas face ao alarme social que tais condutas provocam na comunidade.

2.2. Ac. do TRE, de 21.03.2017 (processo n.º 306/13.9JAFAR.E1)¹⁵⁴

O caso em análise ocorreu no interior de um estabelecimento de diversão noturna (Discoteca KISS, em Albufeira), conhecido, pela negativa, em virtude dos vários crimes em si cometidos. Aconteceu que a ofendida se deslocou à discoteca com os seus amigos, tendo o arguido oferecido pulseiras a esta e àqueles de forma a que estes entrassem sem pagar.

Já no interior da discoteca, a vítima foi abordada pelo agente, que a tentou beijar (esta conseguiu desviar-se), e acabou por conduzi-la para uma divisão privada (camarim) ali existente, fechando a porta e impedindo que esta saísse.

O agente “agarrou a ofendida pelos pulsos, obrigando-a a virar-se de costas para si, empurrando-a contra um lavatório, agarrando-a também pelo tronco.” O arguido, graças à sua vantagem física, introduziu o pénis no ânus da vítima (sem que esta conseguisse resistir), penetrando pelo menos duas vezes, não ejaculando no seu interior, e apalpou-lhe os seios. A ofendida gritou por ajuda, contudo não foi audível dado o volume da música e ruído existente no interior da discoteca.¹⁵⁵

Resultaram desta agressão as seguintes lesões: fissuras perianais com hemorragia, hematomas no antebraço, punho, cotovelo, joelho e coxa, provocando um período de

¹⁵⁴ Disponível online em: <http://www.gde.mj.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9851dc6430477e97802581220038da00?OpenDocument>.

¹⁵⁵ Cfr. os factos dados como provados dos pontos 4 a 11 do atual acórdão.

doença de treze dias, quatro com afetação da capacidade para o trabalho geral e quatro com afetação para o trabalho profissional.¹⁵⁶

O agente foi condenado, pelo crime de violação na sua forma agravada, a uma pena de quatro anos, suspensa por igual período, sujeita a regime de prova e sob a condição de, no prazo de três anos, proceder ao pagamento de cinco mil euros à ofendida.

Inconformado com a decisão, o arguido recorre ao TRE pedindo a absolvição da prática do crime e consequentemente do pagamento da indemnização invocando erro notório na apreciação da prova ou, caso assim o tribunal *a quem* não decidir, pede uma nova análise da medida concreta da pena, convidando à redução da pena de quatro anos a três, suspensa na sua execução por igual período e diminuindo o quantitativo indemnizatório para um valor não superior a mil euros.

Atentaremos, não apenas à medida da pena, mas também aos factos do caso que nos permitirão verificar a existência do mito da vítima provocadora. Ora, alega a defesa do arguido que a prova testemunhal e pericial na qual o tribunal se baseou para formar a sua convicção não foi devidamente valorada. O tribunal *a quem* começa por explicar que “Nos termos do art. 127.º do CPenal, a prova produzida em audiência é apreciada de acordo com as regras da experiência e a livre convicção do julgador”, e que formou a sua convicção com base das declarações da ofendida e das testemunhas (seus amigos), não tendo sido credível o depoimento do arguido e das testemunhas de defesa.

Estas testemunhas de defesa (amigos e colegas de trabalho do arguido) procuraram denegrir a imagem da queixosa, “no essencial, retratar a ofendida como uma mulher leviana que, ao longo da noite, se aproximou de vários homens e se encontrava embriagada”. Tal alegação faz-nos associar este caso ao “acórdão da sedução mútua”, onde é projetada na vítima a culpa de estar embriaga, de frequentar estabelecimentos de diversão noturna e de “seduzir” o agente. Ora, o mito da vítima provocadora que “pediu” a agressão sexual é facilmente identificado no presente caso, porém, e felizmente, tanto o tribunal *a quo* como o *a quem* decidiu valorizar as declarações das testemunhas de acusação em detrimento das de defesa, improcedendo o pedido do recorrente.

Relativamente ao pedido de redução de quatro a três anos de pena suspensa, este é, também, através de uma extensa fundamentação, negado pelo TRE.

O tribunal afirma que apontam contra o arguido os seguintes fatores:

Os sentimentos manifestados no cometimento do crime de autêntico desprezo pela liberdade de autodeterminação e ainda a ausência de qualquer sentimento de remorso, arrependimento ou compreensão pela vítima ou pela gravidade dos factos que lhe vêm imputados.

¹⁵⁶ Cfr. os factos dados como provados dos pontos 19 a 21 do atual acórdão.

Acrescentou ainda que o arguido não denotou qualquer autorresponsabilização pelas suas condutas visto que negou por completo os factos.¹⁵⁷

Por outro lado, surgem a favor do arguido o facto de não possuir antecedentes criminais desta natureza (tem uma condenação anterior pela prática de um crime de condução sem habilitação legal), e de se mostrar “perfeitamente inserido social, familiar e profissionalmente”.

Conclui o tribunal *a quem* que uma pena em medida inferior não satisfaria de forma bastante as finalidades que subjazem à incriminação e revela-se insuficiente para acautelar as exigências de ressocialização e de estabilização contra fática da validade da norma violada, mantendo assim, a condenação conferida pelo tribunal *a quo*.

2.3. Ac. do TRP, de 21.09.2021 (processo n.º 3006/20.0JAPRT.P1)¹⁵⁸

Este acórdão descreve o caso de um osteopata que introduziu um dedo na vagina de uma paciente, durante um tratamento. O Tribunal de primeira instância condenou o arguido na pena de três anos de prisão efetiva por um crime de violação p. e p. pelo artigo 164.º do CP.

O arguido inconformado com a decisão interpôs recurso para o TRP, submetendo variadas questões, das quais analisaremos apenas a que diz respeito à suspensão da pena de prisão.

Ora, foram dados como provados os seguintes factos: o arguido AA é terapeuta ocupacional e osteopata e foi procurado pela ofendida por se encontrar com contraturas musculares.

No âmbito de uma segunda consulta, a paciente, conforme indicação do arguido, despiu a sua roupa, exceto a roupa interior e deitou-se na marquesa. O ponto 8 refere que:

A dado momento e a pretexto de que a ofendida não se encontrava a realizar tal movimento corretamente, o arguido disse que teria de a ajudar e encontrar o pertinente osso”, “9. No instante descrito em 8, (...), e sem que nada o fizesse prever, o arguido meteu o seu dedo pela lateral e por baixo das cuecas que a ofendida envergava e introduziu-lhe pelo menos um dos seus (do arguido) dedos na vagina, ao mesmo tempo que dizia “continue, continue”, no sentido de esta

¹⁵⁷ O arguido afirmou que foi ele quem interrompeu o ato sexual consentido por se lembrar da sua cónjuge. Contudo, afirma também que depois da interrupção continuou a dançar e a pagar “shots” à vítima (alegações completamente contraditórias às da acusação).

¹⁵⁸ Disponível online em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ffb833411206f524802588d3003789ab?OpenDocument>.

continuar a inspirar e a expirar e a efetuar movimentos rotativos da anca, enquanto mantinha o dedo introduzido na vagina da ofendida (...).

A ofendida, perturbada e incomodada, nada disse ou manifestou.¹⁵⁹

Após a consulta e duvidando sobre a necessidade de introdução de um dedo na vagina durante o tratamento, a ofendida solicitou informação especializada e foi-lhe confirmada, por um membro do Conselho de Osteopatia, a desnecessidade do procedimento. Consequentemente, não regressou mais à clínica do arguido. Este,

apesar de saber que a ofendida não queria consigo manter contactos de natureza sexual, decidiu, a pretexto de estar a realizar o procedimento terapêutico, introduzir o dedo, (...), na vagina desta, bem sabendo que atuava contrariando a sua vontade e atentava contra a sua liberdade de autodeterminação sexual.¹⁶⁰

No que toca ao fundamento do recurso, relativo à suspensão da pena de prisão, o arguido afirma que o tribunal recorrido não especificou os fundamentos que presidiram à escolha da pena nem fundamentou a não aplicação das penas alternativas à prisão. Refere ainda que “36. Além de dever fundamentar positivamente a aplicação da pena de prisão, o tribunal tem o dever de fundamentar a não aplicação da pena não privativa da liberdade – fundamentação negativa”.

Perante esta questão levantada pelo recorrente, o relator explica que para a aplicação da suspensão da execução, o julgador tem de “fazer um juízo de prognose favorável relativamente ao comportamento do arguido, no sentido de que a ameaça da pena seja adequada e suficiente para realizar as finalidades da punição”.¹⁶¹ E caso, este juízo favorável não aconteça, o tribunal deve resolver negativamente a questão do prognóstico.

Apesar de o ponto 36.º da motivação do recurso fazer menção à inexistência de fundamentação, o tribunal *a quo* aditou as suas razões para a não aplicação da pena suspensa, ora:

No caso, razões de prevenção geral constituem um sério obstáculo à suspensão da pena aplicada ao arguido, independentemente da sua modalidade. Com efeito, são muito elevadas as exigências de prevenção geral e integração, as quais se sobrelevam sobre o facto de o arguido se mostrar integrado e não ter antecedentes criminais.

Neste caso em concreto, o tribunal, apesar de enumerar certos fatores atenuantes como a inserção social, familiar e profissional e ainda a inexistência de antecedentes criminais, não deixou de pesar as elevadas exigências de prevenção geral como

¹⁵⁹ Cfr. os pontos 8, 9 e 10 dos factos dados como provados, do presente acórdão.

¹⁶⁰ Sublinhado nosso.

¹⁶¹ Sublinhado nosso.

fundamentação para a negação da suspensão. Aliás, acrescenta o relator “estas circunstâncias [percurso normativo e inserção social do arguido] não o impediram de cometer o crime em causa nos autos, o que não nos permite afastar o risco de prossecução da atividade criminosa”, destarte, só a efetividade da execução da pena de prisão pode satisfazer as exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico.

Podemos verificar, neste caso concreto, o mito do agressor sexual estranho à vítima e o mito da vítima perfeita. Existe aqui uma relação entre profissional de saúde e paciente (relação de conhecimento) e a vítima não reagiu no sentido de evitar a agressão pois não se apercebe, no momento, de que está a ser alvo da mesma.

2.4. Ac. do TRP, de 19.04.2023 (processo n.º 1067/19.3PVNG.P1)¹⁶²

O presente caso descreve o sucedido entre o presidente de um lar e duas das suas funcionárias. Em causa estão vinte e um (21) crimes de coação sexual agravada e um crime de importunação sexual em relação a uma das funcionárias (digamos CC) e um crime de coação sexual agravada e um crime de coação agravada na forma tentada em relação à segunda funcionária (digamos BB).

Findo o julgamento, o agente é, em primeira instância, condenado por todos os crimes descritos supra, em pena unitária de quatro anos de prisão, sendo decretada a suspensão da execução desta pena de prisão pelo mesmo período de tempo, mediante a imposição de deveres e regras de conduta.

O presente caso acabou por se tornar mediaticamente conhecido uma vez que o arguido exerceu, ao longo de trinta e um (31) anos, funções de Presidente da Junta de Freguesia, em Vila Nova de Gaia.¹⁶³

Vem o arguido recorrer, perante o TRP, expondo sete questões, das quais analisaremos apenas a de saber se estão preenchidos os pressupostos típicos dos crimes de coação sexual pelos quais vem condenado em relação à ofendida BB. Afirma que não estão preenchidos “porque se entende que certas zonas do corpo humano não têm conotação sexual (não são consideradas zonas erógenas), mas apenas conotação afetiva e carinhosa (p. ex., face, mãos, cabeça), pelo que são sexualmente inócuas”, culminando na seguinte afirmação, referenciando um outro acórdão de 2006 “um simples beijo não tem dignidade criminal”.¹⁶⁴

¹⁶² Disponível online em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/933b081f30196c3a8025899e004feffc?OpenDocument&Highlight=0,coação,sexual>.

¹⁶³ Cfr. o ponto 42 dos factos dados como provados do presente acórdão.

¹⁶⁴ Cfr. o ponto 56 das motivações do recurso, por parte do arguido.

Como vimos anteriormente, o legislador nacional não definiu ao certo o que um “ato sexual de relevo” integra, concedendo uma certa margem de manobra ao julgador.

Em causa, estão os factos dados como provados nos pontos 10.º e 15.º. Decidimos pela sua transcrição para uma melhor compreensão do caso:

10.º A dado momento, (...), o arguido levantou-se e aproximou-se da ofendida BB, (...) proferindo o arguido nessa altura as seguintes palavras “gosto muito de ti”, e logo de seguida, o que impossibilitou uma reação física por parte da ofendida BB, o arguido deu-lhe um beijo na boca, agarrando-a e encostando-a ao mesmo tempo à mesa ali existente” e, “15.º Já no gabinete, e sem proferir qualquer palavra, o arguido aproximou-se corporalmente da ofendida BB, agarrando-a de imediato pelos braços e tentando beijá-la na boca, logrando desta vez a ofendida desviar a sua boca, o que levou a que o arguido só a tocasse numa das faces com os lábios.

Responde, à questão do arguido, o TRP da seguinte forma:

Como vem sendo comumente aceite pela doutrina e jurisprudência, é desde logo necessário que a conduta levada a cabo pelo agente possa caracterizar-se como ato de natureza sexual, isto é, como um ato que emane do corpo e da intenção do mesmo agente – ainda que não comporte o envolvimento dos órgãos genitais de qualquer dos intervenientes (...) – cuja motivação seja a de satisfazer os seus impulsos sexuais e libidinosos, tendo reflexos diretos no corpo e no comportamento da pessoa que é objeto desse comportamento e na sua liberdade de determinação sexual própria.

No caso em concreto, o Tribunal *ad quem* concordou com o *a quo*, no sentido de que beijar a ofendida na boca integra claramente um ato sexual de relevo. Acrescenta ainda “No comportamento concreto do arguido se divisam claramente as suas intenções: de facto, não se vislumbra outra motivação do arguido para proceder das formas descritas senão o de satisfazer os seus instintos e desejos sexuais na altura”.

No que toca à escolha pela pena suspensa, o tribunal *a quo* limita-se a afirmar que age de acordo com o art. 50 do CP, impondo, ainda assim, a medida de coação de suspensão de funções como presidente do lar.

Ao longo da decisão verificamos o reparo sobre alguns factos atenuantes relativos ao agente como: a inexistência de antecedentes criminais, a sua inserção familiar e social (“não existindo reatividade social pela sua presença”) e a sua capacidade de manter emprego. Contrariamente, foi conferida atenção à agravação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho (p. e p. 177.º, n.º 1, al. b) que aumenta em um terço o limite mínimo e máximo. Agravação esta que, segundo o acórdão, “encontra justificação numa perspetiva de reforço da tutela dos bens jurídicos pessoais e de uma

lógica de maior proteção da vítima” e, desmente o mito da violação de que o agente é completamente estranho à vítima, cometendo os seus crimes em locais ermos.¹⁶⁵

3. Critérios de aplicação da suspensão da execução da pena de prisão

Resultante da examinação dos acórdãos dos subcapítulos anteriores, verificamos a enumeração frequente de alguns critérios para a aplicação e a não aplicação da suspensão da pena de prisão.

Respeitante à aplicação da pena suspensa, podemos indicar os seguintes fatores: a inexistência de antecedentes criminais (da mesma natureza), a inserção familiar, social e profissional do arguido e, a reduzida exigência de prevenção especial.

No que toca ao argumento do “agente primário”, explica-nos Figueiredo Dias que a conclusão de que a ausência de antecedentes criminais demonstra que estamos perante um ato único e isolado não deve ser utilizada de forma automática.¹⁶⁶ De facto, no âmbito sexual onde a taxa de atrito é tão elevada, a possibilidade de a ofensa não ser primária não é propriamente baixa.

A circunstância de o agente estar bem inserido a nível familiar e/ou social não deve ser analisado apenas do ponto de vista atenuador. Como o relator do caso analisado no ponto 3.1. refere, o facto de o agente ser respeitado pela comunidade ou ser considerado um bom pai de família não só facilita a atividade criminosa como deve ser pesado como uma agravante. Efetivamente, ser bom marido ou bom pai não impediu os instintos libidinosos dos agressores sexuais analisados.

Pelo contrário, alguns critérios utilizados pelos tribunais para justificarem a não aplicação da pena suspensa são: a existência de antecedentes criminais (da mesma natureza ou equivalente), a relação de proximidade entre o agente e a vítima, a falta de arrependimento e, as fortes exigências de prevenção geral.

Terminaremos este subcapítulo fazendo apenas uma menção ao critério da falta de arrependimento ou remorsos. Se o agente não se mostrar arrependido do ocorrido, podemos concluir que este não interiorizou a gravidade da situação, conectando-se assim a uma maior exigência de prevenção, tanto geral como especial.

¹⁶⁵ No caso existe uma relação profissional entre o agente e as vítimas, sendo os crimes cometidos no local de trabalho dos intervenientes.

¹⁶⁶ Isto relativamente à generalidade dos crimes em Figueiredo Dias, 1993, pp. 252 e 253.

4. Sugestões de alteração à lei portuguesa

Neste último capítulo da presente dissertação, apresentaremos, conscientes das nossas limitações, sugestões de alteração à legislação atual com o objetivo basilar de fortalecer a proteção das vítimas de crimes sexuais em Portugal.

Em primeiro lugar, acreditamos ser fundamental o aproveitamento do projeto elaborado pelo PSD¹⁶⁷ que cria restrições à suspensão da execução da pena de prisão, aplicando-o à criminalidade sexual.

Assim, o artigo 53.º do CP preveria, na alínea c) do seu n.º 3 o seguinte “[O regime de prova é ordenado sempre que:] a suspensão da execução da pena de prisão tiver sido aplicada em processos por crime de violência doméstica ou por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, seguindo-se a revogação do n.º 4. Esta alteração aliar-se-ia com uma outra, no art. 54.º, onde o regime de prova incluiria sempre a frequência de programas de reabilitação para agressores sexuais.¹⁶⁸

Se tal não for exequível, a eliminação da expressão “*cuja vítima seja menor*” do atual n.º 4 do art. 53.º, seria, igualmente, um enorme avanço legislativo, estendendo o regime de prova a todos os agressores sexuais, não apenas aos de crianças.

Finalmente, não podemos desvalorizar as declarações do ofendido que deverão, sempre, ter um especial valor. Com efeito, este tipo de criminalidade ocorre usualmente em ambientes privados, sem testemunhas e por vezes, sem vestígios. A não aceitação da validade do depoimento da vítima poderá levar, no limite, à impunidade dos ilícitos que se praticaram de forma secreta ou encoberta. Assim, quando o tribunal não dispuser de outra prova, as declarações de uma única testemunha, vítima ou não, deve poder sustentar uma condenação.¹⁶⁹

Em jeito de conclusão, é de extrema importância uma revisão periódica da legislação penal de forma a garantir a sua conformidade com as normas sociais em evolução, padrões internacionais de direitos humanos e os próprios avanços na teoria e prática jurídica.

¹⁶⁷ Projeto de Lei n.º 1147/XIII/4.ª.

¹⁶⁸ Sublinhado nosso.

¹⁶⁹ Vide o ac. do TRG de 12.04.2010, disponível online em: <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/A90FFFDE2E271BE380257718004EA706>.

Conclusão

Concluimos a presente dissertação com uma passagem de Inês Ferreira Leite:¹⁷⁰ “O excessivo pudor do jurista na abordagem da criminalidade sexual é tão desadequado e perigoso – para a qualidade e vantagens práticas do seu trabalho – como o temor que um cirurgião demonstrasse, em plena operação, face ao sangue do paciente”.

Posto isto, findamos acreditando que apesar de toda a evolução legislativa neste domínio, ainda subsistem consideráveis pontos a fim de serem alterados, não tanto na letra da lei (para além das sugestões que fizemos supra) mas na aplicação da própria pena.

Por certo, a comunidade encara, na maioria dos casos, a pena suspensa como uma “verdadeira ausência de punição” do agente, devido, em grande parte, aos títulos sensacionistas que a comunicação social traz à população, sem que o acesso à decisão integral seja permitido. Não podemos correr o risco de a sociedade não acreditar no sistema penal vigente, devendo para isso, existir uma maior transparência na comunicação das decisões dos tribunais.

Não obstante, podemos concluir, com algum alívio, de que entre os acórdãos mais recentemente analisados, não encontramos (e ainda bem), casos extremos, como alguns que se tornaram polémicos, exatamente pela sua infeliz decisão.

O que poderá chocar alguns leitores encontra-se habitualmente na tentativa de defesa do arguido quando este recorre, ora, o seu defensor procura diminuir a gravidade da agressão, baseando-se em decisões passadas e obsoletas, muitas vezes focando-se na atitude que a própria vítima teve antes, durante e depois da agressão.

Somos de entender que, de forma a obter uma proteção plena do bem jurídico que é a liberdade sexual, e as suas vítimas, o instituto da pena suspensa não deve ser aplicado de forma excessiva e automática, devendo a pena de prisão efetiva cumprir o seu objetivo primário,¹⁷¹ nos casos certos.

Não queremos com isto dizer que não concordamos que a privação da liberdade do agente deva ser uma *ultima ratio*, efetivamente, quando se considerar suficiente a mera ameaça da efetividade da pena para evitar o cometimento de novos e futuros crimes, a suspensão da pena poderá ser a resposta, com a devida ressalva de que no domínio da criminalidade sexual, esta deverá ser sempre acompanhada de deveres e regras de conduta, como a frequência obrigatória em programas de reabilitação de agressores sexuais.

Terminamos a presente investigação com um sentimento de realização e serenidade, porém não podemos deixar de mencionar uma certa frustração diante da

¹⁷⁰ Ferreira Leite, 2011, p. 33.

¹⁷¹ Previsto no art. 42.º do CP.

ausência de resposta por parte do site de Estatísticas do Governo e perante a dificuldade em aceder, de forma rápida e prática, a uma maior quantidade de acórdãos sobre esta temática. De mais a mais, reconhecemos o desafio significativo de sermos concisos num tema que é tão complexo e abrangente, dado o restritivo limite de escrita.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, P. P. (2022). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.^a edição. Universidade Católica Editora.
- ANTUNES, M.J. (2013). *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M.J. (2022). *Penas e medidas de segurança*, 2.^a edição. Almedina.
- APAV (2013). *Manual unisexo – para o atendimento a vítimas adultas de violência sexual*, (disponível online em: https://apav.pt/publiproj/images/yootheme/PDF/Manual_UNISEXO.pdf).
- BRITO, J.S. (1984). A medida da pena no novo Código Penal. BFD – Número Especial, III, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, pp. 555-587. Coimbra Editora.
- BRITO, T.Q. (2022). Estereótipos prejudiciais de género na prática jurídica: Denegação do acesso ao Direito e aos tribunais. *Anatomia do Crime*, n.º 11.
- CUNHA, M.C.F. (1995). *Constituição e crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Universidade Católica Editora.
- CUNHA, M.C.F. (2011). Conceito de violência no crime de violação – acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/4/2011. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3.
- CUNHA, M.C.F. (2021). A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da Convenção de Istambul. In *Crimes sexuais*, 2.^a edição. Centro de Estudos Judiciários.
- CUNHA, M.C.F. (2022). *As reações criminais no direito português*, 1.^a edição. Universidade Católica Editora.
- DUARTE, M. (2009). A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na filosofia do direito de Hegel. *Revista Eletrónica Estudos Hegelianos*, n.º 10.
- FERREIRA LEITE, I. (2011). A tutela da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (1993). *Direito penal português, Parte geral II, As consequências jurídicas do crime*. Editorial Notícias.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (1999). *Comentário conimbricense do Código Penal*, Parte geral. Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal*, Parte especial, Tomo I. Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (2019). *Direito penal, Tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 3.^a edição. Gestlegal.
- FREITAS, P. & SIMAS SANTOS, M.J.C. (2019). *Dosimetria da pena: Fundamentos, critérios e limites, processo e decisão penal – Textos*. Centro de Estudos Judiciários.
- GARCIA MIGUEZ, M. & RIO CASTELA, J.M. (2014). *Código Penal, Parte geral e especial, com notas e comentários*. Almedina.

- JAKOBS, G. (1995). *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas SA.
- JOHN, A. (1852). *John Augustus. First probation officer*. Patterson Smith Ed.
- LAMAS LEITE, A. (2019). Contributo para a evolução histórica das penas substitutivas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 3.
- LOPES, J. M. & MILHEIRO, T.C. (2023). *Crimes sexuais*, 4.^a edição. Almedina.
- MARTINS, A.L. (2010). *Medida da pena, finalidades, escolha, abordagem critica de doutrina e de jurisprudência*: Coimbra Editora.
- NATSCHERADETZ, K.P. (1985). *O direito penal sexual: Conteúdo e limites*. Almedina.
- PATTO, P.V. (2001). Direito penal e ética sexual. *Revista Direito e Justiça*, vol. 15, n.º 2, pp. 123-145.
- PATTO, P.V. (2011). Os fins das penas e a prática judiciária. In *Jornadas de Direito Penal e Processual Penal*, realizadas em Albufeira no dia 1 de julho de 2011.
- RAMOS, F.J.F. (1993). Notas sobre os crimes sexuais no projeto de revisão do Código Penal de 1983. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1.
- RODRIGUES, A.M. (1995). *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra Editora.
- RODRIGUES, A.M. (1998). *Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal Português*. Sep. do número especial do BFD – *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, pp. 21-53. Coimbra Editora.
- ROGÉRIO, J.S. (2023). *O excesso na legítima defesa à luz dos fins das penas*, Almedina.
- SANTOS, J.B. (1968). *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*, Coimbra, Atlântida Editora.
- SOTTOMAYOR, M.C. (2011). O conceito legal de violação: Um contributo para a doutrina penalista, a propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011. *Revista do Ministério Público*, n.º 128.
- SOTTOMAYOR, M.C. (2015). A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género. *Ex aequo*, n.º 31.
- TAIPA DE CARVALHO, A. (2022). *Direito penal, Parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*, 4.^a edição. Universidade Católica Editora.
- VENTURA, I. (2017a). Media e violência sexual: Da investigação à comunicação. In *Atas do Seminário Internacional*.
- VENTURA, I. (2017b). Violência sexual, tensões entre mitos da violação e direitos humanos das vítimas. MISCELLANEA APAV, n.ºs 3 e 4.
- VENTURA, I. (2018). *Medusa no Palácio da Justiça ou uma história da violação sexual*. Tinta da China.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2003). *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, Geneva, World Health Organization (disponível online em: <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2019/05/report/guidelines-for-medico-legal-care-for-victims-of-sexual-violence/924154628X.pdf>).

Jurisprudência

STJ: Ac. do STJ, de 09.03.2022, no âmbito do processo n.º 966/19.7PBFAR.E1.S1, relatado por Ana Barata Brito.

TRC: Ac. do TRC, de 10.03.2010, no âmbito do processo n.º 1452/09.9PCCBR.C1, relatado por Ribeiro Martins.

TRE: Ac. do TRE, de 21.03.2017, no âmbito do processo n.º 306/13.9JAFAR.E1, relatado por Martins Simão.

TRG: Ac. do TRG, de 12.04.2010, no âmbito do processo n.º 42/06.2TAMLG.G1, relatado por CRUZ BUCHO;

Ac. do TRG, de 12.09.2012, no âmbito do processo n.º 694/10.9GBFLG.G1, relatado por Maria Luísa Arantes.

TRP: Ac. do TRP, de 21.09.2021, no âmbito do processo n.º 3006/20.0JAPRT.P1, relatado por João Pedro Pereira Cardoso.

Ac. do TRP, de 19.04.2023, no âmbito do processo n.º 1067/19.3PVNG.P1, relatado por Pedro Afonso Lucas.

“Até que a morte nos separe”:

**O homicídio do agressor como única saída para a vítima de
violência doméstica – seu enquadramento jurídico**

Inês Moreira de Sousa

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Elisabete Ferreira

Aos meus pais, sempre.

Agradecimentos

À minha família, por serem a minha bolha de apoio, amor, confiança e humildade. Devolhes a pessoa que sou hoje e a pessoa que me quero tornar.

Ao Ruben, cujo abraço sempre foi casa e o olhar porto de abrigo. Por ser o meu amparo, nos momentos de fraquejo e aperto.

Aos meus amigos, por terem estado comigo, mesmo quando eu não consegui estar presente. São as minhas pessoas e sê-lo-ão sempre.

À minha orientadora, Exma. Senhora Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira, cuja vasta experiência de docência e investigação consubstanciou uma enorme mais-valia para a redação do trabalho que se segue, as minhas palavras de agradecimento pela disponibilidade, compreensão, simpatia e orientação.

A todos aqueles que passaram na minha vida e que, de uma forma ou de outra, deixaram um pouco de si e contribuíram para o meu crescimento pessoal, académico e profissional. O meu muito obrigada.

Resumo

A violência doméstica é um flagelo social cada vez mais sabido e menos tolerado pela sociedade. Contudo, este mesmo circunstancialismo, que é repudiado, muitas das vezes não é tido em consideração nos casos em que a vítima se convola em agressor por não ver mais nenhuma saída para extinguir o terror que a assombra. A imprevisibilidade e incerteza de soluções levou-nos a indagar sobre qual o enquadramento jurídico-penal mais adequado e justo para as mulheres vítimas de maus-tratos perpetrados no seio doméstico que acabam por matar o agressor.

À vista disso, a presente dissertação tem como objetivo primordial elucidar se a arguida pode ser absolvida ao abrigo da legítima defesa, por se excluir a ilicitude da conduta, ou se trespassar a barreira do meio necessário para repelir uma agressão que ainda nem se iniciou pode sub-rogar-se da figura da legítima defesa “preventiva”. E, ainda, não se verificando causa de justificação da conduta homicida, se esta se enquadrará no crime de homicídio privilegiado, se se concluir que a arguida agiu movida por estados de afeto que diminuem sensivelmente a sua culpa.

Veremos, ainda, os fenómenos psicológicos em contexto de violência contra as mulheres e o impacto destes enquanto fator excludente ou atenuante da responsabilidade penal por homicídio nos ordenamentos jurídicos do Brasil, Espanha e EUA.

Palavras-chave: violência doméstica; legítima defesa; legítima defesa preventiva; homicídio privilegiado; síndrome da mulher batida; desamparo aprendido; Brasil; Espanha; EUA.

Abstract

Domestic violence is a social scourge that is increasingly recognized and less tolerated by society. However, this same circumstance which is repudiated is often not taken into account in cases where the victim becomes the aggressor because she sees no other way to get out of the terror that haunts her. The unpredictability and uncertainty of solutions have led us to question about the most appropriate and fair legal and criminal framework for women victims of domestic abuse who end up killing their aggressor.

The main objective of this dissertation is to elucidate whether the defendant can be acquitted under self-defence because the unlawfulness of the conduct is excluded or, if crossing the barrier of the necessary means to repel an aggression that has not yet begun, whether can she be subrogated to the figure of “preventive” self-defence. Furthermore, if there is no justification for the homicidal conduct, does it fall under the crime of privileged homicide if it is concluded that the defendant acted out of a state of affection that significantly diminishes her guilt?

We’ll also look at psychological phenomena in the context of violence against women and their impact as a factor that excludes or mitigates criminal liability for homicide in the legal systems of Brazil, Spain, and the USA.

Keywords: domestic violence; self-defence; preventive self-defence; privileged homicide; battered women syndrome; learned helplessness; Brazil; Spain; USA.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BWS	<i>Battered Women Syndrome</i>
CBP	Código Penal Brasileiro
CEC	<i>California Evidence Code</i>
Cfr.	Conforme
CP	Código Penal
CPE	Código Penal Espanhol
CPL	<i>Criminal Procedure Law</i>
CPP	Código de Processo Penal
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro
CRC	<i>California Rules of Court</i>
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
ed.	Edição
EUA	Estados Unidos da América
<i>i.e.</i>	Isto é
MP	Ministério Público
MPC	<i>Model Penal Code</i>
N.º	Número
NYPD	<i>New York Police Department</i>
NYPL	<i>New York Penal Law</i>
p(p).	Página(s)
PGR	Procuradoria-Geral da República
PJ	Polícia judiciária
Proc.	Processo
PTSD	<i>Post-traumatic stress disorder</i>
Reimp.	Reimpressão
<i>s.l.</i>	<i>Sine loco</i>
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRP	Tribunal da Relação do Porto
USC	<i>United States Code</i>
v.	<i>Versus</i>
<i>vide</i>	Ver
vol.	Volume

Índice

Introdução	9
Capítulo I – Legítima defesa	10
1. Legítima defesa como causa de exclusão da ilicitude	10
2. Elementos constitutivos	12
2.1) A agressão	12
2.1.1. Ilicitude da agressão	13
2.1.2. Atualidade da agressão	13
2.1.2.1. A admissibilidade da legítima defesa “preventiva”	15
2.2) A defesa	18
2.2.1. Subsidiariedade da legítima defesa privada	18
2.2.2. Necessidade do meio	19
2.3) Elemento subjetivo	20
Capítulo II – Homicídio privilegiado	22
1. O fundamento do privilégio	22
2. Os estados emotivos	24
2.1) A compreensível emoção violenta	24
2.2) O desespero	27
Capítulo III – o histórico de violência doméstica enquanto fator excludente ou atenuante da responsabilidade penal por homicídio em diversos ordenamentos jurídicos	29
1. Fenómenos psicológicos em contexto de violência contra as mulheres	29
1.1) <i>Battered women syndrome</i>	30
1.2) <i>Learned helplessness</i>	32
2. Enquadramento jurídico em diversos Estados	33
2.1) Brasil	34
2.1.1. Caso Maria Quirino	36
2.2) Espanha	37
2.2.1. Acórdão do Supremo Tribunal de 11/10/2011	38
2.3) Estados Unidos da América	39
2.3.1. Califórnia	40
2.3.1.1. Caso <i>People v. Humphrey</i>	41
2.3.2. Nova Iorque	42
2.3.2.1. Caso <i>Sheehan v. Powers</i>	43
Conclusão	45
Referências bibliográficas	47
Jurisprudência	49

Introdução

Pese embora o aumento do sensacionalismo e consequente mediatismo em torno dos casos de violência doméstica, o que é certo é que a ideia de que “entre homem e mulher não se mete a colher” ainda está enraizada na nossa sociedade e, por isso, ainda continuamos a negligenciar a responsabilidade adstrita a todos nós na prevenção e erradicação deste flagelo social.

No ano de 2023, a PGR, em conjunto com a PJ¹, registou 22 homicídios consumados em contexto de violência doméstica, sendo que as estatísticas indicam que 73% dos agressores foram do sexo masculino, ao passo que 86% das vítimas eram do sexo feminino. Porquanto, de modo a clarificar as determinações de género, iremos recorrer ao “Homem – agressor” e “Mulher – vítima”, tendo plena consciência das situações em que os “papéis” se enrevesam.

Com este pano de fundo, sabemos que uma das consequências possíveis é a vítima se convolar em agressor, por estar convicta de não haver outra saída para pôr fim ao sofrimento e medo que vive diariamente. Destarte, pretendemos dar um contributo para a discussão de qual o enquadramento jurídico-penal mais adequado e justo no caso de um homicídio como reação aos maus-tratos continuados perpetrados no seio familiar.

Neste sentido, no Capítulo I, encetamos o presente excuro pela figura da legítima defesa como possível causa de exclusão da ilicitude da conduta homicida, não olvidando a admissibilidade (ou não) da legítima defesa “preventiva” para os casos em que o pressuposto da atualidade da agressão não se verifica.

A este primeiro capítulo seguir-se-á o Capítulo II, no qual abordaremos o enquadramento da conduta homicida no crime de homicídio privilegiado, enunciando o fundamento do privilégio do crime e desenvolvendo as cláusulas de privilegiamento da “compreensível emoção violenta” e do “desespero”.

No Capítulo III, encerraremos a dissertação com a exposição dos fenómenos psicológicos em contexto de violência contra as mulheres e o impacto destes enquanto fatores excludentes ou atenuantes da responsabilidade penal por homicídio em diversos ordenamentos jurídicos, a saber: Brasil, Espanha e EUA.

¹ Dados retirados do Relatório de homicídios em contexto de violência doméstica, 2023, pp. 1-9. https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/hcvd_2023_-_analise_de_indicadores.pdf.

Capítulo I – Legítima defesa

1. Legítima defesa como causa de exclusão da ilicitude

É no art. 32.º do CP que o legislador enuncia a figura da legítima defesa, reconhecendo-se na mesma a materialização do exercício do “direito à resistência”, constitucionalmente consagrado no art. 21.º da CRP². Pelo que retiramos de antemão que, por vezes, na iminência de uma agressão ilícita a bens jurídicos individuais, e na impossibilidade de recorrer à autoridade pública, o indivíduo pode substituir-se ao Estado para repelir eventuais lesões.

Como nos ensina Taipa de Carvalho³:

Uma ação típica, i.e., descrita num tipo de crime, será, em princípio, ilícita. Pode, todavia, essa ação ter sido praticada num contexto fáctico, a que a lei atribua uma eficácia justificativa da ação típica; e, quando tal se verifica, a ação, apesar de formalmente típica, não é ilícita.

Neste sentido, anuímos sumariamente que uma ação formalmente típica será justificada ou lícita pelo reconhecimento de uma necessidade de autoproteção⁴.

O fundamento da legítima defesa foi, numa primeira fase, marcado pela paradigmática conceção de Berner que tinha como máxima: “O Direito não deve nunca ceder perante o ilícito”⁵, imperando uma posição inexorável que sustentava que o agente está a defender não só os interesses agredidos, mas, em último termo, o interesse da comunidade⁶. Destarte, a pergunta que se impõe e a qual nos propomos desmistificar é: afinal, qual é a *ratio juris* da legítima defesa?

Neste quadro, Figueiredo Dias⁷ convoca que existem dois fundamentos concatenados para a legítima defesa como causa de justificação, a saber: a necessidade de defesa da ordem jurídica e a necessidade de proteção dos bens jurídicos ameaçados pela agressão. Para este autor, e na esteira da posição de Stratenwerth⁸, o fundamento da legítima defesa pauta-se pela “preservação do Direito na pessoa do agredido”⁹.

Em sentido contrário, Taipa de Carvalho¹⁰ acompanha a tese da existência de uma dupla fundamentação neste direito de defesa, mas entende que a *ratio* do mesmo reside

² Santos e Leal-Henriques, 2011, p. 95.

³ Carvalho, 2014, p. 331.

⁴ Vide Ac. do STJ de 10/02/2021, Proc. n.º 528/19.9PCSTB.E1.S.

⁵ Berner, 1886, p. 102 *apud* Dias, 2019, p. 473.

⁶ Dias, 2019, p. 404.

⁷ *Ibidem*, p. 405.

⁸ Stratenwerth, 1982, pp. 59 e ss.

⁹ Dias, 2019, p. 405.

¹⁰ Carvalho, 2014, pp. 354-355.

na injustiça que seria para o agredido estar limitado no direito que lhe assiste de agir da forma que for necessária para repelir qualquer tipo de agressão a si dirigida. Assim, nesta linha de pensamento, ao agredido não lhe pode ser exigido um dever de suportar a agressão, abonando-se esta doutrina em dois princípios: o princípio da autoproteção individual e o princípio da prevenção geral e especial ético-juridicamente fundamentada¹¹.

Seguindo o mesmo entendimento e, por conseguinte, apoiando a doutrina dominante, Germano Marques da Silva¹² considera que existe uma relação de intercomunicabilidade entre “(...) a proteção dos bens jurídicos individuais e a defesa da ordem jurídica (...)”, sendo que, ao passo que o agente defende os bens jurídicos individuais em perigo, acaba também por conexamente defender a ordem jurídica¹³.

Numa posição antípoda à doutrina mencionada *supra*, Fernanda Palma¹⁴ rejeita este modelo fundamentador da legítima defesa, arguindo que o mesmo retrata uma perspectiva individualista, puramente baseada na autoproteção. Assim, considera que o princípio da proporcionalidade deverá ser imperativo quando exista um conflito entre bens jurídicos. Isto é, no entendimento da autora, não pode ser justificada a lesão de bens qualitativamente superiores aos preservados, a menos que se verifique a insuportabilidade da agressão a um núcleo de bens essenciais em que se manifesta a dignidade da pessoa humana e a igualdade na proteção dos sujeitos jurídicos, pelo que se entendem incluídos neste núcleo os bens jurídicos vida e integridade física substancial.

Acompanhamos o entendimento da teoria dualista, conquanto assumimos um duplo fundamento para a causa de exclusão da ilicitude do art. 32.º do CP, a saber: a primazia pela proteção individual dos direitos do agredido que são objeto da agressão ilícita perpetrada por terceiro; e a prevalência do direito¹⁵, que nos reconduz a uma função de prevenção geral e especial, dado o fator dissuasor que é gerado em todos os potenciais infratores, que estarão sujeitos à possibilidade de verem as suas agressões legitimamente cessadas ou repelidas pelo agredido.

2. Elementos constitutivos

A figura da legítima defesa não compactua nem tampouco se aproxima da mera conduta que se prende com uma intenção de vingança ou de pena privada. Assim, é neste

¹¹ A autoproteção individual remete “ao direito natural que assiste a cada um de nós de forma a impedir agressões contra si dirigidas”. Aliada à autoproteção, o autor invoca a “necessidade individual e social de advertência dos potenciais agressores e do atual agressor”. Carvalho, 2014, pp. 354 e 355.

¹² Silva, 1998, p. 90.

¹³ Silva, 2012, p. 174.

¹⁴ Palma, Almeida & Vialança, 2009, pp. 163-164.

¹⁵ Roxin, 2001, pp. 608 e ss.

quadro que cuidaremos dos pressupostos da legítima defesa, a saber: a existência de uma agressão que seja atual e ilícita¹⁶, e de uma defesa que seja necessária para repelir a agressão. Assim, vejamos mais de perto tais pressupostos.

2.1) A agressão

2.1.1. Ilícitude da agressão

Naquilo que concerne ao conceito de agressão, seguimos o entendimento da doutrina majoritária, que nos diz que constitui agressão todo e qualquer comportamento humano (ação ou omissão) que represente uma ameaça para os interesses do defendente ou de terceiro protegidos pela ordem jurídica¹⁷. Melhor dizendo, o ato de agressão é todo o comportamento humano voluntário que, por meio de ação ou omissão, ameace qualquer interesse juridicamente tutelado. Tal conceito permite, desde logo, que se afastem das agressões para efeitos de legítima defesa os casos em que a agressão seja exercida em estado de inconsciência ou em que não se vislumbre um mínimo de vontade do agressor¹⁸, bem como quaisquer perigos decorrentes de forças da natureza ou ataques de animais, aos quais seria aplicável o estado de necessidade¹⁹.

Por seu turno, no que respeita à ilicitude da agressão, a esmagadora maioria da doutrina entende, e bem, que esta não pressupõe uma natureza exclusivamente jurídico-penalmente relevante da ação, ou omissão, contrária ao Direito, nem carece que seja culpável ou que exista dolo, ou uma violação subjetiva do dever de cuidado, basta apenas uma objetiva violação a um interesse geral protegido²⁰. Porquanto é decorrência lógica de tal assunção que se pode reagir em legítima defesa para repelir uma agressão que se configure como um ilícito em qualquer ramo do direito, assim, podemos afirmar que, *e.g.*, um ilícito civil fundamenta uma situação de legítima defesa²¹.

Ainda referir que, quando a agressão reveste caráter penal, discute-se se deve atender-se à natureza dolosa ou negligente da mesma. Tal como ante exposto, a doutrina majoritária admite que em ambos os casos a agressão é relevante para poder fundamentar uma situação de legítima defesa, sustentando-se nas seguintes premissas: primeiramente, exigir o dolo ou “mera culpa” do agressor constituiria uma restrição incompatível com a letra do art. 32.º do CP, uma vez que não se pode retirar do presente

¹⁶ Palma, 1999, p. 1041.

¹⁷ Carvalho, 2014, p. 360 e Dias, 2019, pp. 477 e ss.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Roxin define a agressão como “uma ameaça a um bem jurídico por uma conduta humana”. Roxin, 2001, p. 611. A tradução é da nossa responsabilidade.

²⁰ Palma, Almeida & Vialança, 2009, p. 165; Ferreira, 2010, p. 181.

²¹ Dias, 2019, pp. 414-415.

artigo qualquer ilação no sentido de restringir a legítima defesa a agressões dolosas²²; depois, porque, maioritariamente, é insustentável impor-se ao agredido que tenha de ser ele a aferir a natureza dolosa ou negligente da agressão, por toda a dubiedade e instabilidade que isso acarreta.

2.1.2. Atualidade da agressão

O último pressuposto que confere um cunho particular ao fundamento da legítima defesa é a atualidade da agressão, sendo que os problemas que aqui surgem se relacionam com a determinação quer do início, quer do fim da ameaça.

Sem intenção de nos precipitarmos em conclusões, reconhecemos, desde logo, que este pressuposto poderá levantar dificuldades à justificação da conduta ilícita, mesmo quando esta represente um ato de autoproteção²³. Na maioria dos casos, a vítima, ora homicida, reage fatalmente à violência doméstica numa ocasião em que sinta que não há maior risco para a sua vida ou integridade física, pelo que a agressão poderá ainda não se ter iniciado, mas a vítima pressinta que a ocorrência da mesma seja expectável.

É pacífico na nossa doutrina que a agressão é atual quando já esteja em desenvolvimento ou seja iminente a sua execução²⁴. Não é a representação do agredido que é determinante, mas a situação objetiva de uma perspectiva *ex ante*²⁵. Tem sido alvo de discussão na doutrina a determinação dos critérios que se devem utilizar para aferir quando estamos diante de uma agressão iminente. Vejamos então como se tem vindo a balizar este pressuposto.

Uma parte da doutrina, da qual enfatizamos o entendimento perfilhado por Taipa de Carvalho²⁶, concatena a iminência da agressão com o regime da tentativa, apelando para a al. c) do n.º 2 do art. 22.º CP, que estatui a definição de atos de execução, que são “(...) os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas

²² Taipa DE Carvalho, afirma que o princípio da unidade da ordem jurídica se reconduz a uma necessidade de harmonia sistemático-normativa, pelo que se um facto é considerado lícito para um ramo do direito, por ser justificado, não pode, assim, ser considerado ilícito para outro ramo. Carvalho, 2014, p. 334.

²³ A exemplo, o Ac. do TRE de 1977 que julga um caso de homicídio no qual a mulher, vítima de maus-tratos físicos e sevícias sexuais, mata o marido na noite em que este lhe exige que faça coito anal. Após a arguida recusar, a vítima agarra um machado sem, no entanto, dirigir qualquer movimento contra a mulher. A homicida sentindo-se receosa pela sua vida, aproxima-se do marido, empurra-o, conseguindo apropriar-se do machado e inflige duas machadadas na sua cabeça que resultam na morte da vítima. Ora, o tribunal terá excluído qualquer hipótese de o homicídio tratar-se de um ato de defesa justificado, entendendo que “(...) muito embora se encontrasse num quarto fechado, estando a ré na posse do machado, tem de concluir-se que a sua integridade física e o seu pudor deixaram de estar em perigo iminente de lesão, não sendo justificável como defesa própria a agressão que veio a cometer”. Esta decisão foi contestada pela nossa doutrina *vide* Beleza, 1991, pp. 153 e ss. e Ferreira, 2005, pp. 129-130.

²⁴ Gonçalves, 2007, p. 167.

²⁵ Dias, 2019, p. 411.

²⁶ Carvalho, 2014, pp. 365-366. Esta doutrina encontra acolhimento na jurisprudência, a título de exemplo, no Ac. STJ de 18/04/2018, Proc. n.º 1603/14.1JAPRT.G1.S1. Acompanha este entendimento Palma, Almeida & Vialança, 2009, pp. 165-166.

anteriores”. Melhor dizendo, esta doutrina socorre-se do conceito de atos de execução constitutivos da tentativa do crime equiparando-os ao momento a partir do qual a agressão se deve considerar iminente e, portanto, atual.

Por sua vez, e numa posição antagônica à doutrina mencionada *supra*, Figueiredo Dias²⁷ identifica que “(...) a agressão é iminente quando o bem jurídico se encontra imediatamente ameaçado”. Ademais, o mesmo autor exemplifica que:

(...) deve considerar-se coberto pela legítima defesa o disparo de A sobre B quando efetuado no momento em que B levou a mão ao bolso para sacar do revólver com o qual pretendia atirar sobre A (...) embora ainda não iniciada, se deveria seguir imediatamente.²⁸

Assim, ao abrigo da doutrina defendida por Figueiredo Dias, as fronteiras da tentativa devem situar-se o mais próximo possível da consumação, pelo que ao esperar-se pelo começo dos atos de execução para que a agressão se considere atual, pode já não ser possível repelir a agressão e, nos casos em que a defesa seja ainda possível, poderá ser mais gravosa para o agressor do que seria se se considerar que a atualidade tem início antes da tentativa²⁹.

Em sentido oposto, têm sido objeto de discussão na doutrina algumas tentativas de demarcar o início da agressão para um momento anterior, em que já exista um conhecimento convicto de que aquela terá lugar. Para estas correntes, a agressão será atual no momento em que já não se torna possível repeli-la senão mediante um endurecimento dos meios, por não ser possível uma defesa posterior – solução da eficácia da defesa de Schmidhäuser³⁰. Não colhemos aqui o argumento de que podemos falar de atualidade, como nem sequer podemos falar de uma agressão³¹. Melhor explicando, pensemos no seguinte exemplo: o dono de uma estalagem ouve uns hóspedes combinarem entre si um assalto ao seu estabelecimento durante a noite. Nesta sequência, para se prevenir do assalto, e por ser a altura em que existe maior grau de segurança para o evitar, coloca uma droga sonífera nas bebidas dos hóspedes³².

Acompanhamos o entendimento de Taipa de Carvalho no sentido de considerarmos a al. c) do n.º 2 do art. 22.º do CP como critério do início da atualidade da

²⁷ Dias, 2019, pp. 481 e ss.

²⁸ Relativamente à situação ilustrada no exemplo, Taipa de Carvalho, em sentido oposto, entende que a mesma cabe no âmbito da tentativa: “(...) configura, inequivocamente, em minha opinião, um ato de execução da tentativa de homicídio, segundo a nossa referida al. c) (...)”. Carvalho, 2014, p. 366.

²⁹ Ainda referir a crítica esgrimida por Figueiredo Dias que alerta para a inadequação do regime da tentativa como critério para aferir o início da atualidade de uma agressão que não se dirige a bens tutelados pelo direito penal. Dias, 2019, pp. 411-412.

³⁰ *Ibidem*, pp. 412-413.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

agressão, pela garantia que se extrai do mesmo naquilo que toca à certeza e segurança jurídica na determinação do que se entende por agressão iminente e, conseqüentemente, atual.

Resolvido o problema do início da agressão, passemos a analisar o termo da atualidade da agressão. Entendemos que uma agressão é atual até ao momento em que “(...) a defesa é suscetível de pôr fim à agressão, pois só então fica afastado o perigo de que ela possa vir a revelar-se desnecessária para repelir aquela”³³. Isto quer dizer que, até ao último momento em que a agressão persistir, a legítima defesa pode ter lugar. Não obstante, o termo da atualidade da agressão não se identifica sempre com o momento da consumação (formal ou típica), pelo que, ensina-nos Figueiredo Dias, nem sempre “(...) o último momento em que a agressão ainda persiste (...)”³⁴ coincide com a consumação do facto típico. Assim acontecerá, a título de exemplo, no crime de ofensas à integridade física (art. 143.º CP), em que o crime já se pode encontrar consumado, mas como este tipo legal poderá consubstanciar situações de ofensas de forma continuada, é ainda possível repelir as agressões, ao abrigo da figura da legítima defesa, enquanto estas se seguirem.

2.1.2.1. A admissibilidade da legítima defesa “preventiva”

É ainda a propósito do requisito da atualidade que se debate a questão da preparação antecipada da defesa em relação a uma eventual agressão, ou seja, é aqui que colocamos a problemática sobre a admissibilidade e legitimidade da existência de uma defesa “preventiva” em determinados contextos, nomeadamente, no de violência doméstica, sabendo que, em muitos casos, a proteção estatal não é eficiente e que a vítima se vê impossibilitada de fugir da situação em que vive e acaba por agir por conta própria para proteger a própria vida.

Assim, cabe-nos agora indagar sobre algumas propostas discutidas na doutrina sobre as situações em que, não obstante a agressão não ser sequer iminente, já se sabe antecipadamente, com um elevado grau de segurança, que ela vai ter lugar.

Nesta lógica, foi na Alemanha³⁵ que se indicou a admissibilidade de uma figura como a legítima defesa preventiva, através da “teoria da defesa mais eficaz”, segundo a qual a agressão seria já atual no momento em que se soubesse que ela viria a ter lugar se o adiamento da reação para o momento em que ela fosse iminente tornasse a resposta impossível ou, então, se ela só fosse possível mediante um grave endurecimento dos meios.

³³ *Ibidem*, p. 484.

³⁴ Dias, 2019, p. 483.

³⁵ Suppert *apud* Dias, 2019, p. 482.

A nossa doutrina mais representativa³⁶ não acolhe a teoria supramencionada, mesmo quando esta legítima defesa preventiva ocorra em contexto de irrefutável excecionalidade, como é o caso dos maus-tratos continuados perpetrados no seio doméstico.

Figueiredo Dias insurge-se no sentido em que, por um lado, em termos dogmáticos, a admissão de uma legítima defesa preventiva alargaria em demasia o conceito de atualidade da agressão e, por outro lado, em termos político-criminais, pode ter consequências extremamente nefastas, legitimando formas privadas de defesa em substituição da atuação das autoridades policiais competentes³⁷.

Numa posição também antagónica à teoria da defesa mais eficaz, Taipa de Carvalho acrescenta que a incerteza à volta da ocorrência de situações que ainda não se materializam numa agressão ilícita e atual e a ausência de ilicitude nos próprios atos preparatórios e nas ameaças afastam a possibilidade de a doutrina se socorrer da figura do art. 32.º do CP. Ainda em crítica, o autor ensina-nos que:

(...) esta teoria converte (...) o elemento ilicitude da agressão numa ficção, pois que uma agressão (...) que não se concretize na prática de atos a que se sigam, imediatamente, segundo a experiência comum, os atos idóneos a produzir o resultado (C.P., art. 22.º, n.º 2, al. c)) (...) não só não é uma agressão atual (iminente) como também não é ilícita (...).³⁸

Numa posição mais concludente com a admissibilidade de uma defesa preventiva encontramos Fernanda Palma³⁹, que reconhece a legalidade desta figura, mas exige que a ação de defesa seja limitada à lesão de bens jurídicos ou interesses de valor igual ou inferior aos do defendente preventivo e somente nos casos em que se afigure sem êxito qualquer outra ação de defesa. A autora não subscreve uma “legítima defesa limitada”, mas antes que deverá existir uma ponderação dos valores em conflito.

Acompanhando com alguma proximidade este último entendimento, cabe-nos agora fazer referência à posição alvitada por Sílvia Ferreira, que defende que a legítima defesa “preventiva” deverá ser circunscrita a situações que objetivamente representem um “perigo de agressão próxima, certa e previsível”, não só aos olhos do indivíduo ameaçado, que melhor conhecerá o contexto da ameaça, mas também da própria comunidade em geral, com base no critério da experiência comum⁴⁰. O que a autora nos

³⁶ Dias, 2019, p. 482 e ss.; ainda Carvalho, 1995, pp. 269 e ss.

³⁷ Dias, 2019, pp. 482-483.

³⁸ Carvalho, 1995, p. 282.

³⁹ Palma, Almeida & Vialança, 2009, p. 169.

⁴⁰ Ferreira, 2015, pp. 15-23.

vem dizer é que, exceccionalmente, o conceito de iminência coincidente com os atos executórios da tentativa, em determinados contextos, deverá comportar um sentido mais amplo, mas também que esta ampliação do conceito deve ser limitada à defesa de bens jurídico-penais estritamente pessoais, nomeadamente a vida, a integridade física vital e a liberdade física e sexual.

Para sustentar a sua posição, a presente autora recorre a um caso da nossa jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que data de 26 de novembro de 1986⁴¹: O pai do arguido por várias vezes infligiu maus-tratos físicos e psicológicos na mãe do homicida que obrigaram a vítima a receber tratamento hospitalar. Numa manhã, o arguido, ao ouvir a sua mãe pedir por socorro, percebe que a discussão escalara para mais um episódio de violência, pelo que se dirigiu ao quarto dos pais. Assim, chegando ao quarto do casal, o arguido tentou acalmar o pai verbalmente. Exaltado, o pai do arguido abre uma gaveta onde todos sabiam que ele guardava as armas e ao mesmo tempo gritava: “eu mato-vos, eu mato-vos”. O filho, vendo a situação a descontrolar-se, celeremente, decide tirar a outra arma do pai e dispara, resultando na morte da vítima. O STJ decide condenar o arguido pelo crime de homicídio simples (art. 131.º do CP) na pena de 6 anos de prisão⁴². Sílvia Ferreira defende a absolvição do arguido, uma vez que este terá agido em legítima defesa de terceiro (mãe), cuja agressão ainda se mantinha atual, e acrescenta ainda a possibilidade de estarmos diante de uma ação de defesa da sua própria vida, que também teria sido ameaçada pelo pai, ao abrigo da figura da legítima defesa “preventiva”⁴³.

Merece a nossa atenção o desinteresse demonstrado pelo tribunal na ponderação de qualquer causa de justificação da conduta homicida e, neste ponto, perfilhamos da posição da autora. No entanto, não podemos olvidar que, quanto à legítima defesa “preventiva” como figura cabível para este caso concreto, já nos distanciamos da opinião de Sílvia Ferreira. Cremos que a conduta do pai quando profere “eu mato-vos, eu mato-vos” ao mesmo tempo que deitava a mão a uma gaveta onde guardava armas já seria subsumível aos atos de execução da tentativa, mais concretamente aos descritos na al. c) do n.º 2 do art. 22.º do CP. Entendemos que feito um juízo *ex ante*, com base no critério da experiência comum, seria de esperar que, como o pai se encontrava manifestamente descontrolado e violento, o filho e a mãe estavam diante de uma ameaça séria ao seu bem jurídico vida. Assim, não vemos qualquer necessidade de se invocar uma interpretação menos restritiva do conceito de iminência, como parece propor a autora, uma vez que a ação de defesa do filho homicida respeitava os pressupostos da legítima defesa do art. 32.º do CP.

⁴¹ Ac. do STJ, Proc. n.º 038584, in BMJ n.º 361, dezembro de 1986, pp. 283-295.

⁴² Cfr. Comentário à decisão do STJ in Neves, 2001, p. 197.

⁴³ Ferreira, 2015, pp. 22-23.

Urge que tenhamos presente que, mesmo adotando uma concepção restritiva de iminência, estamos a admitir que se amplie o conceito de atualidade, uma vez que esta já não se encontra apenas limitada à agressão em execução, mas também aos atos que, em contextos específicos, quererão dizer que se segue, imediatamente, uma agressão. Assim, consideramos que, para evitar que a legítima defesa seja invocada inoportunamente, é preciso que se estabeleça uma posição clara sobre o critério da delimitação temporal do conceito de atualidade da agressão, para que não corramos o risco de legitimar ações de defesa contra meros atos preparatórios ou ameaças com pouco grau de certeza da ocorrência de uma efetiva futura agressão ilícita.

2.2) A defesa

2.2.1. Subsidiariedade da legítima defesa privada

Ora, existe um critério que influi para compreendermos a verificação da “necessidade” da defesa perante uma determinada ação lesiva dos nossos bens jurídicos, explanado no art. 21.º da CRP. Contudo, o nosso Código Penal, no art. 32.º, não se pronuncia quanto à natureza subsidiária da legítima defesa privada face à defesa pública.

Inversamente, o CP de 1886 era claro ao condicionar a legítima defesa a situações que manifestem a “impossibilidade de recorrer à força pública”⁴⁴, pelo que a letra da lei era explícita quanto à verificação deste pressuposto para que a defesa fosse legitimada.

Por sua vez, no CP de 1982⁴⁵, o legislador suprime da disposição legal a exigência da subsidiariedade na defesa privada, e assim se vem mantendo omissa em relação a esse pressuposto até aos dias de hoje⁴⁶. Todavia, será que a não previsibilidade legal do recurso à força pública, no atual art. 32.º do CP, assevera que não existe uma relação de subsidiariedade entre a legítima defesa privada e a defesa pública?

Outorgamos, então, que é a partir da leitura do art. 21.º da CRP que se extrai e consolida a natureza subsidiária da legítima defesa privada face à defesa pública. Em razão disso, depreende-se que sempre que o defendente assuma que é viável e oportuno recorrer à força policial para garantir a sua defesa, deve fazê-lo. Nesta lógica, advoga Cavaleiro de Ferreira⁴⁷ que, em último caso, é à autoridade pública que lhe é adstrita a função de garantir e manter a ordem e a tranquilidade públicas e a proteção dos cidadãos e dos seus interesses juridicamente tutelados.

⁴⁴ Art. 46.º, n.º 2 do Código Penal de 1886.

⁴⁵ Assume-se que a impossibilidade do recurso à força pública é, no domínio do Código Penal de 1982, como um requisito da legítima defesa. Cfr. Ac. do STJ de 21/04/1994, Proc. n.º 46.045.

⁴⁶ Carvalho, 2014, p. 377.

⁴⁷ Ferreira, 2010, p. 185.

2.2.2. Necessidade do meio

A necessidade do meio não é questão pacífica, aliás, é aquela que desperta mais dúvidas na aplicação ao caso concreto. Assim, torna-se imperioso identificar os critérios mais garantísticos para determinar se os meios utilizados foram os necessários/adequados para afastar a agressão. Nesta linha de pensamento, ensina-nos Figueiredo Dias que “o meio será necessário se for um meio idóneo e o menos gravoso para o agressor”⁴⁸, isto é, realçam-se duas características para definir o meio necessário/adequado a repelir ou a impedir a agressão: a necessidade do meio e a sua indispensabilidade.

Diremos mais, o juízo sobre a necessidade do meio tem natureza *ex ante* e é por isso que se faz referência ao momento da agressão⁴⁹. Por essa razão, “(...) não valem (...) os juízos assentes em conhecimentos posteriores elaborados fora do contexto da situação objetiva da legítima defesa (...)”⁵⁰.

Toda a dinâmica da agressão ilícita deve ser avaliada objetivamente a propósito do preenchimento do requisito da necessidade do meio, pelo que se deve atentar aqui às características físicas do agressor e do agredido, dos instrumentos ou armas de que um e outro utilizam ou podem lançar mão, bem como à espécie do bem jurídico agredido ou ameaçado de agressão⁵¹.

Ainda quanto a este pressuposto, importa referir que não deve considerar-se um meio adequado a neutralizar uma agressão ilícita aquele que comporta um risco para a vida e/ou integridade física do agredido. Isto quer dizer que, se o meio se revelar inseguro e duvidoso para repelir determinada agressão, então o agredido não verá o seu direito de defesa limitado a esse meio⁵².

Ora, da conjugação da al. a) do n.º 1 e da al. a) do n.º 2 do art. 3.º do DL n.º 457/99, de 5 de novembro, Taipa de Carvalho⁵³ fala-nos sobre a proporcionalidade qualitativa entre os bens jurídicos objeto da agressão e da ação de defesa, que considera extensiva à legítima defesa dos particulares. Isto é, ao autor mostra-se totalmente desajustado que um meio considerado indispensável à ação de defesa de um particular seja considerado excessivo e desnecessário para um polícia, uma vez que, nesta lógica, estaríamos a conferir o exercício da defesa em termos mais amplos mais aos particulares do que à polícia, quando é esta, *prima facie*, a detentora do poder de defesa. Destarte,

⁴⁸ Dias, 2019, p. 490.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 491.

⁵⁰ Ac. do STJ de 21/01/1998, Proc. n.º 97P1189.

⁵¹ Carvalho, 2014, p. 371.

⁵² Neste sentido, Ac. do TRP de 11/12/2013, Proc. n.º 154/05.0GARSD.P1: “(...) sem esquecer que a exigência de utilização do meio menos gravoso para o agressor não pode levar a fazer recair sobre o agredido risco para a sua vida ou integridade física, a significar que o defendente não está obrigado a recorrer a meios ou medidas cuja eficácia para a sua defesa é duvidosa ou incerta”.

⁵³ Carvalho, 2004, pp. 201-211.

não se preenchendo o pressuposto da proporcionalidade qualitativa dos bens, a ação de defesa que se traduza na morte ou lesão corporal grave do agressor é considerada ilícita.

2.3) Elemento subjetivo

No que concerne à justificação da ação de defesa, não concorrem apenas elementos objetivos, sendo que encontramos ainda fatores eminentemente subjetivos que têm evidenciado algum antagonismo na doutrina e na jurisprudência portuguesa. Podemos desde já afirmar de antemão que o entendimento sufragado pela doutrina majoritária é no sentido de que o defendente deve conhecer a situação de legítima defesa⁵⁴.

Existem, contudo, vozes discordantes face à doutrina mais representativa que defendem a exigência de um *plus* relativamente ao conhecimento dos pressupostos da legítima defesa, isto é, exigem que se verifique um elemento subjetivo específico, uma determinada direção volitiva que se concretize num *animus defendendi* que, segundo Leal-Henriques e Simas Santos⁵⁵, é pregado na letra da lei: “(...) o facto praticado, como meio necessário, para repelir a agressão”.

A jurisprudência tem vindo a apontar no sentido de se ter que verificar uma intenção de defesa: “Relativamente ao elemento subjectivo (o *animus defendendi*) (...) ser exigível o intuito ou a vontade de defesa por parte do defendente”⁵⁶; “Essencial, pressuposto estrutural à legítima defesa, é, mesmo, o “animus defendendi”, a intenção de, pelo contra-ataque a uma agressão, se suspender uma agressão ilegítima (...)”; “Do lado da defesa, a ação deve ser necessária, como também têm de o ser os meios utilizados para a defesa e subjetivamente conduzida pela vontade de se defender.”⁵⁷.

Nesta discussão, acompanhamos o parecer de Taipa de Carvalho, pelo que recusamos a exigência de um *animus defendendi* para que o ato de defesa seja legalmente justificado, bastando o conhecimento de todos os elementos objetivos da situação de legítima defesa, sendo este o elemento subjetivo comum a todas as causas de justificação elencadas no art. 31.º do CP⁵⁸. Pelo que consideramos, assim, que se o agente tiver conhecimento da situação de legítima defesa e repelir a agressão, nos limites da sua necessidade, não deverá exigir-se uma motivação de defesa adicional⁵⁹.

⁵⁴ Dias, 2019, pp. 430-431.

⁵⁵ Santos & Leal-Henriques, 2011, p. 337.

⁵⁶ Ac. do STJ de 22/04/2009, Proc. n.º 303.06.0GEVFX.

⁵⁷ Ac. do STJ de 10/11/2022, Proc. n.º 39/13.6JABRG.G2.S1.

⁵⁸ Nesta linha de pensamento, o Ac. do TRP de 11/12/2013 Proc. n.º 154/05.0GARSD.P1: “(...) a verdade é que se tem vindo ultimamente a entender, na esteira da doutrina mais recente que o elemento subjetivo da ação de legítima defesa se restringe à consciência da “situação de legítima defesa”, isto é, ao conhecimento e querer dos pressupostos objetivos daquela concreta situação (...) a significar que, em face de uma agressão atual e ilícita, se deve ter por excluída a ilicitude da conduta daquele que, independentemente da sua motivação, pratica os atos que, objetivamente, se mostrem necessários para a sua defesa”.

⁵⁹ Carvalho, 1995, pp. 375 a 387; Palma, 1990, pp. 611-693.

Capítulo II – Homicídio privilegiado

1. O fundamento do privilégio

Apesar da similitude com o crime de Homicídio do art. 131.º do CP, nomeadamente, naquilo que toca ao tipo de ilícito e ao bem jurídico tutelado, o crime de Homicídio Privilegiado vem autonomizado no art. 133.º do CP, por gozar de um juízo de censura e uma pena mais suaves face ao primeiro.

Sem nos querermos antecipar em conclusões, podemos desde já afiançar que, a diferença entre estes dois tipos legais deve-se, essencialmente, ao facto de ao teor legal do homicídio do art. 131.º do CP, o legislador acrescentar ao homicídio privilegiado várias circunstâncias privilegiadoras⁶⁰, suscetíveis de diminuir sensivelmente a culpa do agente e, por conseguinte, ser alvo de uma moldura penal menos gravosa, por haver uma censura mais leve.

Com a atenção que se impõe, vamos então debruçar-nos sobre o fundamento do privilégio no crime previsto no art. 133.º do CP, questão que suscita bastante discussão na doutrina.

Começemos por aquela que é a corrente maioritária na nossa doutrina e, por isso, atendamos às palavras de Figueiredo Dias, que nos ensina que:

(...) o efeito diminuidor da culpa ficar-se-á a dever ao reconhecimento de que, naquela situação (endógena e exógena), também o agente normalmente “fiel ao direito” teria sido sensível ao conflito espiritual que lhe foi criado e por ele afetado na sua decisão, no sentido de lhe ter sido estorvado o normal cumprimento das suas intenções.⁶¹

Para este autor, o privilegiamento da conduta homicida assenta numa cláusula de exigibilidade diminuída de comportamento diferente, concretizada em certos estados de afeto que são sentidos e vividos pelo agente e, conseqüentemente, diminuem a sua culpa. No entanto, importa aqui notar que estes estados emotivos não funcionam automaticamente, mas só quando conexiões com uma concreta situação de exigibilidade diminuída por eles determinada⁶².

Segue esta linha de pensamento Curado Neves, que entende que, embora o facto ilícito não deixe de ser alvo de censura, o motivo do crime é aprovado pela ordem

⁶⁰ Ferreira, 2004, p. 79.

⁶¹ Dias & Brandão, 2012, pp.81 e ss. No mesmo sentido, *vide* Ac. do STJ de 03/10/ 2007, Proc. n.º 07P2791.

⁶² Dias, 1999, p. 48. *Vide* Ac. do STJ de 01/03/2006, Proc. n.º 05P3789.

jurídica, a ponto de se considerar uma diminuição sensível da culpa do agente e, assim, tal motivação não pode ser censurada⁶³.

Para Teresa Quintela Brito:

(...) exigindo a lei o domínio do agente pela emoção ou pelo motivo e, ainda, a sensível diminuição da culpa, o fundamento do privilégio é, em todos os casos, a menor exigibilidade de um comportamento conforme ao direito, e não a afectação da capacidade psicológica do agente.⁶⁴

Isto é, a autora entende que se trata “(...) de um tipo de culpa autónomo e não de uma simples regra de medida da pena. Os elementos privilegiantes são verdadeiros elementos típicos, que tanto excluem a aplicação do art.º 131º como do art.º 132º”⁶⁵.

Existe uma outra parte da doutrina em que se defende também a diminuição da culpa, mas não exclusivamente pelo critério da exigibilidade diminuída. Para Amadeu Ferreira, em qualquer uma das circunstâncias referidas no artigo, o efeito diminuidor da culpa não se deve somente à menor exigibilidade da conduta, mas também ao estado do agente. Para fazer valer a sua posição, o autor divide o artigo em duas partes: “Na 1.ª parte do art. 133.º a menor culpa do agente deriva de reflexos da emoção violenta sobre a sua inteligência e a sua vontade”, que corresponde a uma diminuição da imputabilidade do agente, enquanto “(...) na 2.ª parte é a pressão intolerável de determinados motivos, positivamente valorados pela ordem jurídica, a razão da diminuição sensível da culpa.”⁶⁶, refletindo o critério da exigibilidade diminuída.

Em semelhança, também Costa Pinto recorre à divisão do artigo para melhor determinar o fundamento da diminuição da culpa que reside em cada elemento privilegiador. No que diz respeito ao art. 133.º do CP, o autor conclui o seguinte:

(...) encontra-se estruturado com base em cláusulas autónomas de menos culpabilidade do agente e uma cláusula de natureza mista, igualmente autónoma, que assenta numa menor ilicitude do facto e uma menor culpabilidade do agente.⁶⁷

Destarte, as três primeiras cláusulas são situações de facto em que o agente vê o crime como único escape da situação em que se encontra, havendo uma menor culpa do

⁶³ Neves, 2001, p. 194.

⁶⁴ Brito, 2003, p. 911.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 926.

⁶⁶ Ferreira, 2004, p. 76.

⁶⁷ Pinto, 1998, p. 288.

agente. Já em relação à última cláusula, diz-nos que esta assenta numa menor ilicitude do facto e, simultaneamente, numa menor culpabilidade, pelo que se requer uma aferição objetiva dos motivos do agente, o que recai em sede de ilicitude.

Na mesma linha de pensamento, Taipa de Carvalho⁶⁸ entende que o tipo assume um carácter misto, uma vez que “(...) contém ao lado de situações que, de facto, devem relevar só ao nível da culpa (...)”, situações “(...) que são relevantes não apenas no plano culpa, mas também no plano do ilícito”.

Quanto a nós, seguimos com proximidade o entendimento de que o homicídio privilegiado encontra o seu fundamento na diminuição da culpa do agente, tendo por base uma cláusula de exigibilidade diminuída que tem que ser concretizada nos estados emotivos que dominem o agente e, por conseguinte, condicionem o seu discernimento.

Parece-nos aqui pertinente correlacionar esta matéria com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 1986⁶⁹, ante exposto, apesar de entendermos que se trata, nitidamente, de um caso de legítima defesa, senão própria, de terceiro. O tribunal limitou-se a considerar a aplicação do art. 133.º do CP, através da cláusula de privilegiamento da compreensível emoção violenta, apenas para afirmar a desproporcionalidade entre o comportamento do pai e a reação do filho, ignorando que este agiu com o intuito de libertar a mãe da bolha de terror e medo que vivia, e descartando a possibilidade de não se exigir ao agente outro comportamento, devido ao estado de afeto que o dominava, no momento da prática do crime.

2. Os estados emotivos

É axiomático a influência que os estados emotivos exercem nos nossos atos e decisões, pelo que entendeu o legislador que deveria tipificar alguns deles no art. 133.º do CP, por serem passíveis de determinar o agente à prática do crime de homicídio, mas diminuir a exigibilidade de um comportamento conforme ao direito e, em razão disso, a censurabilidade do crime. Assim sendo, dedicar-nos-emos agora ao esclarecimento dos elementos “compreensível emoção violenta” e “desespero”, por serem estes os estados emotivos que melhor se amoldam à situação do homicídio como reação aos maus-tratos continuados perpetrados no seio familiar.

2.1) A compreensível emoção violenta

Retira-se, desde logo, da letra da lei que para o privilegiamento do homicídio não basta que o agente esteja sob uma emoção violenta, é ainda necessário que essa emoção seja compreendida pela ordem jurídica. Propomo-nos, assim, deslindar os conceitos de

⁶⁸ Carvalho, 1995, p. 359.

⁶⁹ Ac. do STJ, Proc. n.º 038584, in BMJ n.º 361, dezembro de 1986, pp. 283-295.

emoção violenta e, mais difícil, o que se entende por compreensibilidade neste tipo de situações.

Ora, a violência que se exige da emoção contende com uma emoção forte, e intensa, que contamine o discernimento do agente e o domine ao ponto de que só por força da sua influência é que o agente cometeu o crime⁷⁰. Nesta lógica, Figueiredo Dias fala-nos de “(...) um forte estado de afecto emocional provocado por uma situação pela qual o agente não pode ser censurado e à qual também o homem normalmente “fiel ao direito” não deixaria de ser sensível”⁷¹. Fernando Silva adita que:

(...) uma emoção corresponde a uma alteração psicológica, uma perturbação em relação ao seu estado normal. Sendo violenta quando faz desencadear uma reacção agressiva no agente, sendo necessário que essa emoção violenta domine o agente, ou seja, que o determine a agir, e que seja apenas por força da sua influência que o agente actue.⁷²

Já no que toca à compreensibilidade, a discussão na doutrina e na jurisprudência já não é tão pacífica, uma vez que é extremamente difícil balizar aquilo que é compreensível e o que não é. Contudo, sufragamos o entendimento de Amadeu Ferreira⁷³, que nos ensina que a compreensibilidade respeita apenas à emoção e não ao facto ilícito. Melhor dizendo, a lei não compreende o crime, mas antes a emoção que o motivou. Ora, vejamos então os considerandos da doutrina e da jurisprudência sobre o conceito de “compreensível”.

De princípio, a jurisprudência dominante⁷⁴ respondia a esta questão mediante a aplicação de um critério que atendia à relação de proporcionalidade entre o facto que desencadeia a emoção e o facto provocado por esta⁷⁵.

Face a esta interpretação do conceito, várias foram as críticas tecidas pela doutrina. Neste sentido, rapidamente se afirmou que “(...) nunca pode existir “proporcionalidade”, (...) entre qualquer emoção e a morte dolosa de outra pessoa”⁷⁶. Primeiramente, porque ao aplicar este critério estamos a dar “(...) uma interpretação de duvidosa compatibilidade com o princípio da legalidade (...)”⁷⁷, dado que, isto implicaria uma restrição infundada da aplicação do tipo legal⁷⁸. Depois, porque é difícil encontrar

⁷⁰ Ferreira, 2004, pp. 95-96.

⁷¹ Dias, 1999, pp. 692 e ss.

⁷² Silva, 2017, p. 102.

⁷³ *Ibidem*, p. 93.

⁷⁴ Por exemplo, Ac. do STJ de 16/01/1985 *in* BMJ n.º 343, pp. 189-193; Ac. do STJ de 19/04/1989 *in* BMJ n.º 386, p. 222.

⁷⁵ Silva, 2017, pp. 103 e ss.

⁷⁶ Dias, 1999, p. 51.

⁷⁷ Silva, 2017, p. 104.

⁷⁸ *Ibidem*.

um facto que seja proporcional a um homicídio⁷⁹. Ademais, estaríamos a desvirtuar por completo o sentido do art. 133.º do CP, uma vez que:

(...) apreciar se o seu facto é proporcional à causa que o motivou, não estamos a ter em conta a personalidade do agente, o seu estado emocional, a sua situação psicológica para aferir se a ele lhe é menos exigível actuar daquele modo, ou se, pelo contrário, a exigibilidade se mantém a mesma.⁸⁰

Com o decorrer do tempo, a jurisprudência foi-se aproximando do pensamento da doutrina dominante, substituindo o critério da proporcionalidade pelo critério da relação de causalidade entre o crime e a emoção, exigindo-se “(...) um mínimo de gravidade ou peso da emoção que estorva o cumprimento das intenções normais do agente e determinada por facto que lhe não é imputável”⁸¹. O que é certo é que a própria jurisprudência e a doutrina têm dificuldade em definir o conceito de “compreensível” e, nesta desenvoltura, a doutrina acabou por se dividir, o que resultou no surgimento de dois critérios: o critério subjetivo (referindo-se ao concreto agente do crime) e o critério objetivo (recorrer à figura do homem médio).

De entre os que perfilham o critério subjetivo, evidenciamos aqui alguns autores. Para Amadeu Ferreira:

(...) a emoção, igualmente, só pode ser correctamente avaliada se tomarmos como medida o próprio agente emocionado. É em relação a ele, e não em abstrato ou de acordo com qualquer homem médio, que deve poder dizer-se se a emoção é violenta e o domina⁸².

Numa postura mais crítica, Teresa Serra considera que o critério do homem médio é um critério normativo, “(...) na medida em que está longe de fornecer indícios ao intérprete, sustentando, assim, que o critério a ser concretizado se deve referir à personalidade do agente individual que actua”⁸³.

Por seu turno, Figueiredo Dias define a compreensível emoção violenta como “(...) um forte estado de afecto emocional provocado por uma situação pela qual o agente não pode ser censurado e à qual também o homem normalmente “fiel ao direito” não deixaria de ser sensível”⁸⁴. Neste mesmo sentido, diz-nos Pinto de Albuquerque que “(...)

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 104-105.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 105.

⁸¹ Dias, 1999, p. 51.

⁸² Ferreira, 2004, p. 99.

⁸³ Serra, 2000, p. 144.

⁸⁴ Dias, 1999, p. 50.

é necessário que o homem médio possa rever-se no modo como o agente lidou com a situação”⁸⁵. Por fim, Fernando Silva sublinha que se deve atender ao “(...) padrão do homem médio, colocado nas condições do agente, com as suas características, o seu grau de cultura e formação (...)”⁸⁶, enfatizando a relevância de se considerar as características do agente e do seu meio social.

Quanto a nós, demonstramos maior embevecimento pelo critério objetivo, na medida em que havendo um nexo de causalidade entre o crime e a emoção que domine o agente, sendo esta compreensível, violenta e que diminua a exigibilidade de comportamento diferente, deverá o facto ilícito ser enquadrado no tipo legal do art. 133.º do CP.

2.2) O desespero

O desespero é a terceira cláusula de privilegiamento que consta do art. 133.º do CP e, muitas das vezes, uma situação de desespero pode desencadear uma emoção violenta, no entanto, isto não quer dizer que uma se sobrepõe à outra, pois não deixam de ser estados de afeto distintos⁸⁷.

Destacamos, desde logo, o entendimento de dois autores que consideramos pertinentes e elucidativos para fazermos uma distinção mais clara entre os dois estados emotivos referidos *supra*. Amadeu Ferreira menciona que o desespero

(...) embora muito próximo da emoção violenta, distingue-se dela porque coincide, em geral, com situações que se arrastam no tempo, fruto de pequenos ou grandes conflitos que acabam por levar o agente a considerar-se numa situação sem saída, deixando de acreditar, de ter esperança.⁸⁸

No mesmo sentido, Carlota de Almeida afirma que “(...) o desespero não resulta de uma reação imediata e perceptível a qualquer observador, mas de um processo insidioso que, lenta e silenciosamente, vai conduzindo o agente até ao ato criminoso”⁸⁹.

Aprofundando o presente conceito, ensina-nos Figueiredo Dias que o desespero corresponde “(...) não tanto a situação objectiva de falta de esperança na obtenção de um

⁸⁵ Albuquerque, 2022, p. 409.

⁸⁶ Silva, 2017, pp. 106 e 107. No mesmo sentido, o Ac. do STJ de 01/03/2006, Proc. n.º 05P3789: “A partir da imagem do homem médio (diligente, fiel ao direito, bom chefe de família) tentar-se-á apurar se, colocado perante o facto desencadeador da emoção, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar em que o agente se encontrava, se conseguiria ou não libertar da emoção violenta que dele se apoderou”.

⁸⁷ Silva, 2017, p. 117.

⁸⁸ Ferreira, 2004, pp. 68-69.

⁸⁹ Almeida, 2013, p. 207.

resultado ou de uma finalidade, mas sobretudo a estados de afecto ligados à angústia, à depressão ou à revolta”⁹⁰.

Mais dizendo, entende Fernando Silva que a letra da lei exige que o agente se encontre dominado pelo desespero, pois só essa pressão psicológica provocada pelo estado de afeto poderia justificar a exigibilidade diminuída que fundamenta a diminuição da culpa⁹¹. O autor alerta que, nestas situações, “(...) o decurso do tempo foi funcionando como agravante da situação do agente, que, provavelmente, em silêncio e sozinho foi interiorizando o seu sentimento, acabando por o exteriorizar com a prática da conduta homicida”⁹².

Nas palavras de Teresa Serra, o desespero “(...) implica estados emotivos de natureza passiva, interiorizada, reflexiva, com uma componente intelectual, não sujeita à cláusula da compreensibilidade, podendo reconduzir-se ao desespero os casos de homicídio de humilhação prolongada”⁹³.

Como podemos verificar, a doutrina⁹⁴ é unânime no entendimento de que nesta circunstância privilegiante poderão ser subsumíveis certos casos de humilhações prolongadas (o caso da mulher que, pelo facto de ser constantemente agredida, mata o marido em desespero por não aguentar mais)⁹⁵. Sendo que esta conduta homicida mais não é do que uma “(...) reação de saturação a uma vida indigna para a qual se não encontrava outra saída.”⁹⁶, e por esta razão, considera a ordem jurídica uma conduta ilícita, mas merecedora de uma censurabilidade diminuída.

⁹⁰ Dias, 1999, p. 52.

⁹¹ Silva, 2017, p. 117.

⁹² *Ibidem*, p. 118.

⁹³ Serra, 1998, p. 160.

⁹⁴ Silva, 2017, p. 117; Dias, 1999, p. 52; Ferreira, 2004, pp. 69-70.

⁹⁵ Ferreira, 2004, pp. 68 e ss.

⁹⁶ Neves, 2001, p. 199.

Capítulo III – O histórico de violência doméstica enquanto fator excludente ou atenuante da responsabilidade penal por homicídio em diversos ordenamentos jurídicos

1. Fenómenos psicológicos em contexto de violência contra as mulheres

A BWS, desenvolvida por Lenore Walker, explica o estado emocional de mulheres vítimas de abuso, no sentido de se perceber o porquê de as mulheres permanecerem frequentemente em relacionamentos abusivos; e a *Learned Helplessness*, também desenvolvida pela mesma autora, que, por sua vez, explica o porquê das mulheres tenderem a não reagir instantaneamente a uma situação de abuso, seja derivado a problemáticas do foro psicológico e/ou pela desproporcionalidade física entre o agressor e a vítima, que faz com que a mesma sinta que a sua resposta será inútil ou criará ainda mais perigo para a sua vida.

Consideramos, assim, conveniente tratar estes dois fenómenos psicológicos, no sentido de percebermos o peso que deve ser dado a um historial de abuso nos casos em que a mulher que outrora foi vítima se convola em agressora. E, ainda, em que medida deve o juiz munir-se de determinados expedientes, que analisaremos *infra*, na qualificação jurídica destas situações, sendo que, como teremos oportunidade de constatar, na grande maioria das vezes, o julgador acaba por condenar pelo homicídio, quer nas suas previsões fundamentais, quer qualificadas e, raras as vezes, privilegiadas.

Ora, naquilo que contende com os expedientes que o juiz não se deve coibir de lançar mão para realizar a justiça, acreditamos ser pertinente tecer uma breve anotação sobre o entendimento de Sara Leitão Moreira relativamente a esta questão. Destarte, diz-nos a autora que, nos tempos que correm, estamos perante um “(...) verdadeiro eclodir de encontros entre ciências, nomeadamente das neurociências e do direito penal (...)”⁹⁷. A autora admite que o juiz é o perito dos peritos⁹⁸, contudo, crê veemente que nem sempre é fácil determinar o estado de afeto que dominava a mulher no momento em que ocorreu a agressão e, por este motivo, apela a uma

(...) cultura de realização de perícias médico-legais, nomeadamente, ao estado psiquiátrico, psicológico e mesmo neurológico do agressor que tenha também sido vítima, pois, não obstante estas perícias poderem não ser

⁹⁷ Moreira, s.d., p. 11.

⁹⁸ Moreira, 2012, p. 81.

conclusivas, (...) certamente que poderão contribuir para a boa decisão do juiz e descoberta da verdade material.⁹⁹

Ou seja, aquilo que a autora enfatiza é que, sem a realização de exames e perícias de foro neurológico, não se consegue comprovar que existe uma certa labilidade emocional num agente e, conexamente, uma situação que pode diminuir a sua culpa. À vista disso, em prol da boa decisão da causa, o julgador deve recorrer à prova pericial, que se encontra regulada nos arts. 151.º e ss. do CPP, mais particularmente, às perícias sobre a personalidade (art. 160.º do CPP), para o coadjuvar na sua decisão sobre a culpa do agente, de forma a que não se rume sempre no mesmo sentido,

(...) onde nem sequer é colocada a possibilidade de ter havido uma situação de excesso de legítima defesa (ou mesmo de legítima defesa) ou de qualquer outra que tenha sido determinada precisamente por ter havido episódios de violência em sede anterior, onde os papéis de vítima e agressor se encontravam invertidos.¹⁰⁰

1.1) *Battered women syndrome*

Ora, antes de mais, Teresa Pizarro Beleza começa por apontar que é um facto socialmente vivido como real o de que, em geral, as mulheres têm “(...) mais medo dos homens do que o contrário no que diz respeito a agressões físicas ou/e sexuais (...)”, desde logo, pela diferença “(...) de força física entre a generalidade dos homens e das mulheres (...)”¹⁰¹, que haverá de repercutir no caso de uma eventual agressão.

Assim, propomo-nos desnudar o conceito de BWS e a reflexão do mesmo no aparelho de justiça, na medida em que deve servir como contributo para uma narrativa de abusos que permita ao julgador tomar uma decisão com senso de justiça atendendo a todas circunstâncias do caso.

Tal como já referido *supra*, este conceito foi desenvolvido por Lenore Walker para designar o

(...) conjunto de sintomas psicológicos geralmente passageiros que são, amiúde, observados num padrão reconhecível, e especificamente em mulheres que afirmam ter sido física, sexual e/ou psicologicamente abusadas de forma grosseira pelos seus companheiros.¹⁰²

⁹⁹ Moreira, s.d., p. 12.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹⁰¹ Beleza, 1995, p. 292.

¹⁰² Walker, 1993, p. 135.

Assim, a autora afirma que existem padrões comportamentais decorrentes dos abusos físicos, sexuais e psicológicos continuados e vivenciados pelas mulheres que permitem identificar uma síndrome¹⁰³.

A abordagem sobre a BWS reveste-se assim de suma importância para percebermos o porquê de as mulheres se mostrarem incapazes de abandonar uma relação violenta. Consequentemente, é aqui cabível afirmar que uma mulher que tenha sofrido maus-tratos continuados pode, de um momento para o outro, acabar por matar o seu marido “(...) numa situação ou momento que, considerados isoladamente, não se prestam ao enquadramento nos pressupostos da legítima defesa”¹⁰⁴. Aliás, Isabel Dias faz referência às dificuldades que se impõem quanto à alegação da legítima defesa em tribunal que “(...) advêm do facto de, geralmente, a resposta letal de muitas mulheres à violência que lhes é infligida pelos homens não ocorrer durante uma agressão ou confronto directo”¹⁰⁵. O que sublinha, uma vez mais, o mérito desta questão na instrução dos agentes da justiça no sentido de entenderem que, na esmagadora maioria dos casos, as mulheres são constrangidas a permanecer com os agressores e não conseguem simplesmente sair daquela relação, pelo que a resposta letal surge como a única solução possível. Curiosamente, Pedro Vergara, numa postulação já antiga, mas que, a nosso ver, em nada é arcaica, refere que cumpre sempre não olvidar os antecedentes do conflito, isto é, as circunstâncias em que o evento se desenrolou¹⁰⁶.

Não desmerecendo o contributo da BWS na luta pela visibilidade das reivindicações das mulheres que “hoje” são homicidas, mas outrora foram vítimas, o que é certo é que alguns autores fazem uma abordagem diversa sobre esta síndrome. Vejamos, então, o entendimento dos demais.

Ora, o que David Faigman critica é, precisamente, esta ideia de patologização do comportamento da mulher que Lenore Walker enfatiza, sendo que o autor considera que a mesma dá demasiada importância ao trabalho dos peritos e acaba por desconsiderar a situação peculiar em que a mulher se via envolvida. Ademais, explica que, ao tratar-se a BWS como uma patologia, dificilmente se sustentará uma decisão no sentido da legítima defesa¹⁰⁷.

De sua parte, Downs e Fischer assumem que os tribunais norte-americanos já se valeram da BWS e sentenciaram no sentido de absolver as mulheres que, em reação aos consecutivos abusos, acabam por matar os seus agressores, por considerarem as mesmas

¹⁰³ Walker, 1992, pp. 326-327.

¹⁰⁴ Beleza, 1995, p. 298.

¹⁰⁵ Dias, 2018, pp. 255-256.

¹⁰⁶ Vergara, 1949, pp. 251-254.

¹⁰⁷ Faigman, 1986, pp. 645-647.

inimputáveis, na medida em que agiram sob um efeito psicológico anormal. Contudo, o ponto que estes autores trazem à colação é a fiabilidade das confissões de abusos feitas pelas mulheres, sublinhando que uma aplicação acrítica da BWS pode provocar uma crise de legitimidade das alegações das mulheres batidas¹⁰⁸.

Alinhados com os autores suprarreferidos, Dobash e Dobash¹⁰⁹ revelam que foi o Tribunal Supremo de Nova Jérсия que, em 1984, aceitou lidar com o primeiro processo judicial empregando o conceito de BWS para julgar uma mulher que assassinara o seu marido, dando assim um grande passo no aparelho de justiça ao reconhecer a necessidade de compreensão do comportamento das mulheres abusadas. Todavia, criticam o uso, em tribunais, de conceitos como a BWS, por acreditarem que representa um silenciamento da voz dessas mulheres, porquanto tal “(...) permite obscurecer, redefinir e ignorar as suas justificações”¹¹⁰.

Em suma, o que todos estes autores advogam é que o enfoque na patologia e na perturbação mental só reforça o estereótipo de vitimização e passividade, negando a capacidade que a mulher tem de agir, intencionalmente, em legítima defesa.

1.2) *Learned helplessness*

Avancemos, agora, para uma outra teoria, também desenvolvida por Lenore Walker, designada por *Learned Helplessness*. De forma sucinta, o que esta teoria nos vem mostrar é que a mulher vítima de violência doméstica, num contexto de agressões continuadas, sente-se desprotegida e, inerentemente, incapaz de sair ou defender-se dessa situação. Consequentemente, algumas mulheres violentadas acabam por conformar-se com a ideia de que as coisas nunca irão mudar, pelo que nem colocam a hipótese de responderem iminentemente face a uma agressão por considerarem que a sua defesa será fútil ou as colocará numa posição ainda mais delicada e perigosa.

Para explicar o terror imobilizador sentido por uma mulher vítima de violência doméstica, a autora lança mão do trabalho de Martin Seligman e respetivos colegas¹¹¹, que chegaram à conclusão de que os cães que eram submetidos, repetitivamente, a dolorosos choques elétricos inevitáveis, mesmo quando surgia a oportunidade de fugirem, acabavam por adotar um comportamento passivo, por acreditarem que nada acabaria com os choques. A partir desta experiência, é feita uma analogia para as mulheres que são vítimas de sucessivos abusos, pelos seus companheiros, mas que tomam uma atitude de submissão e indiferença perante os mesmos.

¹⁰⁸ Downs & Fisher, 2005, p. 247.

¹⁰⁹ Dobash & Dobash, 2003, p. 221.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 223.

¹¹¹ Seligman, Maier & Geer, 1968, pp. 256-262.

Foi expresso algum ceticismo sobre esta teoria, mas destacamos a dúvida que David Faigman colocou em cima da mesa. Ora, o que este autor nos vem dizer é que, se o estudo demonstrou que foi muito complicado treinar os cães para deixarem de ter um comportamento passivo e voltarem a tomar uma atitude de controlo sob a situação, então não se poderá usar esta teoria para sustentar a defesa da mulher que estava numa situação de abuso e acaba por matar o marido, pois “(...) não se poderia prever uma afirmação de controlo tão positiva como matar o agressor”¹¹².

Seguindo esta linha de pensamento, também Elizabeth Schneider tece críticas a esta teoria, na medida em que, para a autora, a mesma só acaba por acentuar os estereótipos sexuais pela relevância que é dada à vitimização e passividade da mulher violentada, em vez de se atentar às circunstâncias que possam explicar o homicídio como escolha necessária da mulher para salvar a própria vida¹¹³.

Ora, na mesma lógica dos reparos que foram feitos relativamente à BWS, aquilo que se critica é que estas teorias evocam uma defesa psicológica próxima a uma alegação de anormalidade e incapacidade, distanciando-se daquilo que realmente importa, que é demonstrar a razoabilidade da ação da mulher que mata o seu agressor. Assim, não estamos aqui a olvidar a importância de trazer à colação as evidências dos abusos, uma vez que reconhecemos o mérito de todos estes circunstancialismos para a boa decisão da causa. Estamos, antes, a deixar claro que, num julgamento de homicídio, atenta-se à conduta subjetiva de um indivíduo, pelo que não nos podemos apenas valer destas teorias para justificar a conduta, mas devemos utilizá-las, sim, como expedientes para realizar a justiça.

2. Enquadramento jurídico em diversos Estados¹¹⁴

Algo com que nos debatemos agora e achamos conveniente tecer algumas considerações a respeito é: E quando a vítima se convola em agressor? Tem direito a subrogar-se na causa de exclusão de ilicitude da legítima defesa? E se trespassar a barreira do meio necessário para repelir a agressão? Qual é o enquadramento jurídico-penal mais adequado e justo nestes casos?

Afinal, o que queremos aqui advogar é que decidir e julgar a conduta de uma pessoa não é algo que possa ser encarado de forma leviana, pelo que o julgador deve mobilizar todos os meios que estejam ao seu dispor para decidir com justiça, segurança e certeza. Isto não significa que estamos a apelar à impunidade penal da mulher que

¹¹² Faigman, 1986, p. 641. A tradução é da nossa responsabilidade.

¹¹³ Schneider, 1992, p. 561.

¹¹⁴ Linklaters LLP – “Women who kill in response to domestic violence: How do criminal justice systems respond?”, *Penal Reform International*, 2016. https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/04/Women_who_kill_in_response_to_domestic_violence_Full_report.pdf.

sofreu de maus-tratos continuados perpetrados no seio doméstico e que, motivada por esses, acaba por matar o seu companheiro. Aquilo que sufragamos é que todos os circunstancialismos do caso sejam tomados em consideração e que mulher responda criminalmente, mas na estrita medida da sua culpa.

Assim, debruçar-nos-emos agora nas legislações e decisões jurisprudenciais dos ordenamentos jurídicos que consideramos profícuos e relevantes para dar resposta às questões colocadas *supra*, a saber: Brasil, Espanha e Estados Unidos da América.

2.1) Brasil

É o CPB a principal fonte no que é concernente ao direito penal e, por isso, prevê todos os ilícitos penais e respetivas molduras de pena. No Brasil, apesar de não assistirmos a uma doutrina de precedente, isso não impede que a jurisprudência possa impactar na interpretação da legislação.

Conforme o art. 5.º, inciso XXXVIII, da CRFB, é reconhecida a instituição do júri quando estamos perante crimes dolosos contra a vida, pelo que estes ilícitos típicos são julgados por um Tribunal do Júri. Se o júri decidir pela condenação do réu, é ao juiz que compete fixar a pena, de acordo com os requisitos do Código, levando em consideração eventuais atenuantes e/ou circunstâncias agravantes.

Como teremos oportunidade de ver, um historial de abuso não é, por si só, uma defesa, contudo, pode ser relevante para que se considere a legítima defesa (art. 23.º do CPB) ou a “violenta emoção” (art. 65.º, inciso III, al. c) do CPB), esta última, enquanto circunstância atenuante.

Ademais, embora o CPB não mencione, explicitamente, um historial de violência doméstica como fator mitigante a considerar na sentença, o que é certo, é que os tribunais, à luz do art. 66.º do CPB, podem atenuar especialmente a pena, “em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Importa ainda referir que, conforme o disposto no art. 121.º, § 1.º do CPB, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço, se o agente cometeu o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Como conseguimos constatar, não está formalmente quantificado o peso que é atribuído às “circunstâncias relevantes” na sentença, ao passo que, quando se tratar de razões de relevante valor social ou moral e de violenta emoção, como já referimos, a pena pode ser reduzida de um sexto a um terço.

O art. 25.º do CPB prevê a figura da legítima defesa, que se concretiza no uso moderado dos meios necessários, para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Não nos parece, *prima facie*, que esta figura se aplique apenas

com base no facto de uma mulher ter sido vítima de maus-tratos continuados pelo seu companheiro. Sendo certo que, se o homicídio fosse cometido pela mulher, durante um ato de abuso por parte do seu agressor, esta defesa seria aplicável. Contudo, se a agressão não for “real ou iminente”, será que pode o tribunal considerar que a mulher agiu em legítima defesa? Mais uma vez, esta defesa é ressalvada, no sentido de que a mulher deve ser capaz de demonstrar que não poderia ter evitado o perigo de qualquer outra forma. Parece-nos improvável que um historial de abuso, por si só, seja suficiente para que se estabeleça a legítima defesa, uma vez que, na maioria dos casos, como já referimos anteriormente, as mulheres tendem a reagir em momentos em que não estão a defender-se de um perigo atual, mas antes de uma agressão que sabem que, mais tarde ou mais cedo, vai acabar por acontecer.

É responsabilidade do juiz fixar a pena para um ilícito penal, de acordo com os requisitos do Código e levando em consideração quaisquer circunstâncias agravantes, atenuantes e relevantes. Assim, mesmo que a vítima seja condenada pelo homicídio do seu agressor, nos termos da al. c), inciso III, do art. 65.º do CPB, surge uma circunstância atenuante no caso de o crime ter sido cometido “(...) sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”. No que é concernente com o presente artigo, ao contrário da legítima defesa, o gatilho para se considerar que a mulher agiu sob influência de violenta emoção é um “ato injusto”, e não uma situação de perigo. Um “ato injusto” não é definido, portanto, não está claro até que ponto este conceito poderia ser interpretado. Como tal, esta defesa pode aplicar-se em circunstâncias mais amplas do que aquelas em que o agressor da mulher cometeu, ou estava prestes a cometer, um ato de violência, desde que as suas ações consubstanciem um “ato injusto”. Dito isto, parece-nos que existe um certo grau de flexibilidade no tempo entre o ato de provocação e a “resposta” da mulher, na medida em que as ações desta não precisam de seguir-se imediatamente ao ato de provocação por parte do seu agressor.

Outrossim, quando a mulher comete o crime “(...) sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”, tal como disposto no § 1.º do art. 121.º do CPB. No presente artigo, prevê-se que o agente atue impelido, ou seja, impulsionado pela motivação, enquanto no artigo precedente basta que o autor cometa o delito por motivo ou sob influência, mas não por algo que o domina. De maneira que é possível que o juiz analise as duas possibilidades jurídicas no momento da aplicação da pena, sendo que, se o agente não estava efetivamente impelido pela motivação, ainda é viável considerar a atenuante do art. 65.º do CPB a título residual¹¹⁵.

¹¹⁵ Nucci, 2017. pp. 528-749.

Por fim, em conformidade com o disposto no art. 66.º do CPB, a pena pode ainda ser reduzida devido a qualquer “circunstância relevante”, ocorrida antes ou depois do crime, embora não prevista expressamente na lei. Tal como o conceito referido *supra*, o Código não especifica o que constitui “circunstância relevante”, pelo que não é claro se um historial de violência doméstica será condição suficiente para que se enverede por este artigo.

2.1.1. Caso Maria Quirino¹¹⁶

Em recurso criminal datado de 8 de setembro de 2011, Maria Quirino requereu a revisão da decisão do Tribunal do Júri, que a condenou a treze anos de prisão pela morte do marido, Vilmar Quirino. A ré afirmou que era casada há vinte anos e que o marido tinha o hábito de beber álcool e, conseqüentemente, de a ofender e agredir. Alegou, também, que queria separar-se do companheiro, mas este não aceitava a ideia de uma separação, acabando diversas vezes por a ameaçar de morte.

Por volta da meia-noite do dia 8 de outubro de 2007, Vilmar regressou a casa bastante alcoolizado e atacou a esposa, agarrando-a pelo pescoço, pontapeando-a, ofendendo-a verbalmente e dizendo que esta iria amanhecer “com a boca cheia de formigas”. Posteriormente, dirigiu-se até ao carro para ir buscar um saco que, segundo ele, continha uma arma, com a qual ameaçou a esposa e os filhos, dizendo “isto aqui é para vocês”. De seguida, enquanto Vilmar foi dormir para o quarto, Maria saiu da casa e, desesperada, apanhou uma marreta com a intenção de apenas desferir golpes nas pernas ou no tronco do marido, mas acabou mesmo por lhe dar “mais duas marretadas na cabeça”.

O júri manteve a condenação de Maria Quirino, em virtude de se ter concluído que os pressupostos da legítima defesa não estariam preenchidos, uma vez que o incidente entre ela e o seu marido já havia cessado. Ademais, foi constatado que Maria Quirino não usou os meios proporcionais e necessários para repelir uma eventual agressão do marido, dado que este estava a dormir aquando do desferimento dos golpes.

Pese embora concordemos com a decisão do júri quanto à não verificação dos pressupostos da legítima defesa, entendemos que as circunstâncias em que o crime ocorreu não foram devidamente consideradas. Com efeito, sufragamos que neste caso deveria ter sido ponderada a atenuação da pena da arguida nos termos do § 1.º do art. 121.º do CPB ou, no limite, se o juiz não considerasse que esta agiu sob o domínio de violenta emoção, poderia ter atenuado a pena à luz da al. c), inciso III, do art. 65.º do CPB, que apenas exige que o agente tenha agido sob a influência de violenta emoção,

¹¹⁶ Processo n.º 000XXXX-67.2012.8.24.0072 do TJSC.

provocada por ato injusto da vítima. Face à falta da atualidade da agressão, parece-nos que este fosse o caminho mais acertado.

2.2) Espanha

No que diz respeito ao ordenamento jurídico espanhol, também este não prevê qualquer disposição legal atinente às mulheres acusadas de crimes violentos que tenham sofrido de maus-tratos no seio familiar. Contudo, não é por não haver uma norma especialmente prevista para estas situações que estas mulheres não podem apresentar provas de pré-vitimação para sustentar as defesas postuladas no CPE, a saber: a perturbação mental temporária, a legítima defesa ou o medo insuperável. É no art. 20.º do CPE que se estabelecem os fundamentos possíveis para a isenção de responsabilidade penal. Porquanto, oportunamente, veremos aquelas que são as defesas mais relevantes quando aquelas que eram vítimas se convolam em agressoras.

O n.º 1 do art. 20.º do CPE prevê a isenção de responsabilidade penal nas situações em que o arguido consegue demonstrar que as suas ações foram causadas por um transtorno mental transitório decorrente de eventos externos. Um historial de violência doméstica pode consubstanciar um facto desencadeador de uma anomalia ou alteração psíquica de forma que o arguido não consiga compreender a ilegalidade do facto. Embora não se exija que o arguido tenha uma doença do foro psicológico diagnosticada para que esta defesa seja eficaz, o arguido tem de ser, imediatamente, examinado por um médico, em virtude de este verificar o grau de alteração mental.

Por sua vez, a legítima defesa, prevista no n.º 4 do art. 20.º do CPE, é a ação necessária para repelir uma agressão contra direitos próprios ou alheios, sendo que essa ação não se pode fundamentar no “(...) medo de agressão futura”¹¹⁷. Para a subsunção de uma conduta a uma ação de legítima defesa, será necessário que se preencham os seguintes requisitos: (i) haver uma agressão ilícita; (ii) uso de meios necessários e proporcionais para impedir ou repelir a agressão; e (iii) a agressão não ter sido provocada pela pessoa que se está a defender. Pela natureza desta figura, depreendemos, desde logo, que esta defesa só estará disponível quando a ação da mulher for uma reação imediata a uma agressão por parte do marido, em vista da sua defesa ou da defesa de outra pessoa, *e.g.* um filho. Assim, a legítima defesa não pode ser alegada pela mulher que mata o marido por reatar uma eventual agressão do mesmo e a continuidade dos maus-tratos.

Finalmente, à luz do n.º 6 do presente artigo, uma pessoa não pode ser criminalmente responsável se agiu movida por um medo insuperável. Ora, transpondo isto para o contexto objeto deste trabalho, deve ser demonstrado que o cometimento do

¹¹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Espanha, Segunda Secção de 04/02/1983. A tradução é da nossa responsabilidade.

crime surgiu de uma situação real, verdadeira, grave, reconhecida, iminente e injustificada, capaz de gerar na arguida um estado tão intenso de medo que as suas faculdades ficam prejudicadas, a ponto de perder o controlo. Isto quer dizer que o medo não poderia ser superado por pessoas comuns e foi o único motivo que levou a arguida a agir daquela forma.

Para além das defesas já abordadas, o n.º 1 do art. 21.º do CPE postula que, à falta de verificação de todos os requisitos para que se possa eximir o arguido de responsabilidade criminal, esses mesmos requisitos continuam, em parte, por existir e, por isso, relevam enquanto fatores atenuantes que podem refletir na sentença, no sentido de permitirem penas menos gravosas. Ademais, a responsabilidade criminal pode ainda ser mitigada à luz do n.º 3 do art. 21.º do CPE quando as ações do arguido tiverem sido causadas por estímulos tão avassaladores que produziram fúria, obstinação ou outro estado de espírito semelhante (“estado passional”).

Só notar, ainda, a circunstância prevista no art. 23.º do CPE, que permite ao Tribunal considerar a relação de parentesco entre o arguido e a vítima, e que, dependendo de todo o circunstancialismo do caso, pode constituir um fator agravante ou atenuante, atendendo à natureza, aos motivos e aos efeitos do crime.

Embora não esteja formalizada nenhuma regra quanto à aplicação desta norma, geralmente, os tribunais consideram a relação de parentesco como fator agravante nos crimes contra pessoas e contra a liberdade sexual. Porém, em crimes contra a propriedade e contra a honra, a relação de parentesco tem vindo a subsumir-se a um fator atenuante.

2.2.1. Acórdão do Supremo Tribunal de 11/10/2011¹¹⁸

Enquanto o marido estava a descansar na cama, a esposa bateu-lhe com um haltere, causando a sua morte. A arguida depôs acerca dos longos anos que sofreu de maus-tratos nas mãos do companheiro e invocou que agiu ao abrigo da legítima defesa, medo insuperável e estado passional. O tribunal de primeira instância considerou o parentesco como fator agravante e a confissão da arguida como fator atenuante, condenando-a a quinze anos de prisão. Em sede de recurso, o Supremo Tribunal confirmou o acórdão recorrido, por considerar que a violência do ato afastava a possibilidade de estabelecer qualquer defesa; porque não havia perigo iminente para a arguida, dado que o marido estava desprevenido; e por não se ter provado que o medo insuperável foi o evento desencadeador do crime de homicídio.

¹¹⁸ Linklaters LLP – “Women who kill in response to domestic violence: How do criminal justice systems respond?”, *Penal Reform International*, 2016, p. 72. https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/04/Women_who_kill_in_response_to_domestic_violence_Full_report.pdf.

Conseguimos compreender o porquê de o tribunal afastar a figura da legítima defesa, uma vez que não se verifica uma agressão atual e ilícita. Bem como também não nos parece que faça aqui sentido a alegação de medo insuperável, pois apesar de reconhecermos que as vítimas de maus-tratos continuados vivem assombradas por um terror constante, não podemos inserir no preceito do art. 20.º, n.º 6 do CPE qualquer situação em que a mulher não tenha efetivamente agido ao abrigo de um estado tão intenso de medo que as suas faculdades ficaram prejudicadas e por isso agiu daquela forma. Da mesma maneira que o estado passional, enquanto circunstância atenuante prevista no art. 21.º, n.º 3 do CPE, também não seria aqui cabível, por não se ter provado que a arguida agiu sob um estado de emoção avassalador que desencadeou o crime de homicídio. A nosso ver, o tribunal pecou ao considerar apenas como circunstância atenuante a confissão da arguida, sendo que o circunstancialismo do caso permitia que este, nos termos do n.º 1 do art. 21.º do CPE, valorasse todos os requisitos que, embora não fossem suficientes para eximir a arguida de responsabilidade criminal, relevavam enquanto circunstâncias atenuantes. Ademais, não subscrevemos o entendimento de que, nos casos em que a mulher foi violentada pelo marido durante anos, o parentesco deva ser considerado como uma circunstância agravante. Em suma, posicionamo-nos no sentido de que o tribunal deveria ter considerado a pré-vitimação e os consequentes traumas psicológicos como fatores atenuantes e não ter considerado a relação de parentesco como fator agravante. Porquanto, ao abrigo do art. 66.º do CPE, o tribunal deveria ter atenuado e individualizado a pena da arguida, atendendo ao contexto particular do caso, o que não fez.

2.3) Estados Unidos da América

Cumpre-nos, desde já, começar por referir que, a par da Constituição dos EUA, cada um dos cinquenta estados tem a sua própria constituição estadual, estrutura governamental, legislação e poder judicial. Porquanto, para efeitos do presente estudo e, pelos seus desencontros jurídicos, assinalamos dois estados como amostra, a saber: Califórnia e Nova Iorque.

Pese embora as Diretrizes Federais de Condenação (*The “Guidelines”*) deverem ser o ponto de partida e a referência inicial para a condenação¹¹⁹, o que é certo é que estas têm natureza “consultiva”. Pelo que os juízes federais estão autorizados a exercer um amplo poder discricionário nas fontes e tipos de provas utilizadas para determinar o tipo e a extensão da pena a ser imposta dentro dos limites fixados por lei, especialmente,

¹¹⁹ *Pepper v. United States*, 131 S. Ct. 1229, 1233 (2011).

naquilo que concerne com a informação mais completa possível sobre a vida e as características do arguido¹²⁰.

Por fim, antes de prosseguirmos, cumpre ainda notar a relevância do testemunho pericial, sendo que a sua admissibilidade, no âmbito da BWS, é regida pela Regra Federal de Prova 401¹²¹, que dispõe que a prova é relevante se o facto tem consequência na determinação da ação, e pela Regra Federal de Prova 403¹²², que, por sua vez, estabelece que o tribunal pode excluir provas relevantes se o seu valor probatório for substancialmente compensado pelo perigo de induzir o júri em erro, atrasar o processo e causar perda de tempo.

2.3.1. Califórnia

A lei do Estado da Califórnia dispõe que as provas de violência doméstica são relevantes no âmbito da alegação de legítima defesa, seja esta perfeita – se justifica por completo a acusação de homicídio – ou imperfeita – se pode resultar na condenação por homicídio voluntário¹²³. Sendo que, para se alegar a legítima defesa perfeita, o indivíduo deve acreditar real e razoavelmente na necessidade de se defender do perigo iminente de morte ou de lesões corporais graves. Ao passo que, na legítima defesa imperfeita, o indivíduo age sob a crença real, mas irracional, de que se encontrava em perigo iminente de morte ou lesões corporais graves.

Porquanto, tal como disposto no CEC § 1107 (a), o testemunho de um perito é permitido, desde que se concretizem provas de violência doméstica independentes deste testemunho¹²⁴. Contudo, importa notar que, independentemente de o CEC permitir a introdução deste tipo de provas, as CRC dispõem que a arguida pode, em todas as fases do julgamento, apresentar provas que sustentem fatores mitigantes¹²⁵.

2.3.1.1. Caso *People v. Humphrey*¹²⁶

No dia 28 de março de 1992, Evelyn Humphrey disparou contra o seu marido Albert Hampton e matou-o. O primeiro a chegar ao local foi o agente de autoridade

¹²⁰ Cfr. 18 USC § 3661, que prevê que “nenhuma limitação será colocada nas informações que um tribunal pode considerar”. A tradução é da nossa responsabilidade.

¹²¹ *Federal Rule of Evidence* 401. A tradução é da nossa responsabilidade.

¹²² *Federal Rule of Evidence* 403. A tradução é da nossa responsabilidade.

¹²³ Linklaters LLP – “Women who kill in response to domestic violence: How do criminal justice systems respond?”, *Penal Reform International*, 2016, p. 78. https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/04/Women_who_kill_in_response_to_domestic_violence_Full_report.pdf.

¹²⁴ CEC § 1107 (b).

¹²⁵ CRC § 4.420 (d) “(...) o juiz que condena pode considerar circunstâncias agravantes ou atenuantes, e qualquer outro factor razoavelmente relacionado com a decisão da sentença”. A tradução é da nossa responsabilidade.

¹²⁶ *People v. Humphrey*, 13 Cal. 4th 1073, 1089 (1996).

Reagan, sendo que após a arguida se aperceber da sua chegada, saiu da casa, com as mãos levantadas, e confessou o crime.

Quando a arguida chegou à esquadra contou que, no dia anterior, Albert estava alcoolizado e a agrediu várias vezes. Ademais, ameaçou-a de morte e chegou a disparar contra ela, mas a bala atravessou a janela e atingiu uma árvore. No dia seguinte, o marido ameaçou-a novamente, dizendo que desta vez não ia falhar. Pelo que, quando a arguida teve a oportunidade de pegar na arma, apontou-a ao marido e, acreditando que ele lhe iria tirar a arma, disparou-a e logo aguardou que a polícia chegasse.

A arguida alegou que agiu em legítima defesa, sustentando-se, essencialmente, no depoimento pericial. Parece-nos aqui pertinente expor as conclusões do Dr. Bowker, enquanto perito no caso em apreço. O testemunho do mesmo contendeu com o relato e descrição do relacionamento da arguida com o marido, evidenciando-se a presença de violência e dependência emocional. Evelyn admitiu ao Dr. Bowker que, apesar de ter tido chances para fugir, nunca teve coragem para o fazer, porque sabia que o marido acabaria por a encontrar. À luz do ante exposto, o Dr. Bowker testemunhou que a arguida sofria de BWS no padrão mais extremo, enfatizando ainda que as três relações passadas da mesma haviam sido também com homens abusivos e significativamente mais velhos que ela.

Destarte, o tribunal instruiu o júri sobre homicídio em segundo grau, homicídio voluntário e legítima defesa. Em relação a esta, o tribunal ainda pontificou que as provas de BWS trazidas para a colação não podiam ser consideradas na análise do requisito objetivo da razoabilidade para a legítima defesa perfeita, mas apenas relevavam para determinar se a arguida acreditava realmente que a atitude tomada era necessária para se defender do perigo iminente de morte ou de lesões corporais graves. Isto resultou na condenação de Evelyn a oito anos de prisão por homicídio voluntário com uso de arma de fogo.

Compreendemos que os maus-tratos continuados aumentam a credibilidade das ameaças, contudo, seguimos de perto a decisão do tribunal, uma vez que aqui não se verifica o requisito objetivo da razoabilidade que se exige na legítima defesa perfeita. Porquanto, a condenação da arguida do crime de homicídio voluntário não descarta todo o circunstancialismo do caso, dado que este ilícito penal prevê exatamente as situações em que o agente agiu sob circunstâncias que fariam com que uma pessoa razoável ficasse mentalmente perturbada a ponto de não conseguir controlar razoavelmente as suas emoções.

2.3.2. Nova Iorque

Em consonância com o Estado anterior, também na lei do Estado de Nova Iorque um histórico de violência doméstica não é por si só uma defesa, não obstante as provas de BWS serem relevantes para sustentar a legítima defesa¹²⁷. Os tribunais de Nova Iorque concretizam e identificam a BWS através de uma série de características comuns às pessoas que foram vítimas de violência doméstica, como o medo, sugestibilidade, isolamento, culpa e dependência emocional¹²⁸. A BWS é considerada uma subcategoria de PTSD, porquanto não sustenta uma eventual alegação de insanidade por parte da arguida. Não obstante, os tribunais fazem uma interpretação extensiva do conceito de “doença mental ou defeito” contido na CPL § 250.10 e incluem neste conceito qualquer síndrome de trauma.

Outrossim, a arguida que pretenda apresentar provas de BWS deve fazer uma notificação escrita neste sentido, no prazo de trinta dias após se declarar inocente, nos termos da CPL § 250.10 (2). Nesta sequência, o Procurador poderá requerer ao tribunal, mediante notificação à arguida, uma ordem para que esta realize um exame psiquiátrico ou psicológico, conforme a CPL § 250.10 (3).

Importa aqui ter presente que, ao abrigo do § 60.12 da NYPL, quando o tribunal condena uma pessoa por um crime violento que seja, nos termos da lei, objeto de uma pena de prisão por tempo determinado pode, em vez disso, condenar numa pena de prisão por tempo indeterminado, quando (i) o réu foi vítima de abuso físico, sexual ou psicológico por parte da vítima; (ii) tal abuso foi um fator que levou o réu a cometer tal crime; e (iii) a vítima do crime era um membro da família ou agregado familiar do arguido. Sendo que uma pena de prisão indeterminada se subsume a um intervalo de anos, em que o prazo mínimo é atribuído pelo tribunal, mas a data do término da pena de prisão será determinada pelo Conselho Estadual de Liberdade Condicional, em análise futura do caso.

2.3.2.1. Caso Sheehan v. Powers¹²⁹

À data de 18 de fevereiro de 2008, após anos a ser vítima de violência doméstica, Barbara Sheehan matou o seu marido, Raymond Sheehan, um ex-polícia da NYPD. Nesse mesmo dia, Raymond apontou a sua arma à cabeça da arguida e arrastou-a para fora de casa. Barbara alegou que, por todo o historial da sua relação, acreditou veemente que ele iria matá-la e, por conseguinte, foi até ao quarto, pegou num revólver que tinha guardado e disparou cinco vezes contra o marido. Todavia, depois de ter sido baleado,

¹²⁷ § 35.15 da NYPL.

¹²⁸ *People v. Seeley*, 720 N.Y.S. 2d 315, 318 (N.Y. Sup. Ct. 2000).

¹²⁹ *Sheehan v. Powers*, 14 CV 2898 (DLI) (CLP) (E.D.N.Y. Oct. 17, 2017).

Raymond continuou a ameaçar a arguida e tentou pegar na sua arma (glock), mas Barbara conseguiu alcançá-la primeiro e voltou a disparar seis vezes sobre ele. Com efeito, em 12 de maio de 2008, a arguida foi acusada de homicídio em segundo grau e ainda foi alvo de duas acusações por posse ilegal de arma em segundo grau.

Em 24 de junho de 2008, a arguida apresentou uma notificação, nos termos da CPL § 250.10, almejando incluir provas de PTSD. Nos dias 27 de outubro de 2008 e 1 de junho do ano seguinte, apresentou duas notificações suplementares com o intuito de afirmar que também essas provas, nomeadamente, o testemunho da Dra. Dawn Hudges, psicóloga que examinou a arguida um mês após o incidente, incluiriam evidências de BWS.

Neste seguimento, o MP apresentou petição para fixar as condições do exame da arguida, agendado para 28 de julho de 2009. A Dra. Kathy Yates iniciou o exame de Barbara, que se perdurou por várias horas, mas acabou por não ser concluído devido às constantes interrupções do advogado da arguida, *e.g.* exigindo que a Dra. Yates colocasse questões sobre como ela se estava a sentir. Com efeito, a continuação do exame ficou agendada para o dia 18 de setembro de 2009, ao qual a arguida não compareceu.

Porquanto, como não houve um aviso de que a arguida não compareceria ao exame ou até mesmo um pedido de remarcação para outra data, o tribunal considerou que Barbara, deliberadamente, se recusou a cooperar no exame psiquiátrico e, por este motivo, conforme a CPL § 250.10 (5), o tribunal pode impedir a apresentação do depoimento de peritos. E assim o fez.

No julgamento, além de outras testemunhas, os filhos do casal, amigos da arguida, bem como uma ex-colega de trabalho, confirmaram os longos anos de maus-tratos físicos e verbais que a arguida sofreu nas mãos do marido. Também Barbara testemunhou e, a título de exemplo, enfatizou uma situação que ocorreu em 1994, em que foi de tal forma agredida por Raymond que o seu tímpano ficou perfurado e este ainda lhe disse que se ela se atrevesse a pedir ajuda, ninguém se iria acreditar por ele ser polícia, e, nesse mesmo dia, ameaçou que a matava e sabia como fazer parecer um acidente. Ademais, Barbara relatou outro dos muitos episódios dos maus-tratos que sofreu, alegando que quando Raymond não gostava da comida que ela tinha cozinhado, lhe cuspiu na cara e atirava a comida a ferver para cima dela.

Posto isto, à data de 6 de outubro de 2011, a arguida foi absolvida do crime de homicídio em segundo grau e de porte de arma de segundo grau, em relação ao revólver, mas considerada culpada no crime de posse ilegal de arma em segundo grau, no que diz respeito à glock. Assim, foi condenada a cinco anos de prisão e dois anos e meio de supervisão pós-libertação.

Não acompanhamos a decisão do tribunal, uma vez que a percepção da ameaça não foi extinta pelos primeiros tiros que a arguida disparou contra o marido, dado que, imediatamente após ela ter disparado, ele ainda tentou pegar na sua arma e, por isso, é normal que ela continuasse a acreditar que ele podia matá-la. Não nos parece correto que o tribunal tenha privado a arguida de trazer à colação o testemunho da perita, uma vez que este seria relevante para o júri concluir que a arguida usou a arma em legítima defesa, absolvendo-a também do crime de posse ilegal de arma em segundo grau, referente à glock.

Conclusão

Como tivemos oportunidade de ver, a violência doméstica é um flagelo social que atravessa quaisquer barreiras e, por conseguinte, também as situações em que a vítima se convola em agressor. Urgia-nos discutir os obstáculos que se colocam à mulher que permanece numa relação violenta e que adota uma postura de letargia e passividade, nomeadamente, pelo medo da reação do agressor, dependência económica, ausência de apoio institucional, filhos em comum, ou até mesmo dependência emocional, consequente da manipulação, que a coíbe de terminar a relação.

Logo nos primeiros parágrafos desta dissertação foi feita uma abordagem da figura da legítima defesa (art. 32.º do CP), ficando assente que uma defesa que se queira por legítima tem, necessariamente, de ter por objeto uma agressão ilícita e atual e a ação de defesa deve-se pautar pelo meio idóneo, adequado e menos gravoso para o agressor. Não olvidando os obstáculos referidos *supra*, não sufragamos que todas as situações de vitimação precedente devam ser justificadas, pois ao incluirmos neste preceito legal situações que não se subsumem a verdadeiras ações em legítima defesa, cairíamos num direito penal das intenções. Ao admitirmos a viabilidade da legítima defesa “preventiva” estamos, inerentemente, a preterir o pressuposto da atualidade da agressão, o que é inaceitável num Estado de direito que se caracteriza pela certeza e segurança jurídica.

Todavia, todo este contexto prévio de violência e as consequentes “mazelas” psicológicas e emocionais para a mulher, ora homicida, não são desacreditadas pelo nosso legislador. Destarte, é no art. 133.º do CP que este tipifica o homicídio privilegiado, por considerar que se o agente agiu dominado por determinados estados de afeto e se o julgador verificar a inexigibilidade de comportamento diferente à luz do critério do “homem fiel ao direito”, a culpa do agente é sensivelmente diminuída. Assim, nos casos em que a mulher, por desespero ou compreensível emoção violenta, mata o companheiro agressor, o enquadramento do ato criminoso deve ser justamente ponderado, não enveredando o julgador irrefletidamente pelo homicídio, quer nas suas previsões fundamentais, quer qualificadas, descureando a situação particular da vítima de maus-tratos que se convola em homicida.

Finalmente, perpassámos a análise de casos de diferentes ordenamentos jurídicos em vista de perceber o relevo e o impacto que um histórico de violência doméstica pode ter enquanto fator excludente ou atenuante da responsabilidade penal por homicídio. Apesar dos casos de sucesso em que as mulheres lançaram mão de diferentes defesas por trazerem à colação provas de pré-vitimação, a verdade é que a “regra”, como constatámos nos casos expostos, não é a absolvição do crime ou a diminuição da censura do ato criminoso por se verificarem circunstâncias atenuantes,

mas antes a resistência dos tribunais em considerar todo o circunstancialismo destas situações e, conseqüentemente, condenarem as mulheres no crime de homicídio.

Em jeito de conclusão, pese embora aliviar-nos saber que o nosso legislador, nos artigos 32.º e 133.º, ambos do CP, não desmereceu a angústia, medo e desespero daquelas que não veem mais nenhuma saída para extinguir o terror que as assombra, não deixamos de sublinhar a imprevisibilidade e incerteza do enquadramento legal para estes casos, que se espelha na desigualdade de soluções, nomeadamente, no que ao homicídio privilegiado diz respeito.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, P.P. (2022). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.^a ed. atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALMEIDA, C.P. (2013). Acumulação e catástrofe. In *Emoções e crime: Filosofia, ciência, arte e direito*. S.l.: Edições Almedina.
- BELEZA, T. (1991). Legítima defesa e género feminino: Paradoxos da “feminist jurisprudence”? Retirado de <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/31/Teresa%20Pizarro%20Beleza%20%20Legitima%20Defesa%20e%20Genero%20Feminino.pdf>.
- BELEZA, T. (1995). Legítima defesa e género feminino: Paradoxos da feminist jurisprudence, *Jornadas de homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, pp. 292-298. Lisboa: Tipografia Guerra.
- BRITO, T.Q. (2003). Homicídio privilegiado: Algumas notas. In Andrade, Costa et al. (org.). *Liber discipulorum para Figueiredo Dias*, pp. 911 e ss. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A.T. (1995). *A legítima defesa: Da fundamentação teórico normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A.T. (2004). *Direito penal. Parte geral. Vol. II – Teoria geral do crime*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- CARVALHO, A.T. (2014). *Direito penal: Parte geral: Questões fundamentais – Teoria geral do crime*, 2.^a ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, I. (2018). *Violência doméstica e de género: Uma abordagem multidisciplinar*. Lisboa: Pactor – Edições de Ciências Sociais, Forenses e da Educação.
- DIAS, J.F. & BRANDÃO N. (2012). Anotação ao artigo 133.º. In *Comentário conimbricense ao Código Penal: Parte Especial – Tomo I*, 2.^a ed., pp. 81 e ss. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J.F. (1999). Anotação ao artigo 131.º. In *Comentário conimbricense ao Código Penal: Parte Especial – Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J.F. (2019). *Direito penal: Parte geral – Tomo I – Questões fundamentais: A doutrina geral do crime*, 3.^a ed. S.l.: GESTLEGAL.
- DOBASH, R. & DOBASH, R. (2003). *Women, violence and social change*. Routledge: Universidade de Michigan.
- DOWNS, A. & FISHER F. (2005). *Battered woman syndrome: Tool of justice or false hope in self-defense cases? apud DONILEEN R.L., GELLES, R.J. E CAVANAUGH, M.M. Current controversies on family violence*, 2.^a ed., pp. 241-255. California: Sage Publications.
- FAIGMAN, D. (1986). The battered woman syndrome and self-defense: A legal and empirical dissent. *Virginia Law Review*, vol. 72, no. 3, pp. 641-647.
- FERREIRA, A. (2004). *Homicídio privilegiado*, 4.^a reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina.
- FERREIRA, M.C. (2010). *Lições de Direito penal, I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*. Reimpressão da 4.^a ed. de 1992. Lisboa: Verbo.

- FERREIRA, M.E. (2005). *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*. S.l.: Almedina Editora.
- FERREIRA, S.C. (2015). *Homicídio do “pai tirano”: Considerações jurídicas-penais*. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica.
- GONÇALVES, M.M. (2007). Anotação ao artigo 32.º. In *Código Penal português: Anotado e comentado*. 18.ª ed., p. 167. Lisboa: Almedina Editora.
- Linklaters LLP (2016). Women who kill in response to domestic violence: How do criminal justice systems respond? *Penal Reform International*. Retirado de https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/04/Women_who_kill_in_response_to_domestic_violence_Full_report.pdf.
- MOREIRA, S.L. (2012). O juiz e os limites à valoração da prova penal – Breves considerações. In *As novas fronteiras do direito no dealbar do século XXI: Estudos em homenagem aos Professores Doutores A. Pires de Carvalho e Manuel Fernandes Costa*, pp. 363-386. Lisboa: Rei dos Livros.
- MOREIRA, S.L. (s.d.). A violência doméstica – Fecha-se uma porta, trancam-se duas janelas? Retirado de https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/3.3.4_Sara_Filipa_Leitao_de_Mai_a_Moreira.pdf.
- NEVES, J.C. (2001). Homicídio privilegiado na doutrina e na jurisprudência do STJ. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, pp. 194-199.
- NUCCI, G.S. (2017). *Código Penal comentado*. 17.ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- PALMA, F. (1999). Legítima defesa. In *Enciclopédia da Sociedade e do Estado*, 2.ª ed., vol. III, pp. 1034-1051. Lisboa: Verbo.
- PALMA, F., PIZARRO C. & VIALANÇA, J. (2009). Legítima defesa. In *Casos e materiais de Direito Penal*, 3.ª ed., pp. 163-169. S.l.: Almedina Editora.
- PINTO, C. (1998). Crime de homicídio privilegiado – Acórdão da Relação de Évora de 4 de fevereiro de 1997. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*.
- Relatório de homicídios em contexto de violência doméstica (2023). Retirado de https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/hc vd_2023_-_analise_de_indicadores.pdf.
- ROXIN, C. (2001). *Derecho penal. P.G.I.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas.
- SANTOS, M.S. & LEAL-HENRIQUES M. (2011). *Noções de Direito penal*, 4.ª ed. S.l.: Rei dos Livros Editora.
- SCHNEIDER, E. (1992). Particularity and generality: Challenges of feminist theory and practice. In *Work on woman abuse. New York University Law Review*, vol. 67, no. 520, pp. 561 e ss. Retirado de <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1360&context=faculty>.
- SELIGMAN, M.E., MAIER, S.F. & GEER, J.H. (1968). Alleviation of learned helplessness in the dog. *Journal of Abnormal Psychology*, vol. 73 (3, Pt.1), pp. 256-262.

- SERRA, T. (1998). Homicídios em série. In *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao sistema sancionatório e parte especial*, vol. II, pp. 160 e ss. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- SERRA, T. (2000). *Homicídio qualificado: Tipo de culpa e medida da pena. Contributo para o estudo da técnica dos exemplos-padrão no artigo 132.º do Código Penal*, 3.^a reimp. Coimbra: Almedina.
- SILVA, F. (2017). *Direito penal especial: Os crimes contra as pessoas*, 4.^a ed. Lisboa: Quid Juris.
- SILVA, G.M.S. (1998). *Direito penal português: Parte geral II: Teoria do crime*. Lisboa: Editorial VERBO.
- SILVA, G.M.S. (2012). *Direito penal português: Teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- SOUSA, J.B. (2008). Um caso de homicídio privilegiado. In *Colectânea de textos de Parte Especial do Direito Penal*. Lisboa: AAFD.
- STRATENWERTH, G. (1982). *Derecho penal parte general I – El hecho punible*, trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa.
- VERGARA, P. (1949). *Da legítima defesa subjetiva*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional.
- WALKER, L. (1992). Battered women syndrome and self-defense”. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 6, art. 3, pp. 321-327. Retirado de <https://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol6/iss2/3>.
- WALKER, L. (1993). *The battered woman syndrome is a psychological consequence of abuse. apud GELLES, R.J. & DONILEEN R.L. Current controversies on family violence*. Newbury Park. Califórnia: Sage Publications.

Jurisprudência

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/04/1994, Processo n.º 46.045. www.stj.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/01/1998, Processo n.º 97P1189. www.stj.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01/03/2006, Processo n.º 05P3789. www.stj.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01/03/2006, Processo n.º 05P3789. www.stj.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal De Justiça 03/10/2007, Processo n.º 07P2791. www.stj.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/06/2008, Processo n.º 08P1782. www.stj.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/04/2009, Processo n.º 303.06.0GEVFX. www.stj.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/07/2010, Processo n.º 408/08.3PRLSB.L2.S1. www.stj.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/04/2018, Processo n.º 1603/14.1JAPRT.G1.S1. www.stj.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/02/2021, Processo n.º 528/19.9PCSTB.E1.S1. www.stj.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/11/2022, Processo n.º 39/13.6JABRG.G2.S1. www.stj.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 1977. www.dgsi.pt.

Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 11/12/2013, Processo n.º 154/05.0GARSD.P1. www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 038584, in BMJ n.º 361, dezembro de 1986, pp. 283-295. <https://www.ministeriopublico.pt/boletim-anteriores>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/01/1985, in BMJ n.º 343, pp. 189-193. <https://www.ministeriopublico.pt/boletim-anteriores>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/04/1989, in BMJ n.º 386, p. 222. <https://www.ministeriopublico.pt/boletim-anteriores>.

Processo nº 000XXXX-67.2012.8.24.0072 do TJSC. <https://www.jusbrasil.com.br/>.

Acórdão do Supremo Tribunal, Segunda Secção de 04/02/1983. https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/04/Women_who_kill_in_response_to_domestic_violence_Full_report.pdf.

Acórdão do Supremo Tribunal de 11/10/2011. https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/04/Women_who_kill_in_response_to_domestic_violence_Full_report.pdf.

People v. Humphrey, 13 Cal. 4th 1073, 1089 (1996). <https://casetext.com/>.

Sheehan v. Powers, 14 CV 2898 (DLI) (CLP) (E.D.N.Y. Oct. 17, 2017). <https://casetext.com/>.

**A exposição de menores à violência doméstica no Código Penal
português:**

Crime autónomo ou mera agravação?

Inês Pinheiro Matos Soares

Sob orientação da Professora
Doutora Maria Elisabete Ferreira

Agradecimentos

O desenvolvimento deste trabalho, bem como, de resto, todo o meu percurso académico, não se devem apenas e exclusivamente ao estudo e investigação que foram levados a cabo individualmente, devem-se igualmente a um grupo de pessoas que tornaram este caminho possível.

À minha família, em particular aos meus pais, ao meu irmão e à minha avó, endereço o primeiro e mais importante agradecimento, pelo amor e apoio incondicional, pelos valores e por me permitirem seguir sempre os meus sonhos.

Ao Ramon, agradecer pela paciência e pela compreensão. Agradecer por ser o meu porto seguro todos os dias e por me motivar a ser sempre melhor.

Às minhas melhores amigas, Joana e Tatiana, por me acompanharem em todas as etapas da minha vida, não sendo esta a exceção. Pela amizade, por todos os conselhos, sugestões e desabafos.

À Inês Antunes, pela ajuda na escolha do tema, ajuda esta que se estende a todo este percurso académico.

Às minha colegas e amigas de licenciatura e mestrado, pela transmissão de conhecimentos e pela ajuda constante. Este caminho não se faz, nem nunca se fez, sozinho.

Aos “reformados”, amigos da ginástica e da vida inteira, por nunca me faltarem quando preciso.

Por último, mas não menos importante, à Exma. Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira, orientadora desta dissertação, um agradecimento especial, em primeiro lugar, pela transmissão de conhecimentos quanto ao crime de violência doméstica, que se revelou essencial para despertar o meu interesse por este tema. Em segundo lugar, agradecer pela colaboração, pelo empenho e pela dedicação no desenvolvimento deste trabalho.

Resumo

O presente estudo centra-se no enquadramento legal da questão da exposição de menores à violência doméstica, constituindo uma reflexão sobre se esta circunstância deverá consubstanciar um crime autónomo ou antes, uma mera agravação.

Para o efeito, procederemos à análise do tipo legal de violência doméstica (art. 152.º do CP), como se encontra atualmente consagrado, bem como das opções legislativas que têm vindo a ser adotadas no âmbito desta questão, fazendo referência, em particular, às alterações legislativas operadas pela Lei n.º 57/2021, de 16/08, as quais assumiram uma importância substancial quanto a este tema, ao considerarem que as crianças que testemunham a violência doméstica, são elas próprias vítimas desse crime.

Todavia, esta matéria continua a suscitar posições diversas, não sendo por isso uma questão pacífica, designadamente, ao nível da nossa jurisprudência, que nas suas decisões tende, maioritariamente, a não considerar as referidas crianças como verdadeiras vítimas, levando-nos a questionar o efeito útil das aludidas alterações legislativas recentemente levadas a cabo.

Face ao exposto, pretendemos discorrer sobre potenciais soluções para que a abordagem jurídica atual seja aprimorada e se adegue de forma mais realista às necessidades que se impõem. Urge uma mudança efetiva de paradigma de modo que as crianças expostas ao crime de violência doméstica deixem de assumir as vestes de “vítimas escondidas”.

Palavras-chave: Violência doméstica; menores; vítimas escondidas; vítimas especialmente vulneráveis.

Abstract

The present dissertation addresses the legal framework on minors' exposure to domestic violence, leading us to reflect on whether this circumstance should constitute an autonomous crime or rather a mere aggravation.

For this purpose, we will proceed to analyse the legal type of domestic violence (Article 152 of the Portuguese Criminal Code) as currently enshrined, as well as the legislative options that have been adopted in the context of this issue, making particular reference to the legislative amendments introduced by Law No. 57/2021, of 16/08, which have assumed substantial importance regarding this topic by considering that children who witness domestic violence are themselves victims of this crime.

However, this remains a contentious issue, notably at the level of our jurisprudence, which tends, mostly, not to consider these children as true victims in its decisions, leading us to question the practical effect of the legislative changes recently introduced.

In light of the above, we intend to discuss potential solutions to enhance the current legal approach and to adapt it more realistically to the needs that arise. An effective change of paradigm is urgently needed so that children exposed to the crime of domestic violence cease to assume the role of "hidden victims".

Keywords: domestic violence; minors; especially vulnerable victims; hidden victims.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPCJ	Comissão de Proteção de Crianças e Jovens
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSMP	Conselho Superior do Ministério Público
EARHVD	Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica
LVD	Lei da Violência Doméstica
PGR	Procuradoria-Geral da República
Proc.	Processo
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível
Séc.	Século
SGMAI	Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Índice

Introdução	7
Capítulo I - A Violência Doméstica no Código Penal Português	9
1.1. Evolução legislativa	9
1.2. Bem jurídico protegido	11
1.3. O tipo de ilícito	14
1.3.1 Em especial: os maus-tratos psíquicos	16
1.4. Sujeitos passivos	18
1.5. Consequências jurídicas do crime: pena principal e penas acessórias	19
Capítulo II - Violência Doméstica contra Crianças	21
2.1. Breves considerações	21
Capítulo III - A Exposição de Menores à Violência Doméstica	23
3.1. A exposição de menores à violência doméstica e as suas consequências	23
3.2. Implicações da Convenção de Istambul e do Direito da União Europeia	25
3.3. A exposição de menores a violência doméstica no CP português e as implicações da Lei n.º 57/2021, de 16/08	27
3.4. Jurisprudência	30
3.5. Complementaridade entre ação penal e intervenção de promoção e proteção	33
Capítulo IV - Potenciais Soluções e Reflexão Crítica	37
4.1. Alterações legislativas	37
4.1.1. Criação de um tipo autónomo	37
4.1.2. Clarificação do art. 152.º do CP	37
4.2. Formação das autoridades judiciais	39
Conclusão	42
Bibliografia	44
Jurisprudência	46

Introdução

O crime de violência doméstica, especialmente aquele que é perpetrado contra cônjuge ou análogo¹, continua a ser um dos crimes mais participados aos Órgãos de Polícia Criminal no nosso país.

Esta é uma realidade extremamente preocupante, que adquire uma dimensão ainda mais significativa quando percecionamos que, em cerca de um terço dos casos² de violência doméstica reportados às autoridades policiais, há crianças expostas que, não raro, assumem as vestes de “vítimas escondidas”³.

Foi a perceção de que estas crianças, como vítimas de maus-tratos psicológicos, são relegadas para um segundo plano pelo nosso sistema jurídico que despertou, com particular acuidade, o meu interesse por esta temática.

Parafraseando Ana Isabel Sani e Diana Cardoso, “na crença errónea de que a violência do casal é um problema dos adultos, ignora-se de forma egoísta e irresponsável, situações de vitimação de pessoas particularmente vulneráveis, para as quais deveríamos adotar uma postura cívica e responsável”⁴.

Neste sentido, esta dissertação centra-se no enquadramento jurídico a dar à questão da exposição de crianças à violência doméstica.

De facto, muito embora o legislador tenha vindo a promover, nos últimos tempos, alterações legislativas atinentes à questão que aqui se aborda – no sentido de tornar evidente que a criança exposta à violência doméstica é ela própria vítima desse crime –, a realidade é que as soluções adotadas se têm revelado insuficientes para dar uma resposta efetiva ao problema. A inexistência de uma lei clara e inequívoca tem contribuído para a fragmentação da doutrina e para uma jurisprudência que, na maioria dos casos, tende a não relevar a questão nas suas decisões.

Com efeito, após uma breve exposição sobre o tipo de violência doméstica tal como atualmente se encontra consagrado, a análise incidirá sobre a criança que se vê envolvida neste contexto, procurando problematizar o impacto que a violência no seio familiar tem no seu desenvolvimento, essencialmente psíquico, emocional e relacional.

Com base nestas premissas, pretendemos refletir criticamente sobre o tratamento que o Direito tem conferido a esta questão. Desde as alterações legislativas operadas pela Lei n.º 57/2021, de 16/08, que constituem um marco inultrapassável no que a este tema diz respeito, às posições que têm vindo a ser sustentadas pela doutrina, passando ainda por diversas decisões jurisprudenciais que demarcam aquela que tem sido a linha de pensamento seguida pelos nossos tribunais.

¹ Relatório Anual de Segurança Interna, 2022.

² SGMAI, Relatório Anual de Monitorização da Violência Doméstica, 2021.

³ Expressão utilizada por Ana Isabel Sani e Diana Cardoso (Sani & Cardoso, 2013).

⁴ Sani, 2013, p. 2.

Finalizaremos esta dissertação com a dissecação de possíveis soluções para aprimorar esta abordagem jurídica, por forma a torná-la mais realista e adequada às necessidades que se impõem.

Posto isto, com este estudo, pretendemos enfatizar a ideia de que estas crianças não podem permanecer escondidas pela violência perpetrada pelos seus pais ou cuidadores, merecendo um olhar atento por parte do nosso sistema jurídico e da sociedade em geral.

Para o efeito, importa salientar que a intervenção penal não pode ser descurada, uma vez que se mostra crucial, não só para a responsabilização e punição dos agressores, cumprindo as exigências de prevenção geral e especial subjacentes, como também para assegurar uma proteção eficaz das vítimas.

Capítulo I – A Violência Doméstica no Código Penal Português

Atualmente, o crime de violência doméstica encontra-se previsto e punido, como crime público, no artigo 152.º do Código Penal, inserido no Título I, denominado “Crimes contra as pessoas”, que por sua vez se integra no Capítulo III sob a designação “Dos crimes contra a integridade física”. Da redação do seu n.º 1 resulta que “quem, de modo reiterado ou não, infligir maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns” a algum dos sujeitos elencados das alíneas a) a e) do n.º 1, “é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

1.1. Evolução legislativa

A violência doméstica não é um fenómeno recente nem fruto dos tempos atuais, é sim uma realidade transversal a toda a História. Não obstante, a evolução dos tempos reflete também uma evolução na forma como a violência foi sendo vista e tratada. Se em épocas passadas este tipo de violência era socialmente aceite e apoiado até pelo legislador⁵, hoje em dia verifica-se a circunstância oposta, havendo um repúdio total deste tipo de comportamentos.

Assim, desde a sua consagração, no Código Penal em 1982, o crime de violência doméstica foi sofrendo diversas e significativas alterações, tendo vindo a ser aprimorado ao longo dos anos.

Neste sentido, destacando algumas delas, com especial enfoque nas vítimas menores, o Código Penal de 1982 consagrava no seu artigo 153.º o tipo de “Maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges”. Da redação deste artigo resultava que as únicas condutas puníveis eram os maus-tratos físicos, não havendo referência aos maus-tratos psíquicos. Acresce que, nos casos em que a vítima fosse um menor, encontrava-se ainda, como elemento subjetivo deste tipo de crime, a referência a um dolo específico⁶. Isto é, pela norma em causa eram apenas criminalizados os casos mais chocantes de violência contra crianças, ou seja, aqueles que se deviam a “malvadez

⁵ Silva, 2022, p. 10.

⁶ Ferreira, 2017, p. 570. Maria Elisabete Ferreira refere ainda que, nesta altura, existia uma corrente doutrinária maioritária que considerava que, relativamente aos cônjuges, era também exigido este dolo específico para o preenchimento do tipo legal, procedendo a uma interpretação restritiva do tipo, posição, de resto, rejeitada pela referida autora.

ou egoísmo”⁷. Além disso, seriam ainda justificáveis aqueles maus-tratos que, embora revestidos de alguma gravidade, tivessem como objetivo a educação da criança.

Já aquando da revisão de 1995, operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15/03, este tipo de crime passou a encontrar-se previsto no artigo 152.º do CP sob a epígrafe “Maus-tratos e infração de regras de segurança”. Nesta altura os maus-tratos psíquicos passaram também a ser abrangidos pela previsão da norma, assim como a possibilidade de agravação pelo resultado. A par disto, abandonou-se ainda a referência à expressão “malvadez ou egoísmo” e, portanto, a exigência do dolo específico. Nesta altura, o procedimento criminal passou a depender de queixa, ao contrário do que acontecia na versão anterior, mas só no caso de a vítima ser o cônjuge⁸.

Mais tarde, com a Lei n.º 7/2000, de 27/05, foram introduzidas algumas alterações de relevo, nomeadamente, o facto de o crime ter passado a ter natureza pública, e ainda a inserção do n.º 6 relativo às penas acessórias, que veio introduzir a pena acessória de proibição de contacto com a vítima bem como a de afastamento da residência da mesma⁹.

Também em 2007 foram adotadas pela Lei 59/2007, de 4/09, alterações que importa destacar. Verificou-se, desde logo, uma cisão do antigo artigo de maus-tratos e infração de regras de segurança em três tipos diferentes, a saber: o tipo de violência doméstica (art. 152.º); o tipo de maus-tratos (art. 152.º-A); e o tipo de violação de regras de segurança (art. 152.º-B)¹⁰. Esta revisão veio igualmente pôr termo às dúvidas existentes relativamente à necessidade de reiteração das condutas para o preenchimento do tipo, acabando por se concluir pela desnecessidade¹¹.

Especificamente no que aos menores diz respeito, neste ano, além de ter sido elevada a moldura penal no seu limite mínimo, passou também a ser possível a aplicação da pena acessória de proibição de contacto com a vítima¹². Este foi “um avanço significativo na consideração dos interesses da criança, designadamente a manutenção da sua envolvência sociofamiliar e a prevenção de uma segunda vitimação pelo afastamento da mesma”¹³.

Em 2013, por via da Lei n.º 19/2013, de 21/02, a par da criminalização da violência doméstica no namoro, foi ainda introduzida a possibilidade de inibição do

⁷ Artigo 153.º do CP de 1982 “Maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges”: “1. O pai, mãe ou tutor de menor de 16 anos ou todo aquele que o tenha a seu cuidado ou à sua guarda ou educação será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa até 100 dias, quando, devido a malvadez ou egoísmo (sublinhado nosso):

a) lhe infligir maus-tratos físicos, o tratar cruelmente ou não lhe prestar os cuidados ou assistência à saúde que os deveres decorrentes das suas funções lhe impõem ou; (...).”

⁸ Ferreira, 2017, p. 571.

⁹ *Ibidem*, p. 572.

¹⁰ *Ibidem*, p. 572.

¹¹ Desenvolveremos este tema infra no ponto 1.4.

¹² Ferreira, 2017, p. 573.

¹³ *Ibidem*, p. 573.

exercício das responsabilidades parentais, da tutela ou da curatela, por um período de um a dez anos, a título de pena acessória, de acordo com a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente¹⁴.

Mais recentemente, a Lei n.º 44/2018, de 9/08, veio reforçar a proteção jurídico-penal da intimidade da vida privada na internet ao introduzir a agravação prevista na alínea d), do n.º 2 do art. 152.º.

Por fim, as alterações operadas pela Lei n.º 57/2021, de 16/08, são da mais elevada relevância para o tema desta dissertação e como tal, serão desenvolvidas *infra*, num capítulo à parte¹⁵.

1.2. Bem jurídico protegido

Na linha do que tem vindo a entender a nossa doutrina, a ordem dos bens jurídico-penais¹⁶ encontra-se indissociavelmente ligada à ordem axiológica constitucional¹⁷, na medida em que grande parte das Constituições surgidas na segunda metade do séc. XX consagraram de forma expressa as proposições político-criminais mais relevantes, formando aquilo a que Figueiredo Dias designa de “Constituição jurídico-penal”¹⁸.

É a Constituição da República Portuguesa, por via do n.º 2 do artigo 18.º, que legitima a tutela penal, enquanto *ultima ratio* da política social¹⁹. Assim, um bem jurídico só o poderá ser enquanto tal se puder ser retirado da Constituição, uma vez que é nela que “o direito penal encontra a sua fonte de legitimação material”²⁰. Tal como ensina Conceição Cunha, “a lei penal, enquanto lei restritiva de direitos, liberdades e garantias (da liberdade e/ou da propriedade), expressamente prevista na Constituição (art. 27.º, n.º 2), poderá intervir apenas para tutelar (e limitando-se ao necessário para tal tutela) outros valores com relevo constitucional (“direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”)²¹.

¹⁴ *Ibidem*, p. 574. Esta alteração foi muito aplaudida pelos especialistas desta área, onde se insere Maria Elisabete Ferreira.

¹⁵ Cfr. *Infra*. Cap. III.

¹⁶ Nas palavras de Figueiredo Dias, “todo o direito penal é um direito do bem jurídico-penal”, defendendo o autor que este “direito penal do bem jurídico” deve ser considerado um “princípio constitucional implícito”, (Dias, 2016, p. 251; e Dias, 2019).

¹⁷ Dias, 2016, p. 252. O autor explica que entre a ordem dos bens jurídicos tuteláveis pelo direito penal e a ordem axiológica constitucional não está em causa uma relação de identidade, mas sim de “congruência” ou “analogia material”, na medida em que a ordem jurídica constitucional constitui o referencial e critério regulativo da atividade punitiva do Estado.

¹⁸ Dias, 2016, p. 250.

¹⁹ Cunha, 1995, p. 196.

²⁰ Brandão, 2017, p. 239.

²¹ Cunha, 1995, p. 200.

Menos consensual é a temática relativa ao bem jurídico - ou bens jurídicos - que se pretende proteger através do tipo de violência doméstica, questão que tem desencadeado alguma divergência doutrinária.

Podemos, desde logo, destacar uma facção claramente dominante na doutrina – acompanhada pela jurisprudência – que defende que o bem jurídico que subjaz a esta incriminação é a saúde em sentido amplo, ou seja, a saúde física e psíquica da vítima²².

A título introdutório, Taipa de Carvalho sustenta que aquilo que se pretende proteger com este tipo de crime é, não a comunidade familiar e conjugal, mas antes a pessoa individual e respetiva dignidade humana²³. Assim, o autor defende que o bem jurídico aqui protegido é a saúde, que se traduz num bem jurídico complexo, abrangendo a saúde física, psíquica e mental, e que pode ser afetado por um vasto leque de comportamentos, entre os quais, aqueles que dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade dos menores, que afetem a dignidade pessoal do cônjuge, etc.²⁴

Na mesma linha, Nuno Brandão arreda também, de forma definitiva, a hipótese de o bem jurídico protegido por este tipo se relacionar com a tutela da família, considerando que os interesses protegidos são apenas aqueles que dizem respeito à pessoa ofendida na sua individualidade, e não à instituição da família. Tão pouco defende este autor que a dignidade da pessoa humana possa ser invocada como bem jurídico protegido, uma vez que constitui um valor fundante e transversal a todo o sistema jurídico que não funciona como “específico referente e padrão crítico da criminalização que deve ser própria de um bem jurídico-penal”²⁵. Deste modo, Nuno Brandão alinha-se com a corrente que sustenta que o bem jurídico protegido pelo tipo de violência doméstica é a saúde física e psíquica da vítima.

Com uma perspetiva distinta, Paulo Pinto de Albuquerque, considera que através desta incriminação se pretende proteger vários bens jurídicos, a saber: a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal e autodeterminação sexual, a honra e até o património²⁶.

Já André Lamas Leite entende que estamos perante um “bem jurídico multimodo” que se reconduz ao livre desenvolvimento da personalidade de um indivíduo no âmbito de uma relação interpessoal próxima, de tipo familiar ou análogo, identificando-o como uma concretização do direito fundamental da integridade pessoal

²² Neste sentido, Brandão, 2010; Carvalho, 2012; Fernandes, 2021. Na jurisprudência, Ac. TRL de 19/03/2019.

²³ Carvalho, 2012, p. 512.

²⁴ *Ibidem*, p. 512.

²⁵ Brandão, 2010, p. 14.

²⁶ Albuquerque, 2022, p. 664.

(art. 25.º CRP) mas também do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1 CRP)²⁷.

Por outro lado, Maria Elisabete Ferreira considera que estamos perante um bem jurídico complexo, na medida em que o legislador pretendeu tutelar algo mais do que a saúde da vítima, sendo esse “algo mais” o núcleo dos vínculos que se estabelecem no seio familiar e doméstico²⁸. Assim, reconhecendo a complexidade subjacente a este tipo legal, Maria Elisabete Ferreira entende que este se traduz na tutela da saúde, a título principal, e na tutela da pacífica convivência familiar, doméstica e para-familiar, a título secundário ou reflexo²⁹.

Com efeito, a autora invoca alguns argumentos, que considera essenciais para fundamentar a sua tese, conforme *infra* se desenvolverá.

Em primeiro lugar, o argumento que considera decisivo no que toca a esta questão é o facto de o legislador ter pretendido punir de forma mais gravosa a violência perpetrada no seio familiar e afins, e não noutras situações, devendo, portanto, o bem jurídico conectar-se a esse tipo de circunstâncias em concreto³⁰.

Depois, Maria Elisabete Ferreira salienta também um argumento literal, ou seja, baseado na letra do artigo 152.º do CP. Concretizando, a autora entende que a agravação constante desta disposição legal, relativa ao crime praticado no domicílio comum e ainda aquilo que resulta da consagração das penas acessórias de proibição de contacto com a vítima, afastamento da residência e a frequência de programas específicos de prevenção de violência doméstica, foram estatuições que o legislador consagrou não só com a intenção de proteção da saúde individual da vítima mas também, de alguma forma, com o propósito de “proteção da pacífica convivência entre pessoas que mantêm, ou já mantiveram, uma relação de proximidade estreita”^{31 32}.

A danosidade social da conduta é outra questão relevante levantada pela autora, que considera que, por exemplo, uma ofensa à integridade física simples entre duas pessoas desconhecidas não terá a mesma danosidade social que a mesma ofensa perpetrada entre membros de uma família, na medida em que esta não só consubstancia um atentado à saúde da vítima como se traduz numa conduta com uma gravidade acrescentada pelo facto de “abalar as bases de confiança em que se funda aquela relação familiar ou a convivência doméstica”³³.

²⁷ Leite, 2010, p. 50.

²⁸ Ferreira, 2017, p. 8.

²⁹ *Ibidem*, p. 9.

³⁰ *Ibidem*, p. 8.

³¹ Ferreira, 2017, p. 8.

³² Neste sentido, Ac. do TRP de 22-03-2023 e Ac. do TRC de 18-05-2022.

³³ Ferreira, 2017, p. 9.

1.3. O tipo de ilícito

A caracterização dos elementos do tipo de violência doméstica não se evidencia igualmente pacífica entre a nossa doutrina, porquanto estão em causa condutas e circunstâncias relacionais que edificam uma realidade típica complexa, de difícil definição.

Paulo Pinto de Albuquerque considera que “o crime de violência doméstica é um crime específico impróprio, cuja ilicitude é agravada em virtude da relação familiar, parental ou de dependência entre o agente e a vítima”³⁴. Concretizando, o autor defende que estamos perante um crime específico impróprio devido ao facto de considerar que as condutas levadas a cabo no âmbito do crime de violência doméstica, são também, necessariamente, subsumíveis a outros tipos legais de crime, como é o exemplo das ofensas à integridade física.

Taipa de Carvalho, por sua vez, entende que estamos perante um crime específico, que na maioria das vezes é impróprio, mas que também pode não o ser³⁵. O autor refere-se aos casos em que existem maus-tratos psíquicos que, todavia, não são enquadráveis num tipo autónomo, mas que podem, ainda assim, estar inseridos na *ratio* do art. 152.º, como por exemplo humilhações ou ameaças não abrangidas pelo art. 153.º do CP³⁶. Nestas situações, é a especial relação entre agente e vítima que fundamenta a ilicitude e a punição do agente, estando em causa um crime específico próprio³⁷.

Além disto, levanta-se ainda a questão de saber se o crime de violência doméstica deve ser configurado como um crime de dano ou, ao invés, como um crime de resultado.

Por um lado, existe quem defenda, como Paulo Pinto de Albuquerque, que o tipo de violência doméstica é um crime de dano quanto ao bem jurídico e um crime de resultado quanto ao objeto da ação³⁸, isto é, na sequência da conduta levada a cabo pelo agente, exige-se que se verifique a produção de um resultado e que o bem jurídico seja efetivamente lesado³⁹.

Por outro lado, autores como Nuno Brandão, sustentam que o crime de violência doméstica constitui um crime de perigo abstrato⁴⁰, na medida em que a ofensa ao bem jurídico tipicamente relevante não deve estar dependente da verificação da sua efetiva

³⁴ Albuquerque, 2022, p. 664.

³⁵ Carvalho, 2012, p. 513.

³⁶ *Ibidem*, p. 513.

³⁷ *Ibidem*, p. 513.

³⁸ Albuquerque, 2022, p. 664. O autor apresenta uma ressalva naquilo que diz respeito aos casos em que o crime de violência doméstica é perpetrado mediante ofensas sexuais uma vez que nesse caso já estaremos perante um crime de dano e de mera atividade, não lhe sendo aplicável a teoria da adequação do resultado à conduta.

³⁹ Leite, 2010, p. 43, concordante com a posição defendida por Paulo Pinto de Albuquerque.

⁴⁰ Em sentido concordante, Santos, 2022. Na jurisprudência, Ac. do TRP de 25/01/2023.

lesão⁴¹, sendo o motivo da criminalização o perigo para a saúde do objeto da ação alvo da conduta agressora⁴². O autor defende que a posição contrária além de “político-criminalmente insustentável”, não encontra fundamento na letra do tipo de ilícito, não se verificando nenhuma exigência legal expressa no sentido da produção efetiva perturbações na saúde física e psíquica da vítima.

Quanto às condutas puníveis abrangidas pelo tipo objetivo do artigo 152.º do CP, destacam-se a violência física, psicológica, verbal e sexual que não sejam puníveis com pena mais grave por força de outra disposição legal⁴³.

Este tipo legal de crime apresenta um rol de condutas que podem traduzir-se em maus-tratos físicos ou psíquicos, a saber, “castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos”. Contudo, importa salientar que este elenco é meramente exemplificativo, concretizando o conceito legal de maus-tratos, mas não o esgotando⁴⁴. Como tal, existem condutas que não estando expressamente contempladas na letra do artigo, lhe são, ainda assim, subsumíveis. Nas palavras de Plácido Conde Fernandes, “trata-se de um crime de execução não vinculada, podendo os maus-tratos físicos ou psíquicos consistir nas mais variadas ações ou omissões”⁴⁵.

Quanto à questão de saber se a violência doméstica seria ou não um crime duradouro, o legislador veio, em 2007, pôr termo às dúvidas existentes. Nesta data, passou a ser clara a desnecessidade da existência de reiteração das condutas para poderem ser subsumíveis a este tipo. O legislador clarificou a ideia de que a violência doméstica pode ou não ser um crime duradouro uma vez que é igualmente possível que existam atos isolados que atentem contra o bem jurídico protegido pela norma e que possam, portanto, ser integrados no conceito de maus-tratos⁴⁶.

Resolvida esta questão, permanece, todavia, a dúvida sobre a necessidade ou não da existência de um critério de intensidade da conduta. Ou seja, na eventualidade de estarmos perante um ato isolado, questiona-se se esta conduta deve revestir-se de uma particular intensidade de modo a tornar-se subsumível ao art. 152.º do CP, ou se este critério não se afigura exigível.

⁴¹ Nuno Brandão critica a posição que sustenta que estamos perante um crime de dano na medida em que faz parecer que o preenchimento do tipo depende da efetiva lesão do bem jurídico e nesse caso, a violência doméstica não mais será do que uma forma agravada de ofensa à integridade física (Brandão, 2010, p. 17).

⁴² Brandão, 2010, p. 17.

⁴³ Albuquerque, 2022, p. 664.

⁴⁴ Albuquerque, 2022, 664; No mesmo sentido, Carvalho, 2012, p. 515.

⁴⁵ Fernandes, 2021, p. 32.

⁴⁶ Leite, 2010, p. 43, referindo que “atos de execução instantânea existem que, pela sua gravidade intrínseca e/ou pela profundidade das consequências para o bem jurídico tutelado, caem sob a alçada do segmento de ‘maus-tratos’”. O autor socorre-se do exemplo de “uma sova perpetrada pelo marido sobre a mulher, donde resulte a fratura de um membro e a afetação da capacidade de trabalho”. A este exemplo contrapõe o caso de uma bofetada que provoque um hematoma, mas não contenda com o fundamento último da dignidade do ofendido, situação que já não será abrangida pelo art. 152.º, mas sim pelo 143.º, n.º 1.

Plácido Conde Fernandes defende que, no caso de ausência de reiteração, ou seja, estando em causa um ato único, para que este possa ser entendido como maus-tratos e, portanto, subsumível ao art. 152.º, é necessário que este comportamento traduza uma intensidade do desvalor, da ação e do resultado que seja suscetível de atentar contra o bem jurídico protegido de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana⁴⁷.

Discordante desta posição, Maria Elisabete Ferreira⁴⁸ entende que o referido critério de intensidade não é exigido pela lei. A autora explica que embora na Proposta de Lei n.º 109/X, que esteve na base da reforma do CP de 2007, constasse a referência à criminalização, em alternativa, dos maus-tratos reiterados ou intensos, tal expressão não teve reflexo na redação final da Lei n.º 59/2007, de 4/09. Como tal, a referida autora considera que a “interpretação literal que pugna pela inexigibilidade da intensidade da ofensa (...) salvaguarda de forma mais adequada a tutela do princípio da legalidade penal (...).”⁴⁹.

De resto, fazendo uma breve referência ao tipo subjetivo, deve dizer-se que este só pode ser preenchido dolosamente⁵⁰, não abrangendo a negligência no seu escopo. Com efeito, é exigível o conhecimento da relação subjacente à incriminação da violência doméstica, e o conhecimento e vontade da conduta bem como do resultado, consoante as condutas enquadráveis no âmbito teleológico-normativo do art. 152.º do CP se traduzam em tipos de crime formais ou materiais⁵¹.

1.3.1 Em especial: os maus-tratos psíquicos

Neste sentido e para aquilo que nos apraz, importa aprofundar aquilo que se entende por “maus-tratos psíquicos”, tendo presente que se trata de um conceito indeterminado, cabendo ao intérprete a densificação do seu sentido.

Conforme foi já anteriormente referido, os maus-tratos psíquicos passaram a ser abrangidos pelo tipo de violência doméstica com a revisão de 1995, operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15/03. Esta foi uma alteração que assumiu uma relevância cabal, uma vez que os maus-tratos psíquicos são uma forma de violência extremamente comum, que pode revelar-se tão ou ainda mais prejudicial do que a violência física.

Posto isto, deve referir-se, desde já, que a doutrina diverge quanto à forma de preenchimento deste conceito indeterminado.

Desde logo, Paulo Pinto de Albuquerque relaciona o conceito de maus-tratos psíquicos com alguns tipos de crimes consagrados no nosso Código Penal, como, por

⁴⁷ Fernandes, 2021, p. 33.

⁴⁸ Ferreira, 2017

⁴⁹ Ferreira, 2017, p. 6.

⁵⁰ Albuquerque, 2022, p. 668.

⁵¹ Carvalho, 2012, p. 520.

exemplo, os crimes de ameaça simples ou agravada, coação simples, difamação e injúrias, simples ou qualificadas⁵². Isto é, o autor entende que só serão suscetíveis de preencher este conceito os atos que evidenciarem *a priori* uma relevância típica no âmbito de outros tipos legais.

Em sentido discordante, Nuno Brandão reitera que para serem considerados atos típicos de maus-tratos, estes comportamentos não têm de ser subsumíveis a outros tipos legais de crime⁵³, podendo, ao invés, não só estar em causa atos que nem remotamente se integrariam noutra previsão legal como atos que até poderiam preencher um tipo de ilícito, mas ficam aquém do necessário para o efeito⁵⁴.

Ainda no seio da nossa doutrina, Taipa de Carvalho apresenta alguns exemplos de condutas que podem ser qualificadas como maus-tratos psíquicos, a saber: “humilhações, provocações, molestações, ameaças mesmo que não configuradoras em si do crime de ameaça”⁵⁵. De resto, o autor faz ainda referência ao tratamento cruel, referindo que muito embora este comportamento não se encontre expressamente tipificado no art. 152.º do CP, mas sim no art. 152.º-A, se deve considerar, ainda assim, um mau trato psíquico para efeitos de violência doméstica.

Já André Damas Leite interpreta o conceito de “maus-tratos físicos ou psíquicos” no sentido de se tratar de “lesões graves, pesadas da incolumidade corporal e psíquica do ofendido (...) no campo de tensão entre os tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos e a tutela da integridade física e moral”⁵⁶. Este autor defende que as lesões devem ser avaliadas segundo critérios objetivos e não subjetivos. Para o efeito, sustenta a possibilidade de recurso a alguns dos critérios presentes no art. 149.º, n.º 2 CP⁵⁷, que embora seja uma norma relativa à integridade física, pode também servir de parâmetro para preencher o conceito de maus-tratos psíquicos no âmbito do art. 152.º do CP.

Do mesmo modo, também a jurisprudência tem dado o seu contributo no sentido da concretização deste conceito. Assim sendo, destaque-se o Ac. do TRP de 25/01/2023, que considerou que:

São maus-tratos psíquicos, entre outros, os insultos, críticas e comentários destrutivos, achincalhantes ou vexatórios, a sujeição a situações de humilhação, as ameaças, as privações da liberdade, provocar estados de angústia e sentimentos de sujeição, opressão, que apesar da sua baixa intensidade quando considerados avulsamente são adequadas a causar

⁵² *Ibidem*, p. 665.

⁵³ Brandão, 2010, p. 19.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁵ Carvalho, 2012, p. 516.

⁵⁶ Leite, 2010, p. 45.

⁵⁷ Critérios como os meios empregados e amplitude previsível da ofensa.

graves transtornos na personalidade da vítima quando se transformam num padrão de comportamentos no âmbito da relação.

Aqui chegados, deve, no entanto, salientar-se que, quando falamos de crianças, “os maus-tratos psíquicos não podem ser restringidos às tradicionais humilhações, provocações, ameaças, insultos, privação de movimentos, falta de cuidados de saúde ou de higiene”⁵⁸. Ana Teresa Leal defende que quando estão em causa menores, nomeadamente aqueles que são expostos à violência doméstica, o entendimento deve ir mais além e os maus-tratos devem ser definidos com uma maior amplitude, uma vez que estamos a falar de sujeitos com uma fragilidade acrescida em razão da sua idade precoce, que muitas vezes são obrigados a vivenciar tratamentos violentos entre os seus progenitores⁵⁹ que, com toda a probabilidade, afetarão de forma significativa o seu desenvolvimento emocional e a sua saúde mental. Assim, “qualquer conduta que atinja os bens jurídicos protegidos pela norma tem, necessariamente, que poder integrar a prática do crime de violência doméstica”⁶⁰.

Em linha com o pensamento de Ana Teresa Leal, começa a consolidar-se uma corrente doutrinária⁶¹ cada vez mais significativa que se vem pronunciando sobre esta temática, incluindo a exposição do menor à violência doméstica nos maus-tratos psíquicos subsumíveis ao art. 152.º do CP.

1.4. Sujeitos passivos

O n.º 1 do art. 152.º do CP elenca, taxativamente, o conjunto de pessoas que podem ser sujeitos passivos do crime de violência doméstica⁶².

Desde logo, pode ser vítima deste tipo de crime o cônjuge ou o ex-cônjuge; a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; o progenitor de descendente comum em 1.º grau; pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que coabite com o agente; ou ainda menor que seja seu descendente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c), ainda que com ele não coabite.

Face ao exposto, compreende-se que estão aqui em causa sujeitos que mantêm relações familiares ou de proximidade com o agente. Tal como explica Paulo Pinto de Albuquerque, com a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, de 4/09, deixou de ser

⁵⁸ Leal, 2020, p. 165.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 165.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 165.

⁶¹ Neste sentido, Albuquerque, 2022; Santos, 2022; Carmo, 2023, p. 175.

⁶² Neste capítulo seguimos de perto os ensinamentos de Paulo Pinto de Albuquerque, 2022.

necessária a existência de laços familiares entre o agente e a vítima ao tempo do facto, na medida em que o legislador incluiu neste leque de sujeitos o ex-cônjuge e a pessoa com quem tenha mantido relação análoga à dos cônjuges, passando a estar incluídas “relações familiares pretéritas”⁶³. Além disto, no seguimento da referida lei, a tutela penal alargou-se também a relações parentais não familiares com a inserção do progenitor de descendente comum em 1.º grau no elenco de vítimas.

Resumindo e citando Margarida Santos, “o legislador português abarca um rol amplo de sujeitos passivos, protegendo tanto o homem como a mulher, no contexto de relações íntimas, de filiação ou equiparadas, ou de coabitação (desde que exista especial vulnerabilidade)”⁶⁴.

Por fim, importa atender, em especial, ao conceito de “pessoa particularmente indefesa”, na medida em que será especialmente relevante para a temática que aqui se pretende desenvolver, já que os menores se integram neste grupo, em razão da idade.

Com efeito, pessoas particularmente indefesas serão “aquelas que se encontram numa situação de especial fragilidade devido à sua idade precoce ou avançada, deficiência, doença física ou psíquica, gravidez ou dependência económica do agente”⁶⁵.

Neste âmbito, importa destacar o Ac. do TRL de 19/06/2019 que considerou que uma menor, que dos 2 aos 11 anos viveu sob forte pressão e stress devido a situações conflituosas geradas pela arguida (sua mãe), se enquadra no conceito de “pessoa particularmente indefesa” tendo em linha de conta “a idade e a dependência familiar, social e económica, desta em relação à mãe, geradora de uma especial incapacidade de defesa ou de reação perante os atos de maus-tratos físicos ou psíquicos infligidos pela arguida”⁶⁶.

1.5. Consequências jurídicas do crime: pena principal e penas acessórias

Do teor do art. 152.º do CP resulta que quem levar a cabo alguma das condutas típicas descritas no seu n.º 1, contra algum dos sujeitos ali contemplados, “é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

Acresce que esta moldura penal pode ser agravada nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, seja pela circunstância de o crime ser praticado contra menor, na sua presença, no domicílio comum ou no domicílio da vítima (alínea a)) ou ainda no caso de haver

⁶³ Albuquerque, 2022, p. 664.

⁶⁴ Santos, 2022, p. 106.

⁶⁵ Albuquerque, 2022, pp. 664 e 665.

⁶⁶ Ac. TRL de 19/06/2019.

difusão através da Internet ou de outros meios de difusão pública, de elementos relativos à vida privada da vítima sem o seu consentimento (alínea b)), sendo o agente, nestes casos, punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

Já no n.º 3 deste artigo, encontra-se previsto o chamado “crime preterintencional”, nos termos do qual a pena será agravada se dos factos previstos no n.º 1 resultar ofensa à integridade física grave, circunstância em que o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos (alínea a)), ou a morte, sendo o agente punido com pena de prisão de três a dez anos (alínea b)).

Quanto a este ponto, devemos, contudo, destacar as palavras proferidas por Maria Elisabete Ferreira, no sentido em que “contrariando todas as teorias, no âmbito da violência doméstica a ressocialização do progenitor não procede do cumprimento da pena principal”⁶⁷, valendo-se sim, primordialmente, das penas acessórias consagradas nos n.º 4, 5 e 6 do art. 152.º do CP, a saber, a proibição de contactos com a vítima, a obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de violência doméstica ou ainda a inibição do exercício das responsabilidades parentais.

Efetivamente, as penas acessórias assumem-se como a “grande valia” deste tipo legal para a tutela do superior interesse da criança, na medida em que são mais suscetíveis de cumprir o princípio fundamental de corrigibilidade do delinquente⁶⁸.

A verdade é que a violência doméstica constitui um crime extremamente complexo, traduzido em motivações interiorizadas durante décadas, fruto de uma sociedade marcadamente patriarcal, que dificilmente desaparecerão por mero efeito do cumprimento da pena⁶⁹, daí a relevância substancial atribuída às penas acessórias neste âmbito.

⁶⁷ Ferreira, 2018, p. 7, destacando, especialmente, a pena acessória de obrigação de frequência de programas específicos para a prevenção da violência doméstica, por ser aquela que pode levar aos melhores resultados.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 6.

Capítulo II – Violência Doméstica contra Crianças

2.1. Breves considerações

A violência doméstica contra crianças é um fenómeno cujas origens remontam aos séculos passados, tendo-se traduzido, nos seus primórdios, na expressão de uma estrutura familiar marcadamente hierárquica e autoritária. Nesse contexto, este tipo de violência “começou por surgir como resposta à violação, pontual ou reiterada, da subordinação destes últimos estabelecida em relação aos primeiros, como instrumento de correção e educação”⁷⁰.

Até há muito pouco tempo, esta ideia encontrava-se ainda marcadamente enraizada na nossa sociedade. Nas palavras de Maria Elisabete Ferreira, “a ilegitimação sociocultural da violência contra a mulher evoluiu mais rapidamente do que a ilegitimação da violência contra as crianças, *maxime* no seio da família”⁷¹. Na verdade, só em meados do séc. XIX é que o Estado começou a intrometer-se nesta esfera social que até aí lhe era vedada, criando as primeiras leis que visavam a limitação do mau exercício de autoridade na família⁷².

Todavia, com a evolução natural das mentalidades, com a difusão de informação sobre o fenómeno da violência doméstica contra menores e com a maior consciencialização e preocupação com o deflagrar de casos, a tendência tem vindo a mudar. Surge uma perceção dos castigos corporais como uma forma de violência que pode, realmente, impactar no desenvolvimento da criança.

Deste modo, a CRP de 1976 veio consagrar no art. 69.º o direito das crianças à proteção da sociedade e do Estado, “com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”. Esta norma consagra direitos positivos e também negativos. Os primeiros traduzem-se nos correlativos deveres – de prestação ou atividade – do Estado de criar legislação e de atuar administrativamente com vista à sua concretização, os segundos consistem no direito de as crianças não serem abandonadas, discriminadas ou oprimidas⁷³. A proibição constitucional destas formas de abandono, discriminação e de opressão integra no seu escopo, além do mais, a violência física e psíquica⁷⁴.

⁷⁰ Ferreira, 2016, p. 115.

⁷¹ Ferreira, 2020, p. 204.

⁷² Ferreira, 2016, p. 115.

⁷³ Canotilho & Moreira, 2007, p. 869.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 870.

Veja-se que, tanto o Estado, como a sociedade em geral – onde se integra a família – são sujeitos passivos deste direito⁷⁵.

Importa ainda salientar que impende sobre o Estado um dever de “especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal” (art. 69.º, n.º 2 da CRP). Além destas três situações de perigo, deve dizer-se que outras, por identidade de razão, também podem integrar o âmbito normativo do preceito, como é o caso da violência doméstica⁷⁶.

De resto, o conceito de “ambiente familiar normal” não deixa de estar envolvido em alguma ambiguidade. Como tal, Gomes Canotilho e Vital Moreira explicam que esta “anomalia” deve ser interpretada no sentido da falta de condições para o cuidado e desenvolvimento da criança.

Paralelamente, no panorama internacional, estipula o art. 19.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança⁷⁷ que:

Os Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada.

Deste modo, podemos compreender que impende sobre o Estado um dever de atuação no sentido de minimizar o impacto da violência doméstica na família, protegendo as crianças através de medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas.

Como veremos, a par da progressiva evolução que se tem verificado relativamente à perceção dos castigos corporais como algo inaceitável, mesmo do ponto de vista do poder de correção dos pais sobre os filhos, que hoje se rejeita, surge uma crescente preocupação com as crianças que se veem expostas a contextos familiares de violência, fenómeno cujas consequências têm vindo a ser percebidas e estudadas por várias áreas do saber, designadamente, pelo Direito, pela Psicologia e pela Sociologia.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 869.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 871.

⁷⁷ Adotada pela Assembleia Geral da ONU a 20 de novembro de 1989. A sua entrada em vigor deu-se a 2 de setembro de 1990.

Capítulo III – A Exposição de Menores à Violência Doméstica

3.1. A exposição de menores à violência doméstica e as suas consequências

A presente dissertação centra-se na análise da exposição de menores a contextos de violência doméstica interp parental ou intrafamiliar, enquanto realidade complexa que compromete gravemente o saudável desenvolvimento da criança, tornando urgente uma renovação e adequação do nosso sistema jurídico de modo a fazer eficazmente face a este problema.

Como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, o último Relatório Anual de Monitorização da Violência Doméstica, que se reporta ao ano de 2021⁷⁸, destaca que quase um terço dos casos de violência doméstica registados pelos Órgãos de Polícia Criminal, foram presenciados por menores⁷⁹.

Acresce que, no ano de 2022, de acordo com o Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ⁸⁰, a Violência Doméstica foi a segunda categoria com mais situações de perigo diagnosticadas, logo a seguir à categoria “Negligência”.

Destacando as palavras redigidas no Ac. do TRL de 19/06/2019:

A violência doméstica tem vindo a assumir proporções elevadas e cada vez mais desajustadas, que devem merecer uma forte reação penal de modo a dissuadir os prevaricadores de tais práticas, mormente quando está em causa, (como é o caso dos autos) uma criança que pode vir a ser fortemente afetada na formação da sua personalidade, devido às situações de conflito vivenciadas por força dos desentendimentos entre progenitores.

As consequências decorrentes deste tipo de violência para as crianças têm sido ampla e desenvolvidamente estudadas pela área da Psicologia, sendo objeto de uma crescente preocupação por parte dos especialistas devido ao seu impacto gravoso na saúde mental e equilíbrio emocional dos menores.

Esta preocupação tem vindo a estender-se, de resto, à sociedade em geral, fruto da crescente perceção da “violência doméstica como um problema social”⁸¹ e também de

⁷⁸ Relatório SGMAI, 2021.

⁷⁹ O que corresponde a cerca de 31,1% dos casos.

⁸⁰ Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ, 2022.

⁸¹ Sani, 2013, p. 1.

“uma progressiva consciência pública e profissional quanto à abrangência destes casos”⁸².

Tal como destacam Ana Isabel Sani e Diana Cardoso, muito embora as crianças não sejam os alvos primários e diretos da violência que está a ser levada a cabo por um dos progenitores contra o outro, este presenciar do conflito entre duas pessoas que assumem um papel primordial no seu desenvolvimento faz com que estas também sejam vítimas, “seja pela observação direta das agressões, seja pelo facto de verem no dia seguinte as consequências dos atos agressivos”⁸³.

Na sequência desta ideia, importa salientar que muitas situações existem em que a criança não observa diretamente as agressões, mas testemunha o conflito de outras formas, podendo ouvir sons, seja de agressões, insultos ou dos pedidos desesperados de clemência pela vítima ou mesmo ver as lesões no corpo da mãe (ou pai), o seu isolamento, a alteração das rotinas e o clima de medo⁸⁴.

Em situações mais graves, de um elevado grau de conflitualidade, também pode acontecer que a vítima comece a negligenciar os cuidados com a criança⁸⁵ na medida em que “a preocupação permanente com a preservação da sua integridade física e até mesmo da sanidade mental pode determinar que os cuidados com os filhos sejam colocados em segundo plano”⁸⁶.

Nesta medida, tem vindo a ser notada “a recorrente e inegável sobreposição entre estar exposto a violência doméstica e ser vítima de outras formas de maus-tratos”⁸⁷. Tal como denota Margarida Santos, vários estudos que têm sido desenvolvidos revelam que as crianças envolvidas nestes ambientes crónicos de violência demonstram perturbações muito similares àquelas que foram vítimas de abuso⁸⁸.

Com efeito, o tipo de violência que está aqui em causa pode desencadear uma série de consequências a nível cognitivo, emocional e comportamental que não podem ser ignoradas ou menosprezadas.

Entre estas consequências podemos destacar, nomeadamente, a depressão, a ansiedade, o isolamento⁸⁹ e ainda elevados níveis de “reatividade emocional, ameaça e culpa pela ocorrência dos conflitos”⁹⁰⁹¹. Além disto, a violência interparental pode ainda configurar um fator de risco para a repetição destes comportamentos violentos em relações futuras da criança/jovem.

⁸² *Ibidem*, p. 1 e 2.

⁸³ *Ibidem*, p. 3.

⁸⁴ Leal, 2020, p. 153.

⁸⁵ Leal, 2020, p. 153 e Neves, 2007, pp. 186 e 187.

⁸⁶ Guerra, 2020, p. 430.

⁸⁷ Sani, 2013, p. 2

⁸⁸ Santos, 2021, p. 301.

⁸⁹ Paulino, 2019.

⁹⁰ Sani, 2013, p. 3

⁹¹ Sani & Almeida, 2011, p. 16.

A verdade é que o espaço doméstico, ao ser transformado num lugar onde impera o medo e o perigo iminente, faz com que a criança seja privada de elementos fundamentais no que diz respeito ao seu desenvolvimento, como sejam a estabilidade emocional e o sentimento de proteção e segurança⁹², o que se revela extremamente preocupante e leva à necessidade de uma atitude proactiva por parte do Estado no sentido da sua proteção eficaz.

Nesta sequência, Mauro Paulino considera que a exposição da criança à violência entre os pais se traduz numa forma de maus-tratos psíquicos na medida em que “aterroriza a criança, por exemplo, quando cria um clima de medo, a oprime, força-a a viver em ambientes hostis e perigosos e a expõe a modelos negativos e limitados que encorajam comportamentos violentos”⁹³.

Ora, daqui podemos depreender que o agente, ao levar a cabo os comportamentos violentos contra o progenitor-vítima, está a provocar danos não só na saúde do mesmo, como também na saúde do filho menor que testemunha o conflito. Assim, constata-se que neste tipo de situações podemos, efetivamente, estar perante a violação de dois bens jurídicos, o do progenitor e o do filho. Esta é a opinião perfilhada por Clara Sottomayor, que considera que estão aqui em causa dois crimes de violência doméstica agravados pelo n.º 2 do artigo 152.º do CP: crime contra o cônjuge agravado pela presença do menor e crime contra pessoa particularmente indefesa, agravado pelo facto de ser menor⁹⁴.

Deste modo, do ponto de vista jurídico, deve questionar-se qual a posição que assume esta criança – que se vê inserida num clima de violência dentro do seu seio familiar – no nosso ordenamento. Será ela própria vítima do crime de violência doméstica? Responderemos a esta questão nos pontos subsequentes.

3.2. Implicações da Convenção de Istambul e do Direito da União Europeia

Começando pelo panorama internacional, podemos ler no preâmbulo da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica⁹⁵ que os Estados-Membros do Conselho da Europa e os outros signatários da mesma Convenção reconhecem que as crianças são vítimas de violência doméstica, designadamente como testemunhas de violência na família.

Nesta sequência, o artigo 26.º da Convenção foca-se, precisamente, nesta questão, estabelecendo no seu n.º 1 que:

⁹² Neves, 2007, p. 186

⁹³ Paulino, 2019, p. 109.

⁹⁴ Sottomayor, 2021, p. 68.

⁹⁵ Adotada em Istambul a 11 de maio de 2011. Também conhecida como Convenção de Istambul.

As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para que os direitos e as necessidades das crianças testemunhas de todas as formas de violência abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente Convenção sejam devidamente tidos em conta na prestação de serviços de proteção e apoio às vítimas.

Logo de seguida, no n.º 2 salienta-se que as medidas adotadas devem incluir o aconselhamento psicossocial adequado à idade da criança, devendo igualmente ter sempre em conta o superior interesse da mesma.

O superior interesse da criança é igualmente invocado no n.º 2 do artigo 56.º da Convenção para destacar que uma criança vítima e uma criança testemunha de violência contra as mulheres e de violência doméstica deverão, se for caso disso, beneficiar de medidas de proteção especiais.

De resto, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao combate à violência contra as mulheres e contra a violência doméstica estabelece logo no artigo 4.º, alínea c) que se incluem na definição de vítima, para efeitos do diploma, nomeadamente, as crianças testemunhas de violência doméstica⁹⁶.

Esta Proposta prevê o reforço de alguns Direitos Fundamentais, designadamente dos direitos das crianças, respeitando aquilo que vem previsto no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁹⁷.

Tal como podemos ler no texto da exposição de motivos da proposta, embora a ação a nível nacional tenha sido essencialmente desencadeada pela Convenção de Istambul, a verdade é que o acompanhamento da aplicação da Convenção revela a persistência de algumas lacunas, acrescido do facto de a violência contra as mulheres e a violência doméstica terem evoluído de forma significativa nas últimas décadas, tornando imprescindível a ação adicional da União Europeia⁹⁸.

Assim, entre os direitos das crianças a reforçar, podemos destacar o reconhecimento das crianças testemunhas como vítimas diretas de violência contra as mulheres e de violência doméstica, prevendo medidas específicas para as proteger e

⁹⁶ Art. 4.º, alínea c) da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao combate à violência contra as mulheres e contra a violência doméstica “«Vítima», qualquer pessoa, independentemente do sexo ou género, salvo disposição em contrário, que tenha sofrido danos diretamente causados por atos de violência abrangidos pela presente diretiva, incluindo crianças testemunhas de tal violência”.

⁹⁷ Artigo 24.º “Direitos das crianças”: 1 – As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade. 2 – Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança. 3 – Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses.

⁹⁸ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao combate à violência contra as mulheres e contra a violência doméstica, levada a cabo pela Comissão Europeia a 8 de março de 2022.

apoiar, e que os casos sejam tratados no superior interesse da criança. Tudo isto porque, devido à sua vulnerabilidade, as crianças que testemunham este tipo de violência sofrem danos emocionais diretos que afetam o seu desenvolvimento, tal como resulta do preâmbulo da proposta.

3.3. A exposição de menores a violência doméstica no CP português e as implicações da Lei n.º 57/2021, de 16/O8

Importa agora discorrer sobre o tratamento que tem sido dado a esta questão a nível legislativo, jurisprudencial e doutrinal, no nosso país.

Ora, diz-nos a lei que o crime de violência doméstica é punido de forma mais gravosa – pena de prisão de dois a cinco anos - se o agente praticar o facto contra menor ou na presença do mesmo (art. 152.º, n.º 2, alínea a) do CP).

No entanto, este é o único segmento da norma que menciona de forma expressa a circunstância de o menor presenciar o crime. Com efeito, permanece a incerteza sobre se as situações de exposição do menor à violência doméstica devem ser entendidas apenas como uma agravação do crime de violência doméstica, conforme descrito nesta alínea, ou se constituem, na realidade, um crime autónomo, sendo este menor vítima do crime a que aqui nos reportamos.

Antes da entrada em vigor das alterações operadas pela Lei n.º 57/2021, de 16/08, Clara Sottomayor considerava que a falta de menção expressa das crianças expostas à violência doméstica como vítimas diretas do crime de violência doméstica, nomeadamente, no âmbito da Lei n.º 112/2009, de 16/09, configurava uma lacuna, na medida em que estas “são titulares de bens jurídicos pessoais ofendidos pela conduta do agressor que pratica um facto ilícito criminal de “maus-tratos psíquicos”, nos termos do art. 152.º, n.º 1, do CP”⁹⁹.

Seguindo de perto os ensinamentos de Ana Teresa Leal¹⁰⁰, como acima já tivemos oportunidade de referir, estas crianças são normalmente consideradas vítimas indiretas ou vicariantes. No entanto, explica a autora que esta perspetiva tem vindo a ser posta em causa essencialmente por duas ordens de razão. Por um lado, pelo evidente sofrimento vivenciado pela criança dentro da sua própria casa, “no ambiente familiar mais íntimo, do qual ela espera segurança e afeto”¹⁰¹. Por outro lado, pelas consequências que estas situações acarretam a médio e longo prazo para a saúde mental e equilíbrio emocional da criança.

⁹⁹ Sottomayor, 2021, p. 360.

¹⁰⁰ Leal, 2020.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 148.

Nesta sequência, a autora entende que estas crianças devem ser consideradas vítimas diretas do crime de violência doméstica na medida em que este tipo de vítima é aquela que “sofre as consequências da atuação criminosa, com impacto na integridade do seu corpo ou mente”¹⁰², ao invés da chamada vítima indireta, que se caracteriza por ser aquela que “experencia estas atuações e é também afetada por elas, mas de modo diferente, porque é atingida de modo enviesado e, por isso, sem a mesma intensidade ou gravidade”¹⁰³.

Este entendimento não é, todavia, unanimemente aceite pela nossa doutrina, nem pela jurisprudência, que tendem a considerar as crianças expostas a violência doméstica como vítimas indiretas do crime¹⁰⁴.

Contudo, de forma a sanar as dúvidas existentes quanto a este ponto, foram introduzidas as alterações legislativas operadas pela Lei n.º 57/2021, de 16/08, que tiveram uma relevância substancial para o tema que aqui se aborda, na medida em que vieram legislar aquilo que há muito se almejava.

Esta necessidade legislativa já havia sido antecipada por Clara Sottomayor que me 2021 escreveu que para evitar correntes jurisprudenciais distintas com a consequente violação do princípio da igualdade, deveria proceder-se a uma clarificação legal no sentido de as crianças expostas a contextos de violência doméstica interparental, adquirirem expressamente o estatuto de vítima e demais direitos especiais associados¹⁰⁵, o que veio a acontecer com a entrada em vigor da Lei n.º 57/2021, de 16/08.

Ora, no âmbito das supramencionadas alterações legislativas e começando pela referência ao Código Penal foi, desde logo, acrescentada a alínea e) ao n.º 1 do artigo 152.º do CP, consagrando como sujeito passivo do crime de violência doméstica o menor descendente do agente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c), ainda que com ele não coabite.

Como é sabido, os menores de idade já eram identificados como vítimas na alínea d) do mesmo artigo 152.º do CP, através da consagração como sujeito passivo de “pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade (...), que com ele coabite”. Nesta hipótese, embora se prescindia da relação de parentesco, exige-se que exista coabitação, pressuposto que deixa de ser exigível no âmbito da alínea e).

Além disto, foi na esteira das presentes alterações legislativas que surgiu, no âmbito dos artigos 2.º, alínea a) da LVD¹⁰⁶ e 67.º-A, n.º 1, alínea iii) do CPP¹⁰⁷, o conceito

¹⁰² *Ibidem*, p. 148.

¹⁰³ Leal, 2020, p. 148.

¹⁰⁴ Neste sentido, Ac. do TRP de 25/01/2023.

¹⁰⁵ Sottomayor, 2021, p. 361.

¹⁰⁶ Lei n.º 112/2009, de 16/09 (Lei da Violência Doméstica).

¹⁰⁷ Art. 67.º-A: 1 – Considera-se: a) Vítima: iii) A criança ou jovem até aos 18 anos que sofreu um dano causado por ação ou omissão no âmbito da prática de um crime, incluindo os que sofreram maus-tratos relacionados com a exposição a contexto de violência doméstica.

de exposição à violência doméstica, que teve a sua génese na Psicologia e na Sociologia e que, de resto, já se encontrava previsto na Convenção de Istambul, que admite que as crianças são vítimas do trauma que lhes é causado pelo facto de serem “testemunhas de violência na família”¹⁰⁸.

Efetivamente, perante este panorama legislativo ficou demonstrada a sensibilidade do legislador relativamente ao tema em apreço, tendo acabado por promover “uma tutela especial esforçada”¹⁰⁹ “na direção certa para enfrentar este fenómeno”¹¹⁰.

Seguindo de perto os ensinamentos de Rui do Carmo, com a consagração deste novo conceito jurídico, a distinção a que se procedia outrora, de forma errónea, entre crianças vítimas de violência doméstica e crianças expostas à violência doméstica veio ser, finalmente, posta em causa¹¹¹. O autor entende que “já antes destas alterações legislativas, a exposição de crianças a violência doméstica era suscetível de ser integrada na descrição típica do crime com a mesma designação”¹¹² e como tal, de consubstanciar a prática de um crime autónomo de violência doméstica por maus-tratos psíquicos à criança¹¹³. Todavia, caso dúvidas houvesse, refere Rui do Carmo que, após as alterações de 2021, a norma do CPP que reconhece as crianças expostas à violência doméstica como vítimas não pode deixar de ser usada como “elemento interpretativo das situações que integram a descrição típica do crime de violência doméstica”¹¹⁴. No mesmo sentido, devemos destacar a posição de Margarida Santos, que salienta a necessidade de se proceder a “uma leitura sistemática da norma penal (art. 152.º do CP), em sintonia com a norma processual (art. 67.º-A do CPP, e do art. 2.º da Lei n.º 112/2009)”¹¹⁵¹¹⁶. Nesta sequência, a autora defende que a criança exposta à violência doméstica interpaparental deve ser considerada vítima autónoma do crime de violência doméstica por via da alínea e), do n.º 1, do art. 152.º uma vez que este tipo de situação se integra no conceito de maus-tratos suscetíveis de ofenderem a saúde, nomeadamente o normal desenvolvimento da criança¹¹⁷.

¹⁰⁸ Carmo, 2023, p. 122. e preâmbulo da Convenção de Istambul.

¹⁰⁹ Conceito introduzido por Brandão, 2010, p. 17.

¹¹⁰ Santos, 2022, p. 105.

¹¹¹ Carmo, 2023, p. 123.

¹¹² *Ibidem*, p. 123.

¹¹³ *Ibidem*, p. 123. Para sustentar a sua posição, Rui do Carmo socorre-se de uma situação analisada pela Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica (EARHVD), em que uma criança presenciou, ao longo de vários anos (entre os 3 e os 13 anos), diversas agressões contra a sua mãe e a sua avó, perpetradas pelo companheiro desta, incluindo as que resultaram na morte desta última. A relevância criminal destes comportamentos nunca foi considerada relativamente à criança.

¹¹⁴ Carmo, 2023, pp. 123 e 124.

¹¹⁵ Santos, 2022, p. 115.

¹¹⁶ No mesmo sentido, destacando a necessidade de se proceder a uma interpretação sistemática da norma, Ac. do TRP de 05/06/2024.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 115.

A acrescentar, Paulo Pinto de Albuquerque considera igualmente que no caso de o menor testemunhar agressões de um progenitor contra o outro, estamos perante uma situação de concurso efetivo entre o crime de violência doméstica contra o outro progenitor agravado pelo facto de o menor presenciar e o crime de violência psicológica de que o filho é vítima por ser considerado “pessoa particularmente indefesa” em razão da idade¹¹⁸. O autor salienta que “a solução do concurso efetivo de crimes de violência doméstica (...) é imposta agora pela Lei n.º 57/2021, uma vez que o menor passa a ser vítima autónoma do crime”¹¹⁹.

Com efeito, segundo uma leitura atenta da lei e de uma interpretação coerente em termos sistemáticos, dir-se-ia que, após a entrada em vigor das referidas alterações legislativas, as crianças expostas à violência doméstica passariam elas próprias a ser vítimas do crime.

No entanto, como veremos adiante, a jurisprudência maioritária não tem reproduzido este entendimento nas suas decisões, o que além de causar alguma perplexidade, gera incerteza relativamente ao efeito útil das alterações operadas pela Lei n.º 57/2021, de 16/08.

3.4. Jurisprudência

As crianças testemunhas de violência doméstica “são frequentemente caracterizadas como vítimas escondidas (...), isto porque há tendência a focalizar-se o problema da violência no casal, sem se considerar as implicações sérias (...) no ajustamento da criança”¹²⁰.

Verdadeiramente, o paradigma nos nossos tribunais tem sido este: a invisibilidade destas crianças nos processos de violência doméstica¹²¹. Entre os 31% de casos de violência doméstica em que estiveram presentes crianças, de acordo com o já citado Relatório de Monitorização referente ao ano de 2021, apenas 6,8% dos sujeitos identificados como vítimas eram menores¹²².

Nos últimos tempos, tem começado a verificar-se, através da leitura da matéria de facto de vários acórdãos, a referência à presença de menores no momento da prática do facto. Esta questão não é, contudo, tomada em consideração em sede de decisão. Ou, no caso de ser relevada, é, todavia, apenas em forma de agravação do crime de violência doméstica perpetrado por um progenitor contra o outro, por via da alínea a), do n.º 2, do art. 152.º do CP.

¹¹⁸ Albuquerque, 2022, p. 668.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 668.

¹²⁰ Sani, 2013, p. 3.

¹²¹ Leal, 2020, p. 147.

¹²² Relatório SGMAL, 2021.

Efetivamente, quando se constata a presença de menores no momento da prática dos factos, a larga maioria da jurisprudência¹²³ condena o agente por apenas um crime de violência doméstica agravado, ao invés de proceder à condenação por dois crimes deste tipo, em concurso efetivo.

Veja-se, por exemplo, o Ac. do TRP de 25/01/2023, no qual se relata que o arguido, por diversas vezes, agrediu, ameaçou e insultou a assistente na presença do filho menor, chegando mesmo a aperta-lhe o pescoço enquanto esta segurava o filho no seu colo. De facto, depois de salientar as graves consequências que a exposição da criança à violência doméstica na família pode desencadear, o tribunal concluiu referindo:

Assim, os maus-tratos em causa correspondem a uma forma indireta de vitimação caracterizada pelo testemunho por parte da criança/jovem da violência ou conflito interparental. Esta forma de vitimação indireta causa mal-estar físico, psicológico, emocional, comportamental e relacional equiparável ao impacto provocado pela experiência direta do mau trato.

Não obstante, a decisão traduziu-se apenas na condenação do arguido por um crime de violência doméstica, subsumível à previsão do artigo 152.º, n.º 1, alínea a) e agravado pelo n.º 2, alínea a), todos do CP.

O Ac. do STJ de 06/07/2023 retrata de forma igualmente clara esta realidade. Neste caso, da matéria de facto resulta o relato de uma relação marcadamente conflituosa por motivos de ciúmes do arguido relativamente à assistente, quer durante o seu relacionamento, quer após o término. Várias discussões foram encetadas na presença do filho de ambos, até ao dia em que o arguido se muniu de uma faca de cozinha e desferiu vários golpes à assistente, que se encontrava sentada ao lado do seu filho, o qual permaneceu sentado sem reação. Quando mãe e filho tentaram fugir, o arguido seguiu-os acabando por desferir vários golpes também no próprio filho.

Ora, esta criança viu a sua infância marcada por um ambiente de constante hostilidade, tensão e medo dentro da própria casa, culminando no momento aterrador em que testemunhou o pai esfaquear a mãe diante dos seus olhos – agressões que, por fim, a atingiram também.

O desfecho deste caso traduziu-se numa condenação por um crime de violência doméstica relativamente à assistente (art. 152.º, n.º 1, alínea b)), agravado pela circunstância da presença do menor (art. 152.º, n.º 2, alínea a)) e ainda numa condenação por dois crimes de homicídio qualificado na forma tentada, um

¹²³ Neste sentido, Ac. do STJ de 06/07/2023, Ac. do TRP de 25/01/2023.

relativamente à assistente e outro relativamente ao seu filho, também assistente neste processo.

Estes casos e respetivas soluções são paradigmáticos da jurisprudência ainda dominante nos nossos tribunais.

A reflexão que se impõe é a seguinte: caso os golpes não tivessem sido também dirigidos ao filho, esta criança – cuja vida se desenrolava num ambiente marcado por padrões continuados de violência doméstica – teria permanecido no silêncio a que tantas vezes são remetidas as vítimas indiretas deste tipo de crime, assumindo, assim, o papel de “vítima escondida”, conforme conceptualizado por Ana Sani¹²⁴.

Todavia, é de louvar a jurisprudência minoritária que já se posiciona a favor da criminalização autónoma da exposição de criança à violência doméstica, a saber, o Ac. do TRL de 19/06/2019 que refere que:

Comete o crime de violência doméstica p. e p. pelo art.º 152.º/1 al. a) e d) e n.º 2.º do cód. penal, contra o ex-marido e filha de ambos, a mulher divorciada que, no contexto de uma relação familiar, por causa das responsabilidades parentais para com a menor, impede o pai de estar com a filha, ao mesmo tempo que o insulta, bem como aos seus amigos na presença da menor, com epítetos grosseiros e vocábulos ofensivos, ameaçando-o de não mais lhe deixar ver a filha, deixando esta fortemente transtornada e em choro.

Mais recentemente, neste mesmo sentido, foi proferido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/06/2024, que parece vir marcar o início de uma mudança de paradigma.

Do teor do Acórdão aqui em apreço resulta que a violência contra o menor:

(...) não tem que ser direta, ou seja, tê-lo como alvo direto (enquanto pessoa objeto do crime), como se entendeu na decisão recorrida (art. 14.º n.º 1 do Cód. Penal), mas que o atinge a título de dolo necessário ou dolo eventual (cfr. Art. 14.º n.ºs 2 e 3 Cód. Penal) quando os maus-tratos sobre o/a respetivo/a progenitor/a, alvo preferencial do agente, são praticados na sua presença.

O Acórdão vem ainda esclarecer que esta interpretação não esvazia a agravação contida no n.º 2 do artigo 152.º do CP uma vez que esta serve para realçar “não a

¹²⁴ Sani, 2013, p. 3.

perspetiva dos menores, mas sim a da vítima direta e a do próprio arguido”.

Neste sentido, é destacada pelo Acórdão a ideia fundamental de que:

(...) para uma mãe, sofrer o tipo de maus-tratos que aqui estão em causa em frente aos filhos é infinitamente mais doloroso, pela humilhação suprema de ser tratada como lixo em frente aos filhos e até pelo receio de que a violência possa alastrar para os filhos e o horror da impotência de nada poder fazer. Uma vítima nessa circunstância sofre as mesmas dores físicas e psicológicas de outra que não é maltratada à frente dos filhos, mas sofre ainda esse acréscimo, incomensurável, de dor e aflição, que justifica a agravação, que tem como reverso a insensibilidade do arguido que foi indiferente a esse acréscimo de sofrimento. Os filhos não são eles mesmos, equação nessa agravação.

Não obstante os avanços jurisprudenciais que já vêm a ser notados no que a este tema diz respeito e aos quais se reconhece uma relevância cabal, a prática judiciária ainda dominante leva-nos, inevitavelmente, a questionar o efeito útil das alterações legislativas levadas a cabo pela Lei n.º 57/2021, de 16/08.

Antes da entrada em vigor da referida lei, o Conselho Superior do Ministério Público emitiu um Parecer relativo ao Projeto de Lei n.º 630/XIV/2^a¹²⁵ que visava reforçar a proteção das crianças e jovens que viviam em contexto de violência doméstica ou que o testemunhassem. Este Parecer, de algum modo, antecipou aquilo que viria a acontecer no futuro na medida em que, depois de sustentar a necessidade de alteração da Lei n.º 112/2009, de 16/09, e a alteração ao CPP no sentido da referência expressa às crianças expostas à violência doméstica como vítimas, afirmou que, contudo, a discussão não poderia ficar por ali “sob pena de consagrar uma solução meritória que todavia não consegue alcançar o seu fim último, ou seja, um enquadramento jurídico penalmente relevante quanto à conduta objetiva, enquanto conduta típica no âmbito do crime de violência doméstica”¹²⁶.

¹²⁵ Conselho Superior do Ministério Público, Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 630/XIV/2^a, 2021.

¹²⁶ Parecer CSMP, 2021.

3.5. Complementaridade entre ação penal e intervenção de promoção e proteção

Quando falamos de crimes que têm como vítimas crianças, impõe-se considerar, além da ação penal, a intervenção das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens, que é regulada pela Lei n.º 147/99, de 1/09 e “tem por objeto a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral”, nos termos do art. 1.º.

As crianças expostas à violência doméstica merecem ser sujeitos passivos da tutela conferida por esta lei, o que acontece por via da alínea f), do n.º 2, do art. 3.º, uma vez que estão em causa comportamentos que afetam gravemente a sua segurança e equilíbrio emocional, podendo esta circunstância subsumir-se igualmente à alínea b) pela possibilidade de integração na categoria dos maus-tratos psíquicos.

A articulação entre o sistema penal e o sistema de proteção mostra-se essencial para que se garanta uma atuação planeada, coerente e continuada¹²⁷ e para que não se coloque a vítima numa nova situação de vitimação¹²⁸. Neste sentido, Margarida Santos realça a necessidade de “uma maior articulação entre a intervenção protetora, tutelar cível e penal, tendo em vista a concretização do superior interesse da criança e a sua proteção”¹²⁹.

Deste modo, uma vez encetada a ação criminal, através da aquisição da notícia do crime, e verificada a existência de crianças expostas a situações de violência entre progenitores, deve proceder-se à comunicação do caso à CPCJ para que se desencadeie a intervenção de proteção, tal como estatuem os arts. 14.º, n.º 6, da Lei n.º 112/2009, de 16/09, e 64.º da LCPCJ.

Todavia, esta atuação concertada entre intervenções não se tem revelado nada mais, nada menos que uma utopia. Estudos referentes ao ano de 2018 demonstram que existe uma “*décalage*” entre as situações sinalizadas à CPCJ e as participações policiais que foram efetuadas relativamente às mesmas¹³⁰. Efetivamente, “o foco da violência doméstica como crime tem estado centrado na mulher vítima e a existência de crianças no espaço familiar vem sendo trabalhado essencialmente no âmbito da promoção e proteção de crianças em perigo.”

Ora, sem nunca desmerecer a relevância substancial que assume a intervenção de promoção e proteção junto das crianças e jovens em perigo, deve salientar-se que esta não é suscetível de substituir a intervenção penal¹³¹. Efetivamente, a intervenção

¹²⁷ Diretiva n.º 1/2021, PGR, de 14 de janeiro de 2021.

¹²⁸ Bolieiro, 2010, p. 141.

¹²⁹ Santos, 2022, p. 115.

¹³⁰ Leal, 2020, p. 150.

¹³¹ Num relatório publicado em 2019, o GREVIO instou as autoridades portuguesas a “tomarem medidas, incluindo alterações legislativas, para assegurar a disponibilidade e a aplicação eficaz das medidas de coação

protetiva, por si só, pode demonstrar-se insuficiente na maioria dos casos, desde logo porque implica a desresponsabilização do agressor¹³². Mas este não é o único fator a tomar em consideração. A verdade é que a vítima, muitas vezes, acabaria por ser protegida de forma mais eficaz em sede penal do que em sede de promoção e proteção, uma vez que os mecanismos de proteção consagrados na lei penal, isto é, as penas acessórias previstas no artigo 152.^o¹³³ e as medidas de coação consagradas no CPP e na Lei n.º 112/2009, de 16/09, foram concebidos de modo a proporcionarem uma proteção mais consubstanciada e adequada a cada caso concreto, além de se revelarem mais consolidados no sentido da suscetibilidade de dissuasão dos agressores de praticarem os mesmos comportamentos reprováveis no futuro.

Em primeiro lugar, de modo a comprovar esta premissa, Ana Teresa Leal¹³⁴ socorre-se do exemplo das medidas de coação plasmadas no art. 31.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09, nomeadamente, o afastamento da residência e proibição de contactos com a vítima, que raramente são feitas valer quando se trata de crianças. Verdadeiramente, além do facto de não ter de ser a vítima a sair da sua habitação, estas medidas potenciam o afastamento do agressor da residência de forma quase imediata dado que, nos termos do art. 29-A da Lei n.º 112/2009, de 16/09, estas devem ser tomadas e fixadas ao arguido com a maior brevidade possível, sem nunca exceder as 72h.

Em segundo lugar, deve ainda destacar-se a circunstância de, no âmbito do n.º 4, do art. 152.º do CP, ao agressor poder ser aplicada a pena acessória de obrigação de frequência de programas específicos de violência doméstica, o que se revela muito necessário para apelar à consciencialização da gravidade das condutas que por si estão a ser levadas a cabo, potenciar a dissuasão de repetição dos mesmos comportamentos no futuro e compreender “formas preferenciais de educação”¹³⁵.

De resto, também a pena acessória de inibição das responsabilidades parentais (art. 152.º, n.º 6 do CP) se pode revelar crucial, essencialmente nos casos de violência de maior gravidade. De facto, um progenitor que é extremamente violento com o seu cônjuge/ex-cônjuge, dificilmente propiciará ao seu filho um ambiente estável para viver.

Com efeito, efetuado este excursus pelos mecanismos de proteção que a lei penal oferece às vítimas de violência doméstica, é-nos possível compreender a importância da consideração das crianças expostas à violência domésticas como vítimas diretas deste

aos agressores e de proteção em relação a todas as formas de violência” devendo ser possível que as crianças tenham a mesma proteção que as suas mães, quer sejam vítimas diretas, quer indiretas da violência perpetrada pelo progenitor, uma vez que também elas experienciam a violência na própria pela ou por testemunho.

¹³² Nesta parte, seguimos de perto os ensinamentos de Leal, 2020, p. 149.

¹³³ Realçando a grande valia das penas acessórias para a tutela do superior interesse da criança: Ferreira, 2018, p. 6.

¹³⁴ Leal, 2020, p. 150.

¹³⁵ Ferreira, 2018, p. 7. A autora reconhece o perigo de não haver a desejada adesão interior do indivíduo, mas considera que esta foi a solução mais assertiva que o legislador configurou.

crime já que, caso contrário, só lhe será facultada uma proteção mitigada, não tão eficaz e adequada à sua posição de especial vulnerabilidade quanto poderia ser.

Além disto, e para reforçar a essencialidade da intervenção penal, destaque-se aqui a temática das finalidades das penas no Direito Penal que, como bem sabemos, se traduzem na prevenção geral e prevenção especial. Ora, neste caso concreto, deve salientar-se, além do mais, a finalidade de prevenção geral negativa, na medida em que importa transmitir à sociedade a mensagem de que os comportamentos agressivos no seio familiar são reprováveis e de dissuadir¹³⁶. De resto, ao nível da prevenção especial, “procura-se inculcar no agressor doméstico o respeito pela pessoa do outro, na sua dignidade”¹³⁷. Veja-se que são as necessidades de prevenção especial que justificam a aplicação das penas acessórias¹³⁸.

¹³⁶ Ferreira, 2018, p. 2.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 2.

¹³⁸ Albuquerque, 2022, p. 670.

Capítulo IV – Potenciais Soluções e Reflexão Crítica

4.1. Alterações legislativas

4.1.1. Criação do um tipo autónomo

Aqui chegados, importa sintetizar aquelas que são suscetíveis de se apresentar como potenciais soluções para reverter o problema da não consideração, essencialmente pela nossa jurisprudência, da exposição dos menores à violência doméstica como crime autónomo.

Desde logo, na linha de alguns projetos de lei¹³⁹ que foram sendo recentemente apresentados e discutidos na Assembleia da República, dir-se-ia que uma das possíveis alternativas para a inversão deste paradigma poderia traduzir-se na criação de um tipo legal autónomo com a epígrafe “Exposição de menor a violência doméstica”, para que não houvesse margem para interpretações díspares nem para a arbitrariedade do julgador, como acontece atualmente.

Conforme entendemos, não se vislumbra qualquer vantagem ou motivo palpável na autonomização deste tipo num artigo isolado, em detrimento da sua inserção no tipo a que diz respeito, o de violência doméstica (art. 152.º do CP).

Configurando a exposição de menor à violência doméstica intrafamiliar um tipo de maus-tratos psíquicos à criança, na linha do que alguma doutrina vem já defendendo, e encontrando-se estes comportamentos previstos e punidos no âmbito do crime de violência doméstica, é neste tipo legal que deve integrar-se a referida circunstância¹⁴⁰, não se justificando a autonomização num artigo próprio.

4.1.2. Clarificação do art. 152.º do CP

Por outro lado, há também quem defenda não a autonomização da tipificação destes casos num artigo próprio, mas sim a manutenção da sua subsunção ao artigo 152.º do CP, devendo, todavia, proceder-se a uma alteração da letra da lei, de modo a abranger a exposição de menor à violência doméstica de forma mais explícita e inequívoca.

Tome-se como ponto de partida o Projeto de Lei n.º 85/XV/1ª do Partido Livre. Deste projeto ressalta a sugestão de inclusão expressa da exposição de menores à violência doméstica no rol exemplificativo de condutas que configuram maus-tratos psíquicos, no âmbito do tipo de violência doméstica.

¹³⁹ Projeto de Lei n.º 76/XV/1ª (Iniciativa Liberal); Projeto de Lei n.º 92/XV/1ª (Bloco de Esquerda).

¹⁴⁰ APAV, Parecer sobre os Projetos de lei n.º 76/XV/1ª da Iniciativa Liberal, n.º 85/XV/1ª do Partido Livre e n.º 92/XV/1ª do Bloco de Esquerda, 2022.

Esta linha de pensamento encontra-se igualmente vertida na recomendação feita pela Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica (EARHVD) emitida a 25/11/2020, dirigida à Assembleia da República e ao Governo. Esta Equipa recomendou que fosse ponderada a necessidade e oportunidade de clarificação do texto do artigo 152.º do CP de modo a estabelecer expressamente que o menor que é exposto à violência doméstica também é ele próprio vítima do crime¹⁴¹.

No mesmo sentido, seguindo uma linha de pensamento com a qual concordamos, estipulou o Conselho Superior do Ministério Público, num parecer já anteriormente referido¹⁴², que muito embora considere que o artigo 152.º do CP, devidamente interpretado, permita o reconhecimento da exposição de menor à violência doméstica como crime autónomo, admite igualmente que, nos termos em que o artigo se encontra construído é possível que se depreenda que esta circunstância se apresenta exclusivamente como uma agravante, por via da alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo.

A ambiguidade que resulta da letra do art. 152.º do CP, configura uma preocupação transversal às várias entidades que fomos referindo. De facto, com um elemento literal de significado indeterminado, surgem dúvidas relativamente à verificação ou não do princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade¹⁴³ que estatui que “nenhum comportamento humano pode ser considerado criminoso se não corresponder a um tipo legal de crime, descrito com precisão por um preceito legal”¹⁴⁴. Ora, esta premissa pode gerar no julgador uma dúvida insanável sobre o caminho a seguir, caminho esse que, a este ponto, lhe caberá a si traçar porquanto não encontra uma solução precisa e inequívoca na lei penal. Estará este paradigma alinhado com o princípio da determinação das normas penais incriminadoras? Nas palavras de Maria Fernanda Palma, “o respeito pela reserva de lei não pode concretizar-se sem uma subtração das normas penais às técnicas legislativas que conduzam à pura criação jurisprudencial do Direito, no momento da sua aplicação”¹⁴⁵.

Assim, a dissonância interpretativa que se faz notar quanto a esta matéria, quer ao nível da doutrina, quer ao nível da jurisprudência acaba por levantar constrangimentos na “atividade diária dos operadores judiciais” que se veem perante posições diametralmente opostas, ficando entregue ao seu arbítrio e consideração a questão de saber se este é um tipo de violência que deve ser crime ou não¹⁴⁶.

¹⁴¹ EARHVD, Relatório Final: Dossiê n.º 2/2021 – OM.

¹⁴² Parecer CSMP, 2021.

¹⁴³ No latim, traduzido pela expressão “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, este princípio representa a base mínima e essencial da adequação do Direito Penal ao Estado de Direito Democrático, tal como destaca Maria Fernanda Palma, 2019.

¹⁴⁴ Palma, 2019, p. 134.

¹⁴⁵ Palma, 2019, p. 133.

¹⁴⁶ Parecer CSMP, 2021.

Com efeito, o Conselho Superior do Ministério Público defendeu no parecer emitido, que a melhor opção seria criar um número próprio dentro do art. 152.º do CP a abranger a situação da exposição¹⁴⁷, uma vez que este novo tipo de crime, muito embora seja indissociável do crime de violência doméstica, não exige a verificação de um resultado para a sua consumação, bastando a adequação da conduta a produzir o mesmo¹⁴⁸.

Na senda das alterações legislativas, foi ainda sugerido pelo CSMP o aditamento de programas específicos de reforço da parentalidade às penas acessórias consagradas no n.º 4 do art. 152.º.

De resto, também a APAV, congratulando as opções legislativas levadas a cabo pela Lei n.º 57/2021, de 16/08, refere que “a questão só ficará cabalmente sanada se no próprio tipo legal do crime de violência doméstica se incorporar o ato de exposição de menores”¹⁴⁹, respeitando, assim, o princípio da tipicidade. Além disto, salienta ainda o facto de se dever fazer menção expressa à necessidade dessa exposição ser adequada a provocar um prejuízo no desenvolvimento da criança de modo a haver subsunção da conduta ao tipo de violência doméstica, embora esta opção possa desencadear resultados perversos pela eventual confusão entre a premissa da “adequação do ato a causar prejuízo” e a “existência desse concreto prejuízo”.

4.2. Formação das autoridades judiciárias

É nesta sequência que surge a terceira solução possível. Esta passa não pela alteração das opções legislativas atuais, mas sim pela formação dos magistrados do Ministério Público e demais autoridades judiciárias.

A verdade é que a lei penal não é, nem tem, imperativamente, de ser 100% precisa. Aliás, a definição concreta daquela que é a “essência da violência doméstica” é um trabalho complexo, difícil de se reduzir a uma norma incriminadora¹⁵⁰. Não é a existência de conceitos menos precisos ou a circunstância de o intérprete exceder um sentido exclusivamente lógico-formal das palavras que determina a violação dos princípios da determinação e da tipicidade, violação essa que só tem lugar quando deixa de ser possível compreender e controlar o desvalor patente no tipo legal¹⁵¹. Acresce que

¹⁴⁷ Sugestão apresentada pelo Conselho Superior do Ministério Público: “Quem expuser menor a situação de violência, praticando as condutas previstas no n.º 1 na sua presença e de modo adequado a prejudicar o seu desenvolvimento, é punido com pena de prisão de um a cinco anos”, em Parecer CSMP, 2021.

¹⁴⁸ *Ibidem*. O Conselho Superior do Ministério Público não considera o crime de violência doméstica como um crime de perigo abstrato, ao contrário de Nuno Brandão (2010, p. 17), que entende que o tipo confere uma tutela antecipada do bem jurídico.

¹⁴⁹ Parecer APAV, 2022.

¹⁵⁰ Leite, 2021, p. 114.

¹⁵¹ Palma, 2019, p. 136. A autora acrescenta ainda que “a violação da reserva de lei começará onde a linguagem normativa permitir a total manipulação do conceito para fins incontrolláveis e onde for impossível

o aplicador do direito também não deixa de ter a função de conhecer o tipo social e proceder a uma interpretação da norma de acordo com o mesmo.

Além disto, a interpretação da norma deve passar pelo crivo da coerência sistemática. Nas palavras de Maria Fernanda Palma, “a interpretação permitida será (...) a que revele os valores jurídicos que a lei pretende atingir e seja compatível com outros valores do sistema e com a unidade do Direito”¹⁵². Ora, uma leitura da norma penal (art. 152.º do CP) alinhada com a norma processual (art. 67.º-A do CPP e art. 2.º da lei n.º 112/2009, de 16/09), de acordo com a relação de complementaridade que se estabelece entre ambas, leva-nos a concluir, de forma inequívoca, que a criança exposta à violência doméstica é vítima autónoma deste crime¹⁵³.

O tipo legal de violência doméstica consagra expressamente que os maus-tratos, quer físicos, quer psíquicos, configuram condutas puníveis no seu âmbito. Nesta sequência, a categoria dos maus-tratos no geral e neste caso específico, dos maus-tratos psíquicos são suscetíveis de abarcar uma multiplicidade de condutas, entre as quais se encontra, por exemplo, a “microviolência continuada”¹⁵⁴. Este conceito traduz-se em “repetidos actos de violência psíquica que apesar da sua baixa intensidade quando considerados avulsamente são adequados a causar graves transtornos na personalidade da vítima quando se transformam num padrão de comportamento”¹⁵⁵.

É igualmente consabido que as várias áreas do saber têm sido vocais quanto à circunstância da exposição do menor à violência doméstica interparental ou intrafamiliar se traduzir num tipo de violência, objetivável como maus-tratos psíquicos. A evidência científica é inegável. Margarida Santos tem contribuído de forma notável para este estudo da perspetiva jurídica, alertando para o trabalho que tem sido desenvolvido pela psicologia do Desenvolvimento e das Neurociência quanto a este tema. A autora considera, convictamente, que estamos perante maus-tratos psicológicos, na medida em que a criança exposta à violência doméstica é gravemente afetada a nível cognitivo, comportamental e emocional, existindo um paralelismo cada vez mais evidente entre os efeitos da exposição e os efeitos da violência diretamente dirigida às crianças¹⁵⁶.

Assim, é imprescindível apostar na formação das autoridades judiciais, essencialmente dos magistrados do Ministério Público para que o paradigma comece a mudar. A verdade é que são notórios os esforços que têm sido encetados por parte do

uma perceção da descrição legal pelos seus destinatários coincidente com os resultados de uma interpretação teleológica”.

¹⁵² Palma, 2019, p. 148.

¹⁵³ Santos, 2022, p. 115.

¹⁵⁴ Brandão, 2010, p. 21.

¹⁵⁵ Brandão, 2010, p. 21.

¹⁵⁶ Santos, 2022, p. 111.

legislador quanto ao tema da violência doméstica e mais concretamente, quanto à exposição de crianças a este flagelo, e as alterações levadas a cabo pela lei n.º 57/2021, de 16/08, são a prova disso. A lei encontra-se bem redigida, mas carece de ser bem interpretada para que se produzam os resultados almejados no seu espírito¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Veja-se que, em sede de regulação das responsabilidades parentais, ainda há juízes que julgam que um progenitor que é violento com o seu cônjuge, consegue ser bom para os seus filhos, o que demonstra uma falta de formação especializada e alguma impreparação para lidar com estes problemas tão complexos (Sottomayor, 2021, p. 357).

Conclusão

Aqui chegados, devemos, em primeira linha, salientar que existe ainda um longo caminho a percorrer no sentido da atribuição de uma maior visibilidade às crianças expostas à violência doméstica no seio do nosso ordenamento jurídico.

De facto, embora este não seja um fenómeno recente, só nas últimas décadas tem merecido um olhar mais atento por parte da comunidade científica e da sociedade em geral. Talvez porque até aqui inexistiu uma resposta unívoca e suficientemente omnicompreensiva sobre os prejuízos efetivos que decorrem desta situação¹⁵⁸ e o impacto real que tem no desenvolvimento das crianças.

Neste sentido, torna-se essencial que a ordem jurídica não fique à margem deste problema, mas antes que se renove e se ajuste, adotando medidas conducentes à proteção destas crianças.

Deste modo, importa destacar, uma vez mais, o mérito das alterações legislativas levadas a cabo pela Lei n.º 57/2021, de 16/08, que vieram atribuir o devido estatuto de vítimas às crianças expostas à violência doméstica, reconhecendo que também estas sofrem as consequências da violência que testemunham.

Dir-se-ia que esta mudança viria a tornar evidente que, no âmbito do art. 152.º do CP, passaria a existir um concurso efetivo de crimes nos casos de exposição à violência doméstica já que “havendo várias vítimas, o agente comete tantos crimes quantas as vítimas atingidas”¹⁵⁹.

No entanto, não tem sido este o entendimento perfilhado pela jurisprudência maioritária que, por muito que sublinhe, subtilmente, a relevância da consideração destes menores como vítimas, continua a não refletir essa preocupação nas suas decisões, procedendo à condenação do agente por um único crime de violência doméstica – aquele perpetrado contra o progenitor – agravado pelo facto de o filho o ter testemunhado, nos termos da alínea a), do n.º 2, do art. 152.º do CP.

A nosso ver, este entendimento não reflete a intenção que presidiu às opções legislativas adotadas.

Com efeito, consideramos que a exposição de menores à violência doméstica constitui um crime por si só - autónomo daquele de que é vítima o seu progenitor - integrando o teor do art. 152.º do CP, tal como se encontra atualmente redigido.

No entanto, subscrevemos integralmente a posição vertida no Parecer do Conselho Superior do Ministério Público¹⁶⁰ quando refere que embora seja possível retirar da atual redação do artigo 152.º do CP que a exposição de menores à violência

¹⁵⁸ Rivas, s.d.

¹⁵⁹ Albuquerque, 2022, p. 668.

¹⁶⁰ Parecer CSMP, 2021.

doméstica configura um crime autônomo, perante o tratamento diametralmente oposto que lhe tem sido conferido pela nossa jurisprudência, impera a necessidade de clarificação do seu teor, no sentido da inclusão expressa da referida circunstância.

Efetivamente, este tema gera um grande desfasamento entre o chamado *law in books* e *law in action*. Se por um lado, é de louvar o trabalho que tem sido desenvolvido pelo legislador no sentido da consideração destas crianças como vítimas, por outro lado, é de lamentar a aversão que a jurisprudência majoritária ainda demonstra quanto a esta mudança de paradigma, que há muito se almejava.

Tal como Margarida Santos, não ignoramos eventuais dificuldades que podem, efetivamente, surgir no que diz respeito à prova do dolo (eventual) e até mesmo à existência de perigo para a saúde em alguns casos, mas, quanto a este ponto, “os contributos da Psicologia e da Criminologia serão fundamentais para auxiliar os tribunais na tomada de decisão adequada”¹⁶¹.

Assim, perante a realidade prática que observamos, a nosso ver, e salvando melhor opinião, devia ser adotada uma solução mitigada. Mais concretamente, e deixando claro que a alternativa mais adequada para as necessidades que se impõem é a alteração do artigo 152.º do CP, criminalizando de forma expressa a exposição da criança à violência doméstica, enquanto essa modificação não tem lugar, importa apostar, com a brevidade que urge, na formação das autoridades judiciais, alertando-as para a evidência científica que identifica os sérios riscos que estão em causa no que diz respeito à saúde psíquica das crianças visadas¹⁶², motivando assim a aposta na uniformização interpretativa do teor do artigo 152.º do CP.

Esta solução mista ou mitigada, permitirá, deste modo, dar respaldo ao enquadramento legal da criança como vítima direta do crime de violência doméstica previsto e punido no art. 152.º do CP, por forma a que a exposição de menores a violência doméstica adquira o estatuto de crime e não apenas de circunstância agravante, sujeita à álea própria das interpretações jurisprudenciais e doutrinárias mais positivistas ou menos abertas a uma mudança necessária de paradigma que as alterações levadas a efeito pela Lei n.º 57/2021, de 16/08 convocam, tendo sempre em vista o fim último e primordial do superior interesse da criança e a proteção do seu desenvolvimento.

¹⁶¹ Santos, 2022, p. 116.

¹⁶² “One way to attempt to combat this problem is to raise awareness about the harmful effects that witnessing abuse has on children. It is not necessarily a commonly known fact that children are affected by the presence of violence despite not being the direct victims themselves.”
Harrison, 2021.

Bibliografia

- ALARCÃO, M. (2000). *(Des)Equilíbrios familiares*. Coimbra: Quarteto.
- ALBUQUERQUE, P. P. (2022). *Comentário do Código Penal – à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.^a edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- BOLIEIRO, H. (2010). A criança vítima: Necessidades de proteção e articulação entre intervenções. *Julgar*, n.º 12 (especial).
- BRANDÃO, N. (2010). A tutela penal especial reforçada da violência doméstica. *Julgar*, n.º 12 (especial).
- BRANDÃO, N. (2017). Bem jurídico e direitos fundamentais: Entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso. In COSTA, J. F. (coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. (2007). Anotação ao art. 69.º. In CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa anotada – Artigos 1.º a 107.º*, vol. I, 4.^a edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARMO, R. (2023). As crianças vítimas de violência doméstica. *Revista do Ministério Público*, n.º 175.
- CARVALHO, A. T. (2012). Anotação ao art. 152.º. In DIAS, J. F. *Comentário conimbricense ao Código Penal – Parte Especial*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, M. C. (1995). *Constituição e crime – Uma perspetiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- DIAS, J. F. (2016). O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. *RLJ*, n.º 3998.
- DIAS, J. F. (2019), *Direito penal – Parte geral*, Tomo I. Coimbra: GESTLEGAL.
- FERNANDES, P. C. (2021). Violência doméstica – novo quadro penal e processual penal. In *Violência doméstica e violência na intimidade*. CEJ.
- FERREIRA, M. E. (2016). *Violência parental e intervenção do Estado: a questão à luz do direito português*, Porto: Universidade Católica.
- FERREIRA, M. E. (2017). O crime da violência doméstica na jurisprudência portuguesa. Do pseudo requisito da intensidade da conduta típica à exigência revisitada de dolo específico. In COSTA, J. F. (coord.), *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. 1. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- FERREIRA, M. E. (2017). Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica. *Julgar Online*.
- FERREIRA, M. E. (2018). As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança. *Julgar Online*.
- FERREIRA, M. E. (2020). O princípio da não-ingerência na família e a imposição constitucional de intervenção do Estado na violência doméstica contra as crianças. In XAVIER, R. L. BOTELHO, C. S. et. al. (coord.). *Constitucionalismos e contemporaneidade: Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Afonso Vaz*. Porto: Universidade Católica Editora.

- GUERRA, P. (org.) (2020). *Violência doméstica – Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno – Manual pluridisciplinar*, 2ª edição. CEJ.
- HARRISON, O. (2021). The long-term effects of domestic violence on children. *Children's Legal Rights Journal*, vol. 41.
- LEAL, A. T. (2020). Crianças expostas à violência familiar: Vítimas (in)diretas do crime de violência doméstica. *Revista do CEJ*, I.
- LEITE, A. L. (2010). A violência relacional íntima: Reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia. *Julgar*, n.º 12 (especial).
- LEITE, I. F. (2021). Violência doméstica e concurso de crimes: Delimitação à luz do conceito de unidade normativo-social. In ALVES, C. A. et al. *Estudos em homenagem ao professor Doutor Augusto de Silva Dias*, vol. I. Lisboa: AAFDL Editora.
- NEVES, I. (2007), As crianças e os jovens que testemunham a violência interparental: Uma perspetiva integral da vitimação nos casos de violência nas relações de intimidade. *Actas do Colóquio Direito das Crianças e Jovens*. ISPA/CEJ.
- PALMA, M. F. (2019), *Direito penal: Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*. Lisboa: AAFDL Editora.
- PAULINO, M. (2019). Violência doméstica e exposição à violência interparental. In *Jornadas sobre Violência Doméstica*. Lisboa: Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados.
- RIVAS, N. P., La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: Estudio jurisprudencial. In *La violencia de género: Problemas de calificación jurídico-penal*, s.d.
- SANI, A. I. & ALMEIDA, T. (2011), Violência interparental: A vitimação indireta de crianças. In *Temas de vitimologia: Realidades emergentes e respostas sociais*. Coimbra: Editora Almedina.
- SANI, A. I. & CARDOSO, D. (2013), A exposição da criança à violência interparental: Uma violência que não é crime. *Julgar Online*.
- SANTOS, M. (2021), A criança vítima (autónoma) de crime de violência doméstica – dúvidas e perspectivas à luz da norma penal e da prática judiciária. *Dizer o Direito: O papel dos tribunais no século XXI*.
- SANTOS, M. (2022), A tutela da criança exposta à violência interparental após a revisão da Lei n.º 57/2021, de 16-08: Foi superada a dúvida? *Revista do CEJ*.
- SILVA, A. R. N. S. S. (2022), *Violência doméstica: Reflexão crítica à lei*. Tese de Mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses. Coimbra. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- SOTTOMAYOR, C. (2021), *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 7.ª ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina.

Outras fontes consultadas

Pareceres

Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, Parecer sobre os Projetos de lei n.º 76/XV/1ª da Iniciativa Liberal, n.º 85/XV/1ª do Partido Livre e n.º 92/XV/1ª do Bloco de Esquerda, 2022.
Conselho Superior do Ministério Público, Parecer relativo ao Projeto de Lei n.º 630/XIV/2ª.

Relatórios e outros

Equipa de Análise e Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica, Relatório Final: Dossiê n.º 2/2021 – OM.
GREVIO, *Baseline Evaluation Report: Portugal*, 2019.
SGMAI, Relatório Anual de Monitorização da Violência Doméstica, 2021.
Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ, 2022.
Relatório Anual de Segurança Interna, 2022.
Diretiva n.º 1/2021 da Procuradoria-Geral da República, de 14 de janeiro de 2021.
Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao combate à violência contra as mulheres e contra a violência doméstica, 2022.
Projeto de Lei n.º 76/XV/1ª “Consagração expressa do crime de exposição de menor a violência doméstica”, Iniciativa Liberal, 2022.
Projeto de Lei n.º 92/XV/1ª “Criação do crime de exposição de menor a violência doméstica”, Bloco de Esquerda, 2022.

Jurisprudência

Acórdão do TRP de 22/03/2023, proc. 812/21.1GDGDM.P1, relatora Lígia Trovão.
Acórdão do TRP de 25/01/2023, proc. 564/19.5PIPRT.P1, relator Donas Botto.
Acórdão TRL de 19/06/2019, proc. 7886/15.2TDLSB.L1-3, relator A. Augusto Lourenço.
Acórdão do STJ de 06/07/2023, proc. 1689/21.2PBBRR.S1, relatora Leonor Furtado.
Acórdão do TRP de 12/09/2022, proc. 8101/20.2T8PRT-B.P1, relator Pedro Damião e
Acórdão do TRC de 18/05/2022, proc. 924/19.1PBLRA.C1, relator: Paulo Guerra.
Acórdão do TRL de 19/03/2019, proc. 202/18.3PALSB.L1-5, relator: Ricardo Cardoso.
Acórdão do TRP de 05/06/2024, proc. 168/22.5GFVNG.P1, relator: Lígia Trovão.

**A anulação da sentença arbitral por violação da ordem pública
internacional**

Uma análise da jurisprudência portuguesa

Íris Maria Pereira Paixão

Sob a orientação do Professor
Doutor André de Almeida Lemos Flores Martins

Agradecimentos

Um agradecimento especial ao Professor Doutor André Martins, na qualidade de orientador, pelo valioso contributo na realização desta dissertação.

Aos meus pais e à minha irmã, por todo o apoio.

Aos meus amigos, em especial à Joana que partilhou este percurso comigo.

Aos funcionários da Biblioteca do Paraíso.

À Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto, onde concluí a licenciatura em Direito e frequentei o mestrado em Direito Privado, pela qualidade do ensino.

Resumo

A consagração na Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) da violação da ordem pública internacional como fundamento de anulação da sentença arbitral no art. 46.º, n.º 3, b), ii) foi um dos pontos do diploma que mais discussão gerou entre os juristas. A opção do legislador continua a dividir a doutrina, entre aqueles que defendem a posição legislativa e os que entendem que deveria ter sido adotado o conceito de ordem pública interna. A tarefa do tribunal estadual na apreciação deste fundamento revela-se particularmente desafiante porque, por um lado, a concretização da ordem pública internacional é difícil por se tratar de um conceito indeterminado e, por outro lado, na ação de anulação está vedada a revisão do mérito da sentença ao tribunal estadual. Assim, a presente dissertação tem em vista analisar as diferentes posições doutrinárias e, em particular, o entendimento da jurisprudência portuguesa sobre o conceito de ordem pública adotado na Lei da Arbitragem Voluntária, a sua concretização e, além disso, os poderes dos tribunais estaduais na análise do mérito da sentença arbitral no caso de ofensa à ordem pública.

Palavras-chave: ordem pública; anulação da sentença arbitral.

Abstract

The inclusion in the Voluntary Arbitration Law (Law no. 63/2011, of December 14th) of the violation of international public policy as grounds for annulment of the arbitral award in article 46(3)(b)(ii) was one of the most debated aspects of the law among jurists. The legislator's choice continues to divide doctrine, between those who defend the legislative option and those who believe that the concept of domestic public policy should have been adopted. The state court's task in assessing this ground is particularly challenging because, on the one hand, it is difficult to define international public policy since it is an indeterminate concept and, on the other hand, the state court is not allowed to review the merits of the judgment in an action for annulment. Thus, this dissertation aims to analyse the different doctrinal positions and, in particular, the understanding of the Portuguese jurisprudence on the concept of public policy adopted in the Voluntary Arbitration Law, its implementation and, also, the powers of state courts in assessing the merits of the arbitral award in cases of public policy violation.

Keywords: public policy; annulment of the arbitration award.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
APA	Associação Portuguesa de Arbitragem
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
<i>Et al.</i>	<i>Et alii</i>
LAV	Lei de Arbitragem Voluntária
N.º	Número
PP.	Páginas
Proc.	Processo
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

Índice

Lista de siglas e abreviaturas.....	5
I Introdução.....	7
II Anulação da Sentença Arbitral.....	8
1. Considerações iniciais	8
2. Regime da anulação.....	9
2.1 Tramitação	9
2.2 Prazo	11
2.3 Fundamentos	12
3. A ação de anulação e o recurso.....	13
III Ordem Pública.....	15
1. Ordem pública interna	15
2. Ordem pública internacional.....	16
3. Distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional	18
IV A Ordem Pública na LAV	20
V A Anulação da Sentença Arbitral por Violação da Ordem Pública	22
1. A opção do legislador português pela ordem pública internacional	22
1.1 As divergências doutrinárias	24
1.2 Posição adotada	26
2. O conteúdo da ordem pública internacional do art. 46.º da LAV.....	27
2.1 Ordem pública processual	29
3. O controlo do mérito das decisões arbitrais pelos tribunais estaduais.....	30
VI Análise Jurisprudencial	34
1. Considerações gerais	34
2. Acórdãos do TRG de 15/11/2018 <i>vs</i> TRL de 13/07/2017 <i>vs</i> STJ de 30/05/2023: o conceito de ordem pública do art. 46.º.....	34
3. Acórdão do TRL de 14/04/2016: um exemplo de improcedência de ação de anulação da sentença arbitral.....	36
4. Acórdão do STJ de 14/03/2017: um exemplo de recusa de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira	38
VII Conclusões.....	42
Bibliografia	43
Jurisprudência.....	45

I Introdução

A Arbitragem Voluntária é um mecanismo de resolução alternativa de litígios que depende da celebração de uma convenção de arbitragem, estando a decisão a cargo de terceiros, os árbitros.¹

Em Portugal, foi regulada, pela primeira vez, no DL n.º 243/84, de 17 de julho. No entanto, o Tribunal Constitucional declarou a sua inconstitucionalidade orgânica com força obrigatória geral², tendo este diploma sido revogado pouco tempo depois da sua entrada em vigor. Decorridos dois anos sobre este Decreto-Lei, surgiu a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, que depois foi substituída pela atual Lei de Arbitragem Voluntária (doravante, LAV), a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

Neste trabalho iremos analisar a ordem pública internacional do Estado português enquanto fundamento de anulação da sentença arbitral, prevista no art. 46.º, n.º 3, b), ii) da LAV, e algumas decisões dos tribunais portugueses onde foi invocado este fundamento.

No capítulo seguinte tem-se em vista fazer um enquadramento geral da anulação da sentença arbitral e uma comparação com outro meio de impugnação da sentença arbitral, o recurso. Não se pretende fazer uma exposição exaustiva do instituto da anulação face à limitação de caracteres, embora se tenha feito um esforço para realçar alguns pontos mais relevantes que têm levantado alguma discordância na doutrina.

No capítulo III abordamos a noção de ordem pública, distinguindo a ordem pública interna da ordem pública internacional, e no capítulo IV localizamos as várias referências à ordem pública ao longo da LAV.

No capítulo seguinte entramos na análise do art. 46.º, n.º 3, b), ii) da LAV. Iniciamos com a opção do legislador português pela noção de ordem pública internacional e as diversas discordâncias que tal escolha suscitou na doutrina e qual a nossa posição. Logo depois, procuramos preencher este conceito, reconhecendo as dificuldades associadas a essa tarefa. De seguida, tratamos da questão do controlo do mérito dos tribunais estaduais sobre as sentenças arbitrais que assume especial relevância na ação de anulação quando o fundamento consiste na violação da ordem pública internacional.

Finalmente, no último capítulo, procedemos à análise de algumas decisões jurisprudenciais sobre ações de anulação que envolveram o art. 46.º, n.º 3, b), ii) da LAV.

¹ Para uma síntese do regime da Arbitragem Voluntária ver Xavier, Folhadela & Castro, 2018, pp. 25-29.

² De acordo com o ac. TC n.º 230/86, Proc. n.º 178/84, “Declara-se com força obrigatória geral, e com referência ao disposto no artigo 168.º, 1, alínea q), da Constituição, a inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho”.

II Anulação da Sentença Arbitral

1. Considerações iniciais

A arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios possui uma dupla legitimação, na sua previsão constitucional e legal e na sua origem contratual.

Por um lado, a Constituição permite a possibilidade do recurso a meios de resolução alternativa de litígios no art. 202.º, n.º 4, segundo o qual “A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos” e no art. 209.º, n.º 2 prevê expressamente a existência de tribunais arbitrais. Por outro lado, a arbitragem voluntária tem uma base legal, na Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

O recurso à arbitragem voluntária depende da vontade das partes, através da celebração de uma convenção de arbitragem. Desta forma, a arbitragem “tem uma origem contratual, assente na autonomia das partes”.³ Além disso, a arbitragem tem natureza privada, pois o tribunal arbitral “é criado e constituído por particulares e não tem poderes de autoridade”⁴, é jurisdicional na sua função uma vez que os tribunais arbitrais exercem a função jurisdicional, e, por último, é pública no seu resultado no sentido em que a decisão arbitral é equiparada à sentença judicial pois produz efeitos de caso julgado e tem força executiva (arts. 42.º, n.º 7 da LAV e 705.º, n.º 2 do CPC). Assim, são quatro as características apontadas à arbitragem voluntária: a sua origem contratual, a sua natureza privada, a sua função jurisdicional e o seu resultado público.⁵

Os tribunais arbitrais são “verdadeiros tribunais”, mas “não são tribunais como os outros”⁶ porque não são órgãos de soberania e não têm *ius imperii*.⁷ Desta forma, a justiça arbitral e a justiça estadual são realidades diferentes e essa diferença também se evidencia na relação que se estabelece entre tribunais estaduais e tribunais arbitrais. Com efeito, os tribunais estaduais exercem uma função de assistência e controlo na justiça arbitral. Essa dupla intervenção também legitima a justiça arbitral⁸, ainda que esteja limitada aos casos previstos na lei da arbitragem, nos termos do art. 19.º.⁹

A função de controlo do tribunal estadual revela-se, principalmente, na ação de anulação da decisão arbitral (art. 46.º), mas, também se verifica no poder de executar as sentenças arbitrais (arts. 47.º e 48.º), na competência de decidir sobre o mérito da decisão arbitral nos casos em que o recurso é admissível (art. 39.º, n.º 4), e, por fim, no

³ Monteiro, Silva & Mirante, 2019, p. 57.

⁴ Monteiro, Silva & Mirante, 2019, pp. 58-59.

⁵ Estas características foram enunciadas por Cortez, 1992, p. 555.

⁶ Ac. TC n.º 230/86, Proc. n.º 178/84.

⁷ Monteiro, Silva & Mirante, 2019, pp. 65-66.

⁸ Nápoles & Coelho, 2012, pp. 198-199.

⁹ Os artigos que não contêm a indicação da lei referem-se à Lei da Arbitragem Voluntária (LAV).

poder de decidir o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (arts. 55.º e ss.).¹⁰

São, assim, três os meios de impugnação da sentença arbitral: o recurso, a ação de anulação e a oposição à execução.

Entende-se que a impugnação da decisão arbitral “é condição necessária da equiparação das sentenças arbitrais às sentenças judiciais” pois “O Estado só reconhece decisões vinculativas de privados se puder controlar a sua validade”.¹¹

Como o recurso tem um carácter excecional,¹² e a oposição à execução só terá relevância nos casos de execução da sentença arbitral, a ação de anulação assume uma especial importância porque é um direito irrenunciável (art. 46.º, n.º 5), sendo muitas vezes o único meio à disposição da parte que permite salvaguardar os valores essenciais da ordem jurídica.

A ação de anulação está regulada no art. 46.º da LAV. Com esta ação as partes têm a possibilidade de impugnar a sentença arbitral, proferida numa arbitragem interna, junto do tribunal estadual, com base em pelo menos um dos fundamentos previstos no n.º 3 do art. 46.º, nomeadamente, quando se verifique que o conteúdo da sentença arbitral ofende os princípios de ordem pública internacional do Estado português (art. 46.º, n.º 3, b), ii)), que é o tema sobre o qual nos iremos debruçar neste trabalho.

2. Regime da anulação

2.1 Tramitação

A ação de anulação é uma ação declarativa com processo especial¹³ (arts. 546.º e 549.º, CPC) cuja tramitação está definida no art. 46.º, n.º 2 da LAV.

Primeiramente, tal como dispõe o proémio do n.º 2 do art. 46.º, o pedido de anulação é apresentado ao tribunal estadual competente e deve ser acompanhado de uma cópia certificada da sentença arbitral e da tradução caso esta tenha sido redigida em língua estrangeira. Juntamente com o requerimento é oferecida a prova (art. 46.º, n.º 2, a)). O tribunal competente é o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem (art. 59.º, n.º 1, g)) ou, para os litígios da jurisdição administrativa, o

¹⁰ Oliveira, 2021, p. 86.

¹¹ Gouveia, 2018, p. 295.

¹² O recurso é excecional porque só é admissível se for expressamente acordado entre as partes e a sentença não tiver sido decidida de acordo com a equidade ou composição amigável (art. 39.º, n.º 4). Na LAV de 1986 o recurso não tinha carácter excecional porque a lei previa a possibilidade de recurso, se as partes a ele não renunciassem (art. 29.º, n.º 1). A nova LAV estabeleceu uma norma transitória para as partes que celebraram convenções de arbitragem antes da sua entrada em vigor que confere o direito ao recurso nos termos do art. 29.º da LAV de 1986.

¹³ Robin de Andrade in Vicente *et al.*, 2023, p. 197. Nápoles & Coelho, 2012, pp. 215-216, entendem que se trata de um pedido cassatório cuja tramitação é a do recurso de apelação.

Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o lugar da arbitragem (art. 59.º, n.º 2).

Para efeitos de distribuição, a ação de anulação entra na 4ª espécie (e não na 5.ª, como dispõe a alínea f) do n.º 2 do art. 46.º) face ao art. 214.º do CPC de 2013.

Depois, o requerido é citado para se opor ao pedido e oferecer prova (art. 46.º, n.º 2, b)). À citação é aplicável o disposto nos arts. 219.º a 246.º e 564.º do CPC. Admite-se um articulado de resposta do requerente às eventuais exceções deduzidas pelo requerido (art. 46.º, n.º 2, c)). Os prazos que deverão ser respeitados pelas partes na oposição e na resposta não estão fixados na lei. Esta omissão e as soluções apontadas na doutrina serão abordadas no ponto seguinte.

De seguida, a prova será produzida (art. 46.º, n.º 2, d)) perante o Tribunal da Relação. Depois, segue-se a tramitação do recurso de apelação (arts. 652.º e ss., CPC), com as necessárias adaptações (art. 46.º, n.º 2, e)).

Podem ser objeto de um pedido de anulação da sentença arbitral não só as decisões arbitrais que ponham termo ao processo como também as sentenças parciais sobre o mérito (art. 42.º, n.º 2)¹⁴ e as decisões interlocutórias que digam respeito à competência do tribunal (art. 18.º, n.º 9).

Caso a sentença seja anulada as partes podem iniciar outro processo arbitral (art. 46.º, n.º 9) pois a convenção de arbitragem não é afetada pela anulação da sentença arbitral, continuando a produzir os seus efeitos (art. 46.º, n.º 10), exceto se a anulação tiver como fundamento algum vício da própria convenção de arbitragem.

O art. 46.º, n.º 7 contempla a possibilidade de anulação parcial da sentença arbitral, tendo em vista salvar a parte da decisão que não esteja contaminada com a invalidade.¹⁵ Também com o objetivo de preservar a decisão arbitral, o art. 46.º, n.º 8 prevê a suspensão do processo de anulação pelo tribunal estadual, a pedido de uma das partes, para “dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o processo arbitral ou de tomar qualquer outra medida que o tribunal julgue suscetível de eliminar os fundamentos da anulação”.

De acordo com o art. 59.º, n.º 8 da LAV, a decisão sobre a impugnação da sentença arbitral nos termos do art. 46.º (art. 59.º, n.º 1, g)) pode ser objeto de recurso desde que a LAV não “preceitue que a decisão do tribunal estadual competente é insuscetível de recurso” (o que não é o caso) e o “recurso seja admissível segundo as normas aplicáveis à recorribilidade das decisões em causa”. Todavia, colocou-se em causa a admissibilidade do recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça das decisões dos Tribunais da

¹⁴ Mendes, 2013, p. 726. Em sentido contrário, Gouveia, 2018, p. 296, entende que tal possibilidade pode prejudicar o regular andamento do processo arbitral. Defende, por isso, que as decisões devem ser impugnadas num único momento.

¹⁵ Robin de Andrade in Vicente *et al.*, 2023, p. 208.

Relação sobre as ações de anulação das sentenças arbitrais. Concordamos com a decisão do STJ de 10/11/2016¹⁶ que propugnou pela admissibilidade do recurso de revista, “destinando-se o recurso, apenas e estritamente a apurar a verificação ou inverificação dos específicos fundamentos de anulação da sentença arbitral, invocados pelo autor”.

2.2 Prazo

O regime da ação de anulação tem lacunas em matéria de prazos. O único prazo previsto no art. 46.^o é o da apresentação do pedido de anulação no n.^o 6, faltando o prazo de oposição da parte requerida (n.^o 2, b)) e o prazo de resposta do requerente (n.^o 2, c)).

Nos termos do art. 46.^o, n.^o 6, o prazo para apresentação do pedido de anulação é de 60 dias a contar da data da notificação da sentença ou, se tiver sido feito um requerimento para retificação, esclarecimento ou sentença adicional nos termos do art. 45.^o, a partir da data em que o tribunal arbitral tomou decisão sobre esse requerimento.

No caso de apresentação do requerimento do art. 45.^o, o prazo da ação de anulação suspende-se. Tem-se entendido que começa a contar a partir da data da notificação à parte interessada da sentença de retificação, de esclarecimento ou adicional.¹⁷

Ademais, discute-se se este prazo é substancial ou processual. Os prazos processuais pressupõem a prévia propositura de uma ação. São prazos contínuos, mas, em regra, suspendem-se no período das férias judiciais (art. 138.^o, CPC). Já os prazos substantivos correspondem ao período de tempo exigido para o exercício de direitos, sendo-lhes “aplicáveis as regras de caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição” (art. 298.^o, n.^o 2, CC). O prazo de propositura da ação é um prazo substantivo de caducidade (arts. 332.^o e 327.^o, n.^o 3, CC).¹⁸ Embora alguma doutrina e a jurisprudência defendam que o prazo do n.^o 6 do art. 46.^o da LAV é processual¹⁹, entendemos que se trata de um prazo substantivo, pois estamos perante uma nova ação. Assim, segue-se o regime de caducidade dos direitos civis (art. 332.^o e 327.^o, n.^o 3, CC), não se aplicando a suspensão nas férias judiciais nem a prorrogação dos três dias úteis dependente do pagamento de multa, prevista no art. 139.^o, n.^o 5 do CPC.²⁰

Relativamente ao prazo de oposição da parte requerida (art. 46.^o, n.^o 2, b)) são defendidas três posições na doutrina: 1) o prazo supletivo de 10 dias previsto no art. 149.^o, n.^o 1 do CPC²¹, 2) o prazo de 30 dias seja por aplicação do art. 569.^o, n.^o 1 (o prazo

¹⁶ Proc. n.^o 1052/14.1TBBCL.P1.S1.

¹⁷ Mendes, 2013, p. 745.

¹⁸ Sobre o prazo processual e substantivo ver o ac. STJ, 06/09/2016, Proc. n.^o 158/15.4YRCBR.S1.

¹⁹ Mendes, 2013, p. 745; Robin de Andrade in Vicente *et al.*, 2023, p. 208. Neste sentido, o já citado ac. STJ, 06/09/2016, Proc. n.^o 158/15.4YRCBR.S1 e o ac. TRP, 05/03/2024, Proc. n.^o 319/23.3YRPRT.

²⁰ Gouveia, 2018, p. 298; Esteves de Oliveira, 2014, p. 575; Nazaré, 2021, p. 837.

²¹ Barrocas, 2013, p. 170; Esteves de Oliveira, 2014, p. 554.

para a contestação das ações declarativas comuns)²² seja por via do art. 638.º, n.º 1 e 5 (o prazo para as contra-alegações do recurso)²³ do CPC ou 3) o prazo de 60 dias por força dos arts. 638.º, n.º 5 do CPC e 46.º, n.º 2, e) da LAV. Quanto ao prazo de resposta (art. 46.º, n.º 2, c)) a doutrina que propugna que o prazo anterior é de 10 dias defende a aplicação desse prazo à resposta do requerente. Para quem advoga pelo prazo de 30 dias previsto para a contestação, o prazo aplicável à resposta será também de 30 dias por força do art. 585.º do CPC previsto para a réplica.

Parece-nos que o prazo de 10 dias é muito curto especialmente quando comparado com o prazo de 60 dias (art. 46.º, n.º 6) que a parte impugnante usufruiu. Esta considerável diferença coloca em causa o princípio da igualdade entre as partes e pode ser mesmo inconstitucional por violação do processo equitativo (art. 20.º n.º 4, CRP).²⁴

Entendemos que o prazo de 60 dias é a solução mais frágil porque é defendida apenas por uma razão de igualdade quantitativa que não se justifica, pois, em regra a propositura de uma ação dispõe de prazos mais longos.²⁵

Assim, defendemos a aplicação do prazo de 30 dias tanto para a oposição como para a resposta dado que é um prazo razoável que respeita o princípio da igualdade das partes e que tem uma base legal nos arts. 569.º, n.º 1 e 585.º do CPC, respetivamente.

2.3 Fundamentos

Não trataremos aqui dos vários fundamentos do pedido de anulação que estão consagrados no art. 46.º, n.º 3 da LAV. Apenas pretendemos tecer algumas considerações gerais.

O elenco do n.º 3 do art. 46.º é taxativo o que significa que as partes só podem impugnar a sentença arbitral com base num destes fundamentos. Aqueles que estão previstos na al. a) do n.º 3 do art. 46.º dependem da alegação e prova das partes. Já os fundamentos da al. b) do n.º 3 do art. 46.º, a inarbitrabilidade do litígio e a violação dos princípios da ordem pública internacional, são de conhecimento oficioso. Mas, naturalmente que estando verificados os fundamentos da alínea b), estes só poderão ser conhecidos pelo tribunal estadual se uma das partes apresentar um pedido de anulação da sentença.²⁶

Se a parte, durante o processo arbitral, souber que não foi respeitada uma disposição da LAV ou uma determinada cláusula da convenção de arbitragem e não

²² Gouveia, 2018, p. 300; Mendes, 2013, p. 746; Robin de Andrade in Vicente *et al.*, 2023, p. 198.

²³ Nápoles & Coelho, 2012, p. 216.

²⁴ Gouveia, 2018, p. 300. Canotilho & Moreira, 2007, p. 415.

²⁵ Gouveia, 2018, p. 300.

²⁶ Esteves de Oliveira, 2014, p. 566; Cordeiro, 2015, p. 443; Oliveira, 2021, p. 179; Robin de Andrade in Vicente *et al.*, 2023, p. 204.

deduzir oposição, não poderá pedir, em momento posterior, a anulação da sentença, considerando-se que renunciou ao direito de impugnar (art. 46.º, n.º 4). Esta regra de preclusão do direito de impugnação vale apenas para os fundamentos que dependem da alegação das partes, os de conhecimento oficioso não precludem.²⁷

3. A ação de anulação e o recurso

Como observamos, a ação de anulação é um direito irrenunciável (art. 46.º, n.º 1 e 5). Já o recurso, de acordo com o art. 39.º, n.º 4, tem um carácter excecional porque depende da vontade expressa das partes na convenção de arbitragem e, além disso, a causa não pode ter sido decidida de acordo com a equidade ou mediante composição amigável.²⁸

Ao contrário da ação de anulação em que está excluída a revisão do mérito da sentença (art. 46.º, n.º 9), tendo o tribunal estadual somente poderes para anular a decisão arbitral, no recurso da sentença arbitral o tribunal aprecia o mérito da sentença, substituindo a decisão recorrida.²⁹

No recurso da sentença arbitral serão aplicáveis as regras do recurso de apelação do CPC (ou do CPTA).³⁰ Assim, o recurso é apresentado por meio de requerimento ao tribunal a quo, o tribunal arbitral (art. 637.º, n.º 1, CPC), o prazo de interposição do recurso é de 30 dias (art. 638.º, n.º 1, CPC), subirá nos próprios autos (art. 645.º, n.º 1, a), CPC) e aplicam-se os arts. 137.º, n.º 1, 138.º, n.º 1 e 139.º, n.º 5 do CPC sobre a contagem dos prazos.³¹

Se, porventura, a possibilidade de recurso for admitida pelas partes, coloca-se a questão da conjugação do recurso e da ação de anulação uma vez que têm tramitações distintas e os prazos para recorrer (30 dias) e impugnar (60 dias) também são diferentes.

Na LAV de 1986 este problema estava resolvido pelo art. 27.º, n.º 3 que estabelecia que no caso de interposição de recurso, o pedido de anulação tinha que ser apreciado no âmbito do recurso. No entanto, esta disposição não se manteve na atual LAV, não existindo qualquer norma que impeça a parte de interpor o recurso e, simultaneamente, apresentar o pedido de anulação.

Alguns autores entendem que existindo a possibilidade de recurso não se admite o pedido de anulação por força do que consta na parte inicial do n.º 1 do art. 46.º e de

²⁷ Gouveia, 2018, pp. 300-302 e Monteiro, 2013, p. 660.

²⁸ O art. 39.º, n.º 4 não abrange o recurso extraordinário de revisão e o recurso para o TC.

²⁹ Esteves de Oliveira, 2014, pp. 546-447.

³⁰ Esteves de Oliveira, 2014, p. 548.

³¹ Neste sentido, Alves Vieira, 2016, p. 178-179. Em sentido diverso, Barrocas, 2013, p. 214, que entende que o recurso deve ser interposto perante o tribunal ad quem (o tribunal estadual), aplicando-se analogicamente as regras do art. 46.º, n.º 2 previstas para a ação de anulação.

forma a evitar a contradição de julgados.³² Esta orientação não nos parece a mais acertada porque obriga a parte a recorrer no prazo de 30 dias quando poderia usufruir do prazo substancialmente maior de 60 dias previsto para a anulação da sentença. Uma posição diferente é a que confere às partes a possibilidade de optar por um dos meios.³³ Já, Menezes Cordeiro defende que as partes podem utilizar o recurso e a ação de anulação em simultâneo, no entanto, reconhece que se forem invocados os mesmos fundamentos nos dois processos há litispendência.³⁴ Parece-nos que a melhor solução é a preconizada por Mário Esteves de Oliveira segundo a qual o tribunal estadual poderia apensar informalmente os dois processos, analisando, em primeiro lugar, os fundamentos de anulação da sentença arbitral e só depois, não havendo lugar à anulação, os fundamentos do recurso.^{35 36}

³² Nápoles & Coelho, 2012, p. 216; Barrocas, 2010, p. 538; Robin de Andrade in Vicente *et al.*, 2023, pp. 194-195.

³³ Silva, 1996, p. 194; Mendes, 2013, pp. 720-721; Gouveia, 2018, p. 298; Oliveira, 2021, pp. 171-173.

³⁴ Cordeiro, 2015, p. 437. Neste sentido, o ac. TRP, 06/02/2020, Proc. n.º 20/20.9YRPRT.

³⁵ Esteves de Oliveira, 2014, p. 550. Nazaré, 2021, p. 849, também sugere esta solução de apensação dos dois processos invocando o art. 37.º, n.º 2 do CPC.

³⁶ Nazaré, 2021, pp. 850-851, refere uma outra hipótese que seria suspender o recurso na pendência de ação de anulação.

III Ordem Pública

1. Ordem pública interna

A noção de ordem pública surgiu pela primeira vez no art. 6.º do Código Civil francês de 1804 (Código Napoleónico) de acordo com o qual as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes não podem ser derogadas por convenções particulares.³⁷

É um conceito indeterminado à semelhança da boa-fé e dos bons costumes que carece de preenchimento por parte do julgador tendo em conta as circunstâncias do caso em concreto e, por isso, de difícil definição. Além disso, não é um conceito estático, modificando-se de acordo com a evolução do ordenamento jurídico e em função do contexto histórico, político, social, geográfico e económico.³⁸

A ordem pública interna ou de Direito material corresponde a um conjunto de “(...) normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social, pelo que são, como tais, inderrogáveis pela vontade dos indivíduos”.³⁹ Para António Carneiro da Frada a ordem pública “(...) representa como que uma cláusula de salvaguarda de que dispõe o sistema jurídico para assegurar os seus pilares fundamentais”.⁴⁰ Assim, a ordem pública interna abrange um conjunto de princípios fundamentais de um sistema jurídico que constituem uma restrição à autonomia privada⁴¹, não podendo ser afastados pela vontade das partes.

A lei não prevê uma definição, porém a ordem pública (interna) está consagrada em várias normas do Código Civil, designadamente, no art. 280.º, n.º 2, que estabelece que o negócio contrário à ordem pública é nulo, no art. 281.º que determina a nulidade do negócio cujo fim comum a ambas as partes é contrário à ordem pública e ainda no art. 271.º, n.º 1 que prevê a nulidade do negócio jurídico subordinado a uma condição contrária à ordem pública.⁴²

Por um lado, a ordem pública interna não corresponde ao conjunto de todas as normas imperativas do nosso ordenamento jurídico, porque, se assim fosse, “a individualidade da ordem pública ficaria sacrificada”⁴³ no confronto com o conceito de contrariedade à lei. Essa diferença está desde logo bem patente no art. 280.º, n.º 1 e 2 e

³⁷ Monteiro, 2013, p. 598.

³⁸ Carvalho, 2011, pp. 661 e 662; Monteiro, 2013, p. 597.

³⁹ Machado, 1982, p. 254. Para outras definições de ordem pública (interna) ver Mota Pinto, 2005, pp. 557-558; Andrade, 1983, pp. 334-335; Cordeiro, 2000, pp. 507-508.

⁴⁰ Carneiro da Frada, 2008, p. 259.

⁴¹ Cordeiro, 2000, p. 507 e 2015, p. 446.

⁴² Ver também o art. 81.º, n.º 1, CC que se refere aos “princípios da ordem pública”.

⁴³ Carneiro da Frada, 2008, p. 257. Neste sentido, Cristas e Gouveia, 2010, 53; Carvalho, 2011, pp. 655, 666 e 667.

no art. 281.º do CC.⁴⁴ Por outro lado, a ordem pública interna não depende da existência de uma disposição legal específica.⁴⁵

2. Ordem pública internacional

A exceção ou reserva de ordem pública internacional surgiu no âmbito do Direito Internacional Privado como limite à aplicação da lei estrangeira designada competente pelas regras de conflitos e ao reconhecimento de decisões estrangeiras, isto é, de decisões proferidas por órgãos jurisdicionais estrangeiros. Ou seja, “é uma exceção ao normal funcionamento da regra de conflitos que remeteria a solução para o direito estrangeiro”.⁴⁶

Estando em causa a aplicação de lei estrangeira ou o reconhecimento de decisões estrangeiras tem de existir “uma maior tolerância para com as regras do sistema jurídico estrangeiro”⁴⁷, por isso, a ordem pública internacional não pode abranger todas as regras e princípios jurídicos que formam a ordem pública interna. Se assim fosse estaríamos a “decretar o desaparecimento do Direito Internacional Privado”.⁴⁸

A ordem pública internacional caracteriza-se pela sua imprecisão, excecionalidade, atualidade, cariz nacional e relatividade.⁴⁹

A imprecisão advém da circunstância de ser um conceito indeterminado, ficando a cargo do intérprete o preenchimento desse conceito. Não deixa de ser verdade nos dias de hoje a afirmação de Alberto dos Reis: “Ninguém até hoje conseguiu exprimir numa fórmula precisa e nítida o conceito de ordem pública internacional (...) No estado atual da ciência a única coisa a que pode aspirar-se é à enunciação de princípios gerais de orientação (...)”.⁵⁰

Uma característica fundamental é a sua excecionalidade, a ordem pública internacional só deverá intervir se a aplicação do direito estrangeiro for manifestamente intolerável perante as conceções ético-jurídicas do Estado do foro. A ordem pública internacional atua “como um elemento perturbador do sistema, um mal necessário, que, como tal, se deverá reduzir ao mínimo”.⁵¹

É atual na medida em que o seu conteúdo é variável consoante a evolução dos tempos e tem um cariz nacional pois é diferente de Estado para Estado. Por fim, é relativa

⁴⁴ Monteiro, 2013, pp. 601 e 602; Vicente, 2012, p. 334.

⁴⁵ Carneiro da Frada, 2008, p. 259; Cristas & Gouveia, 2010, p. 53; Carvalho, 2011, pp. 646 e 666.

⁴⁶ Monteiro, 2013, p. 606; Machado, 1982, p. 257.

⁴⁷ Machado, 1982, p. 254; Monteiro, 2013, pp. 603-604.

⁴⁸ Collaço, 1959, p. 422.

⁴⁹ Para mais desenvolvimentos sobre as características da reserva de ordem pública internacional, ver Correia, 2000, pp. 409-412; Machado, 1982, pp. 265-268, Pinheiro, 2019, pp. 588-602.

⁵⁰ Reis, 1956, p. 176.

⁵¹ Machado, 1982, p. 266.

porque a sua atuação depende da “intensidade dos laços que a situação apresenta com o Estado do foro”.⁵² Apesar disso, “a ordem pública internacional deve intervir mesmo na falta de laços significativos quando estejam em causa direitos fundamentais de especial importância”.^{53 54}

No Direito português a ordem pública internacional está presente desde logo no art. 22.º, n.º 1 do CC, segundo o qual “Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português”. e também no art. 1651.º, n.º 2 do CC relativo ao registo do casamento e no art. 980.º, al. f) do CPC sobre o reconhecimento de sentenças estrangeiras, nos termos do qual para que a sentença seja confirmada é necessário “que não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português”. A reserva de ordem pública internacional está igualmente prevista em vários diplomas da União Europeia, nomeadamente, no Regulamento “Roma I” (art. 21.º) e “Roma II” (art. 26.º)⁵⁵ no âmbito do direito dos conflitos e no Regulamento “Bruxelas I bis” (art. 45.º, n.º 1, a))⁵⁶ no plano do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

No caso de a aplicação da lei estrangeira envolver uma ofensa aos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português (art. 22.º, n.º 1, CC), tal não implica o afastamento da ordem jurídica estrangeira designada competente pelas normas de conflitos pois, primeiro, serão aplicáveis “as normas mais apropriadas da legislação estrangeira” e, só, subsidiariamente, “as regras de direito interno português”, nos termos do n.º 2 do art. 22.º do CC.

O art. 22.º do CC consagra, entre nós, a conceção aposteriorística de ordem pública internacional por contraposição à conceção apriorística. Isto significa que a ordem pública internacional só intervém quando da aplicação do direito estrangeiro, designado pelo sistema de Direito dos conflitos, resulta uma solução intolerável aos princípios e regras fundamentais da ordem jurídica portuguesa.⁵⁷

Já de acordo com a conceção apriorística, a ordem pública internacional seria constituída por princípios e regras que poderiam ser aplicados diretamente à situação internacional em causa. Estas normas seriam chamadas de leis ou regras de ordem

⁵² Pinheiro, 2019, p. 599; Caramelo, 2016, pp. 203-205; Machado, 1982, pp. 262-265.

⁵³ Pinheiro, 2019, p. 599.

⁵⁴ Neste sentido, Machado, 1982, pp. 263-264.

⁵⁵ Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008 e Regulamento (CE) n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, respetivamente.

⁵⁶ Regulamento (EU) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012.

⁵⁷ Pinheiro, 2019, pp. 593-594.

pública internacional.⁵⁸ Esta conceção apriorística da ordem pública internacional não é adotada na nossa ordem jurídica, contudo revela-se na intervenção das normas de aplicação imediata ou necessária (ou normas internacionalmente imperativas) que são regras materiais que delimitam o seu próprio campo de aplicação e que em razão da importância dos interesses que visam proteger não estão sujeitas ao controlo do sistema de Direito dos conflitos.⁵⁹ A sua intervenção é anterior e prevalece sobre as normas de conflitos⁶⁰, ao contrário da exceção de ordem pública internacional que intervém após a aplicação das regras de conflitos.⁶¹ As normas de aplicação imediata estão consagradas no plano europeu no Regulamento “Roma I” (art. 9.º) e “Roma II” (art. 16.º).

Importa ainda distinguir a ordem pública internacional da ordem pública transnacional (ou ordem pública verdadeiramente internacional). Esta abrange um conjunto de princípios que por serem de tal forma basilares e ligados a “um sentimento de jurisdição universal” são comuns a vários Estados, como, por exemplo, o princípio *pacta sunt servanda*.⁶² A identificação de determinados princípios como transnacionais não exige um reconhecimento por parte de todos os Estados, mas tem de se verificar pelo menos um amplo reconhecimento pela comunidade internacional.⁶³

3. Distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional

Tendo sido analisadas, ainda que de forma breve, a ordem pública interna e a ordem pública internacional podemos concluir que tanto uma como a outra “pertencem à ordem pública nacional de um determinado estado”⁶⁴, no entanto, a ordem pública internacional tem um conteúdo mais restrito do que a ordem pública interna, cingindo-se apenas àqueles princípios absolutamente fundamentais do nosso ordenamento jurídico, dos quais o Estado português não deve abdicar.^{65 66} Por conseguinte, podemos afirmar que uma regra ou princípio abrangido pela ordem pública internacional pertence

⁵⁸ Machado, 1982, pp. 257-259.

⁵⁹ Correia, 2000, pp. 161-165 e 409; Pinheiro, 2019, pp. 594-597.

⁶⁰ Pissarra e Chabert, 2004, p. 30; Pinheiro, 2019, p. 595.

⁶¹ Sobre a distinção entre a reserva de ordem pública internacional e as normas de aplicação imediata ver o ac., TRL de 16/01/2014, Proc. n.º 1036/12.4YRLSB-8 e o ac. subsequente do STJ de 23/10/2014, Proc. n.º 1036/12.4YRLSB.S1, a respeito do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira que não aplicou uma indemnização de clientela.

⁶² Barrocas, 2014, p. 43.

⁶³ Lew, 2018, pp. 22-23; Pinheiro, 2023, pp. 537-539.

⁶⁴ Barrocas, 2014, p. 39.

⁶⁵ Correia, 2000, p. 406.

⁶⁶ Sobre o conteúdo mais restrito da ordem pública internacional ver Pinheiro, 2019, p. 592; Monteiro, 2013, p. 616; Caramelo, 2011, p. 162; Barrocas, 2014, p. 125.

necessariamente à ordem pública interna mas nem todos os princípios de ordem pública interna estão compreendidos pela ordem pública internacional.⁶⁷

⁶⁷ Machado, 1982, p. 256 e 261; Cristas e Gouveia, 2010, p. 52-53; Carneiro da Frada, 2008, p. 260; Monteiro, 2013, p. 617.

IV A Ordem Pública na LAV

Antes de iniciar a análise da ordem pública internacional como fundamento de anulação da sentença arbitral (art. 46.º, n.º 3, b), ii)) importa ter em conta que este conceito é abordado na LAV em vários momentos.

Com efeito, a LAV determina a ofensa à ordem pública como limite à transação (art. 41.º, n.º 1) e a violação da ordem pública internacional como fundamento de anulação de sentenças arbitrais proferidas em arbitragens internas (art. 46.º, n.º 3, b), ii)) e em arbitragens internacionais (art. 54.º), como fundamento de oposição à execução (art. 48.º, n.º 1 e 3) e, por fim, como limite ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (art. 56.º, n.º 1, b), ii)).

O art. 41.º é a única norma que não se refere à ordem pública internacional, limitando-se à menção de “princípio de ordem pública”.⁶⁸

Ambas as normas dos arts. 54.º e 56.º preveem o conceito de ordem pública internacional, mas utilizam, ao contrário do art. 46.º, a expressão “manifestamente” o que pode indicar que estes preceitos tem um âmbito de aplicação mais restritivo do que o art. 46.º.⁶⁹

O art. 54.º está inserido no capítulo IX sobre a arbitragem internacional.⁷⁰ O conceito “internacional” não é unânime. A nossa LAV adota um critério substantivo ou económico de internacionalidade na medida em que a arbitragem internacional é aquela “que põe em jogo interesses do comércio internacional” (art. 49.º, n.º 1), diferente do critério formal de localização da arbitragem consagrado na Lei-Modelo.⁷¹

Estabelece o art. 54.º a anulação de sentenças proferidas em Portugal, em arbitragens internacionais que aplicaram direito não português, com base nos fundamentos do art. 46.º, e prevê, ainda, a anulação dessas sentenças que conduzam a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional caso tenham em vista a produção de efeitos em território nacional. A norma parece ser redundante uma vez que remete para os fundamentos de anulação do art. 46.º e acrescenta como fundamento adicional a ofensa à ordem pública internacional

⁶⁸ Segundo Monteiro, 2013, p. 653, o art. 41.º refere-se à ordem pública interna; Em sentido diferente, Caramelo, 2018, p. 119-122, defende que quando está em causa uma arbitragem em que é aplicado direito português deve ser tida em conta a ordem pública interna; caso seja uma arbitragem internacional sediada em Portugal regida por direito estrangeiro mas com conexões relevantes com a ordem jurídica portuguesa deverão ser aplicadas as normas de aplicação imediata da ordem jurídica portuguesa e no caso de uma arbitragem internacional em que é aplicado direito estrangeiro e sem conexões relevantes com a nossa ordem jurídica é aplicável a ordem pública internacional.

⁶⁹ Cordeiro, 2015, p. 454; Barrocas, 2014, pp. 47-48, sustenta que a expressão não interfere com o conteúdo da ordem pública internacional do Estado português, apenas quer significar que uma sentença arbitral estrangeira só pode ser objeto de recusa de reconhecimento quando a violação da ordem pública internacional do Estado português for manifesta; Caramelo, 2016, pp. 212-213, diz que a expressão deve ser interpretada com o significado de “certamente” ou “efetivamente”.

⁷⁰ Portugal adota um sistema dualista pois estabelece regimes distintos para a arbitragem interna e para a arbitragem internacional apesar do art. 49.º, n.º 2.

⁷¹ Ramos, 2013, pp. 589-590.

que já está consagrada no art. 46.^o.⁷² A redundância poderá explicar-se pela opção tardia do legislador da LAV de introduzir a ordem pública internacional no art. 46.^o.⁷³

⁷² Caramelo, 2018, pp. 127-128, defende uma “interpretação ab-rogante” do art. 54.^o; Vicente, 2012, pp. 337-338, entende que o único efeito útil que pode ser dado ao art. 54.^o é no sentido de que a sentença proferida apenas poderá ser anulada com fundamento na violação da ordem pública internacional “se e na medida em que tal sentença se destine a ser executada ou a produzir outros efeitos em território nacional”. Parece seguir esta posição Ramos, 2014, pp. 606-607; criticando este entendimento, Caramelo, 2018, pp. 129-136.

⁷³ Ver nota de rodapé em Pinheiro, 2012, p. 126.

V A Anulação da Sentença Arbitral por Violação da Ordem Pública

1. A opção do legislador português pela ordem pública internacional

O primeiro diploma legal que regulou a Arbitragem Voluntária, o DL n.º 243/84, de 17 de julho, previa a contrariedade à ordem pública como fundamento de anulação da decisão arbitral na al. a) do n.º 1 do art. 31.º. Com a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, a referência à ordem pública desapareceu. O art. 27.º, n.º 1 da Lei n.º 31/86 que estabelecia os fundamentos de anulação da decisão arbitral não incluía a violação à ordem pública.

A doutrina criticava esta omissão e entendia que se devia considerar a ofensa à ordem pública como fundamento de anulação da sentença arbitral.⁷⁴ Alguma jurisprudência seguia o mesmo entendimento, como, por exemplo, o acórdão do STJ de 10/07/2008.⁷⁵

Diferentemente, no âmbito da discussão da nova LAV, a Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) estava contra a introdução deste fundamento de anulação da sentença arbitral nas arbitragens internas, por duas ordens de razão: (1) admitir tal fundamento criaria um risco de “reexame do mérito pelos tribunais estaduais”, o que colocaria “em causa a eficácia e o sentido da arbitragem” e (2) “não prevendo a lei processual civil qualquer recurso extraordinário que possa ser interposto das sentenças dos tribunais estaduais que transitem em julgado (nomeadamente por as partes terem renunciado ao recurso) com fundamento na alegada violação de princípios da ordem pública”, não se compreenderia a previsão de semelhante fundamento de anulação contra decisões arbitrais de que não cabe recurso. Entendeu a APA que “semelhante diferença de tratamento não só envolveria uma discriminação injustificável contra os árbitros, como seria incompatível com a consagração dos tribunais arbitrais pelo art. 209.º, n.º 2, da Constituição”.⁷⁶

Todavia, a atual LAV (Lei n.º 63/2011) prevê a anulação da sentença arbitral quando “O conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português” (art. 46.º, n.º 3, al. b), ii)). A nova LAV teve forte inspiração na Lei-

⁷⁴ Nomeadamente, Silva, 1992, pp. 944-945; Pinheiro, 2007; Barrocas, 2010, p. 520; Cristas & Gouveia, 2010, pp. 41-56.

⁷⁵ Proc. n.º 08A1698. Este acórdão foi comentado por Cristas & Gouveia, 2010.

⁷⁶ Esta posição foi expressa nas versões anotadas dos dois Projetos da Nova LAV desenvolvidos pela Direção da APA, a pedido do Ministério da Justiça, e que foram apresentados ao Governo em 2010 e 2011. Estes Projetos, tal como o Anteprojeto de 2009, e respetivas versões com notas justificativas podem ser consultados em <https://www.arbitragem.pt/pt/conhecimento/projetos-apa/>. Em sentido contrário, Caramelo, 2011, pp. 177-188.

Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (doravante, Lei-Modelo da UNCITRAL) que estabelece no art. 34.º, n.º 2, b), ii) a anulação da sentença arbitral quando “a sentença contraria a ordem pública do presente Estado”. Por sua vez, a Lei-Modelo da UNCITRAL teve como base o artigo V da Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que contempla no n.º 2, al. b) a possibilidade de recusa do reconhecimento e da execução de uma sentença arbitral quando “o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país”.

A opção do legislador português pelo conceito de ordem pública internacional no contexto da ação de anulação de sentença arbitral que foi proferida no âmbito de uma arbitragem interna em que, em princípio, se aplicou o direito português, parece surpreendente uma vez que, como já referimos, este conceito é próprio do Direito Internacional Privado e serve como limite à aplicação de direito estrangeiro ou ao reconhecimento de decisões estrangeiras⁷⁷, em que se exige “uma maior tolerância para com as regras do sistema jurídico estrangeiro”.⁷⁸

Por outro lado, a Lei-Modelo da UNCITRAL na qual se baseou a nossa atual LAV não se refere nem à ordem pública interna nem à ordem pública internacional de forma expressa. De facto, este assunto foi discutido nos trabalhos preparatórios da Lei-Modelo mas optou-se por não restringir o conceito de ordem pública a uma das noções. Nos termos do art. 34.º, n.º 2, al. b), ii) da Lei-Modelo, a sentença arbitral pode ser anulada se o tribunal constatar que “a sentença contraria a ordem pública do presente Estado”. Os países que adotaram a Lei-Modelo interpretaram esta formulação como se referindo à ordem pública interna, sendo Portugal o único Estado a optar pelo conceito de ordem pública internacional.⁷⁹

Esta escolha pode porventura estar relacionada com o propósito de colocar Portugal numa posição favorável à arbitragem⁸⁰ e com a relutância da APA em integrar o fundamento da violação da ordem pública na ação de anulação, tendo-se preferido uma solução intermédia (a ordem pública internacional).⁸¹

⁷⁷ Cordeiro, 2015, p. 444; Caramelo, 2018, pp. 110-112; Vicente, 2012, p. 334.

⁷⁸ Monteiro, 2013, pp. 603-604 e 652; Machado, 1982, p. 256.

⁷⁹ Para mais desenvolvimentos sobre a solução adotada pela Lei-Modelo da UNCITRAL e o Direito Comparado ver, Monteiro, 2013, pp. 646-650.

⁸⁰ Patrão, 2018, p. 53.

⁸¹ Raposo, 2012, p. 507.

1.1 As divergências doutrinárias

A introdução da ordem pública internacional como fundamento da ação de anulação foi e é objeto de um extenso debate doutrinário. O disposto no art. 46.º, n.º 3, b), ii) “foi possivelmente o ponto mais polémico do projeto que originou a presente LAV”.⁸²

Nos dias de hoje, permanecem duas correntes doutrinárias principais, entre aqueles que criticam a opção do legislador e que defendem a adoção do conceito de ordem pública interna e os que compreendem a opção legislativa.

A primeira corrente é protagonizada por Paula Costa e Silva, Assunção Cristas e Mariana França Gouveia, António Sampaio Caramelo, António Pedro Pinto Monteiro, Menezes Cordeiro e Dário Moura Vicente.

Já na vigência da lei anterior (Lei n.º 31/86) que não previa a ofensa à ordem pública como fundamento de anulação da sentença arbitral, Paula Costa e Silva defendia a adoção do conceito de ordem pública interna. Segundo a autora a violação da ordem pública originava a “nulidade direta ou derivada da sentença arbitral”⁸³ e podia ocorrer em três momentos: na convenção de arbitragem, no processo arbitral e na sentença arbitral.⁸⁴ Também Assunção Cristas e Mariana França Gouveia propugnavam pela adoção da ordem pública interna, pois “Nenhum Estado (porque é de Direito) pode tolerar a existência de tribunais privados que não apliquem as regras que esse Estado (esse povo) entendeu essenciais. A mera possibilidade de existência deste controlo é essencial para a coerência do ordenamento jurídico. Falamos de ordem pública nacional e não internacional (...)”.⁸⁵

Igualmente António Sampaio Caramelo defende que o conteúdo da ordem pública é diferente consoante esteja em causa uma arbitragem interna (art. 46.º) e uma arbitragem internacional (art. 54.º). Segundo o autor, na arbitragem interna deve valer a ordem pública interna como fundamento de anulação das sentenças arbitrais⁸⁶ e na arbitragem internacional deve ter-se em conta “a ordem pública internacional que tem um conteúdo mais restrito do que a ordem pública interna, porque as necessidades do comércio internacional impõem que, quando o objeto do litígio tem ligações com outras ordens jurídicas o sistema jurídico do Estado da sede de arbitragem seja menos exigente no controlo da conformidade da sentença arbitral”.^{87 88}

⁸² Robin de Andrade in Vicente *et al.*, 2023, p. 204.

⁸³ Silva, 1992, p. 944.

⁸⁴ Silva, 1992, p. 945. Ver também Monteiro, 2013, pp. 619-634.

⁸⁵ Cristas e Gouveia, 2010, p. 52.

⁸⁶ Caramelo, 2011, p. 178.

⁸⁷ Caramelo, 2011, pp. 162-163 e 2018, pp. 110-111. A aceção de “ordem pública internacional” que é utilizada por Caramelo distingue-se da exceção ou reserva de ordem pública internacional, característica do Direito Internacional Privado.

⁸⁸ Em sentido diferente, Raposo, 2012, p. 510, defende a existência de um único critério de ordem pública para a arbitragem interna e internacional.

António Pedro Pinto Monteiro entende que com a ordem pública internacional “poderemos deparar-nos com situações em que a sentença arbitral viola a nossa ordem pública interna, sem que possamos atacar tal vício”, representando tal situação “um perigo para a credibilidade da arbitragem” pois “esta poderia até ser vista como um expediente que permitiria às partes fugirem à aplicação dos princípios e normas de ordem pública (interna)”.⁸⁹

Menezes Cordeiro também critica a opção do legislador.⁹⁰ O autor defende um conceito intermédio que seria mais restrito do que a ordem pública interna e mais abrangente do que a ordem pública internacional, a ordem pública internacional-interna que “fica próxima da ordem pública interna: dela só se distingue por ter, implícita uma mensagem legislativa de só se recorrer a ela em casos substancialmente sérios”.⁹¹

Diferentemente, Luís de Lima Pinheiro, Manuel Pereira Barrocas, José Robin de Andrade, Dário Moura Vicente, e Elsa Dias Oliveira defendem a opção do legislador pelo conceito de ordem pública internacional.

José Robin de Andrade retira um sentido a esta disposição afirmando que “não é a violação de qualquer princípio de ordem pública que pode ser invocado como fundamento do pedido de anulação, mas apenas o núcleo mais restrito daqueles princípios de ordem pública interna que sejam também princípios de ordem pública internacional”.⁹²

Luís de Lima Pinheiro⁹³ e Manuel Pereira Barrocas⁹⁴ aceitam a posição do legislador essencialmente por uma questão de eficácia da arbitragem e utilidade prática dos tribunais arbitrais face aos tribunais estaduais. Segundo Luís de Lima Pinheiro, “Se a ordem pública for entendida como o conjunto de regras e princípios gerais imperativos, parece que o controlo da conformidade com a ordem pública franqueia a porta a ataques constantes à validade das decisões arbitrais”.⁹⁵ Para Manuel Pereira Barrocas a opção do legislador promove uma aproximação da arbitragem interna (art. 46.º) à arbitragem estrangeira (art. 56.º) ao uniformizar os fundamentos de anulação da sentença arbitral aos fundamentos de recusa do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.⁹⁶

Para Dário Moura Vicente a posição do legislador suscita algumas dúvidas, mas entende que há uma clara intenção de restringir a anulação da sentença arbitral “aos

⁸⁹ Monteiro, 2013, pp. 657-658. O autor admite mesmo pôr em causa a constitucionalidade do art. 46.º, n.º 3, al. b), ii) da LAV, por violação do direito à tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º da CRP).

⁹⁰ Cordeiro, 2015, p. 444.

⁹¹ Cordeiro, 2015, p. 454 e 2014, pp. 73-103.

⁹² Robin de Andrade in Vicente *et al.*, 2023, p. 204.

⁹³ Pinheiro, 2007.

⁹⁴ Barrocas, 2010, pp. 521-522.

⁹⁵ Pinheiro, 2007.

⁹⁶ Barrocas, 2014, pp. 40-43. Para Barrocas, 2014, pp. 50-51, os conceitos de “ordem pública internacional” dos arts. 46.º e 56.º são “rigorosamente iguais”.

casos de violação de princípios jurídicos fundamentais do Direito português” ainda que esse propósito tenha sido “imperfeitamente expresso”.⁹⁷

Também Elsa Dias Oliveira subscreve a opção legislativa pela reserva de ordem pública internacional porque, por um lado, mesmo nas arbitragens internas, as partes podem escolher aplicar direito estrangeiro, sendo muito frequente os casos em que as regras de outros Estados não são coincidentes com regras imperativas do Estado português e, por outro lado, as partes tem a possibilidade de submeter o litígio à equidade ou composição amigável, em que se admite o afastamento de regras imperativas.⁹⁸ Ademais, a autora refere que, em certos casos, os próprios tribunais estaduais proferem decisões que são contrárias à ordem pública interna portuguesa, nomeadamente, quando numa situação plurilocalizada os tribunais portugueses internacionalmente competentes, são obrigados a aplicar direito estrangeiro, por força da aplicação das regras de conflitos.⁹⁹

1.2 Posição adotada

A nosso ver a opção do legislador português não foi a mais acertada.

Em primeiro lugar, não se compreende por que razão o legislador português decidiu fazer esta restrição à noção de “ordem pública internacional” quando a Lei-Modelo da UNCITRAL e os vários ordenamentos jurídicos que nela se inspiraram adotaram o conceito de “ordem pública” como fundamento de anulação da sentença arbitral.

Por outro lado, como referimos, este conceito surgiu no âmbito do Direito Internacional Privado que se rege por um “princípio do respeito pela diversidade de regulamentações e no reconhecimento da diferença entre as várias ordens jurídicas”, tendo de existir “uma maior tolerância para com as regras do sistema jurídico estrangeiro”.¹⁰⁰ Assim, justifica-se a consagração da ordem pública internacional como fundamento de recusa de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro (art. 56.º, n.º 3, b), ii)), tal como acontece na revisão e confirmação de sentenças estrangeiras (art. 980.º, f), CPC), e no âmbito da arbitragem internacional que está relacionada com interesses do comércio internacional (art. 54.º). Contudo, numa ação de anulação de uma sentença arbitral que foi proferida em território português e

⁹⁷ Vicente, 2012, p. 334.

⁹⁸ A autora parece entender que todas as normas imperativas do ordenamento jurídico português integram a ordem pública interna. Entendemos que não é assim. A ordem pública interna não abrange todas as normas legais imperativas, caso contrário, não seria autonomizável em face do conceito de contrariedade à lei.

⁹⁹ Oliveira, 2021, pp. 187-188.

¹⁰⁰ Monteiro, 2013, pp. 603-604 e 652; Collaço, 1959, p. 422; Machado, 1982, p. 256.

que, em princípio, aplicou direito português a adoção da noção de ordem pública internacional não se justifica.

Com efeito, os tribunais estaduais podem ser confrontados com situações em que se verifica uma violação da ordem pública interna e encontram-se impedidos de exercer a sua função de controlo, podendo levar as partes a recorrer à arbitragem com o objetivo de contornar a aplicação de princípios fundamentais da ordem jurídica.¹⁰¹

A letra da lei refere-se à ordem pública internacional, mas parece-nos que o art. 46.º, n.º 3, b), ii) não deve ser interpretado como reserva ou exceção de ordem pública internacional, mas antes como um conceito intermédio mais próximo da ordem pública interna, só se devendo recorrer a ela como fundamento de anulação “em casos substancialmente sérios”.¹⁰² Aderimos, assim, à tese de Menezes Cordeiro.

A APA justificava a sua posição desfavorável à introdução da ordem pública com o perigo da utilização excessiva deste fundamento e com isso colocar em causa a eficácia e o sentido da arbitragem. Ora, tal receio, como iremos demonstrar de seguida revelou-se injustificado uma vez que a inserção da ordem pública internacional como fundamento de anulação não levou a um maior número de decisões arbitrais anuladas pelos tribunais estaduais com base na violação desse fundamento. Por conseguinte, pensamos que a alteração desse conceito pela ordem pública internacional-interna não irá ter influência significativa na prática jurisprudencial, também porque o art. 46.º, n.º 9 da LAV limita os poderes dos tribunais estaduais nas ações de anulação.

2. O conteúdo da ordem pública internacional do art. 46.º da LAV

A ordem pública internacional é um conceito indeterminado cuja concretização é particularmente difícil, dependendo sempre das circunstâncias do caso em concreto.¹⁰³ Ainda assim, procuram-se definir algumas regras e princípios que, à partida, integram a ordem pública internacional.

Antes de mais, a ordem pública internacional é formada por normas e princípios constitucionais, principalmente aqueles que tutelam direitos fundamentais (arts. 24.º a 79.º, CRP) e também pelos princípios fundamentais de Direito da União Europeia¹⁰⁴ (nomeadamente, os princípios consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do

¹⁰¹ Realçando este ponto, Monteiro, 2013, pp. 657-658.

¹⁰² Cordeiro, 2015, p. 454.

¹⁰³ Pinheiro, 2019, p. 589; Ac. TRL, 09/09/2019, Proc. n.º 382/19.0YRLSB-1.

¹⁰⁴ A denominada ordem pública europeia.

Homem e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia)¹⁰⁵ e de Direito Internacional.

No que diz respeito à associação entre as normas constitucionais e a ordem pública internacional é preciso ressaltar que a Constituição não estabelece um limite à invocação da ordem pública e, por outro lado, a violação de uma regra constitucional não implica sempre uma ofensa à ordem pública.¹⁰⁶

Quanto aos princípios europeus que são acolhidos pela nossa ordem pública internacional tem especial relevância o direito da concorrência e as normas de proteção de consumidores.¹⁰⁷ No acórdão *Eco Swiss c. Benetton*,¹⁰⁸ o TJUE estabeleceu que as normas respeitantes ao direito da concorrência, mormente o atual art. 101.º do TFUE (ex-art. 81.º do TCE) que proíbe acordos entre empresas e práticas concertadas anticoncorrenciais, integra o conceito de ordem pública dos vários Estados-Membros pois é uma norma indispensável para o cumprimento das missões da UE e para o funcionamento do mercado interno.¹⁰⁹

António Sampaio Caramelo menciona alguns exemplos que ocorreram no contexto da arbitragem internacional e que podem ser transpostos para a arbitragem interna. Segundo o autor devem considerar-se como integrantes da ordem pública internacional os princípios e regras destinadas a combater a corrupção, o tráfico de estupefacientes, de armas, de pessoas ou de órgãos, o branqueamento de capitais ou práticas gravemente lesivas do património ambiental ou cultural dos Estados ou violações de embargos decretados pelo Conselho de Segurança da ONU.¹¹⁰

Além disso, a doutrina e a jurisprudência têm elencado um conjunto de princípios fundamentais que enformam a ordem pública internacional: o princípio *pacta sunt servanda*¹¹¹, o princípio da boa fé, da proteção da confiança, a proibição do abuso de direito, o princípio da proporcionalidade¹¹², a proibição de medidas discriminatórias, a proteção dos civilmente incapazes, a proibição das vinculações perpétuas, a proibição

¹⁰⁵ Pinheiro, 2019, pp. 590-591 e 593; Acs. do STJ, 26/09/2017, Proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1 e de 14/3/2017, Proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1.

¹⁰⁶ Patrão, 2018, p. 59. Sobre a Constituição como limite autónomo à aplicação da lei estrangeira, ver Ramos, 1994, pp. 210 e ss.

¹⁰⁷ Cordeiro, 2015, p. 455.

¹⁰⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*, Processo C-126/97.

¹⁰⁹ Sobre este acórdão do TJUE, ver Caramelo, 2018, pp. 100-102.

¹¹⁰ Caramelo, 2011, pp. 167-172 e 2018, p. 99. Ver também Pinheiro, 2023, pp. 538-540.

¹¹¹ O acórdão do TRL de 13/07/2017, Proc. n.º 1358/16.5YRLSB-7 reconheceu que o princípio *pacta sunt servanda* integra a ordem pública internacional.

¹¹² Nos termos do ac. do STJ de 30/05/2023, Proc. n.º 1445/20.5YRLSB.S1, integra a ordem pública internacional o princípio da proporcionalidade “no sentido de corrigir composições de interesses muito desequilibradas, feitas no exercício da liberdade contratual, de modo a evitar que a liberdade de conformação de um contrato venha a traduzir-se em vantagens excessivas (desmedidas) para uma parte em detrimento da outra”.

dos *punitive damages*, normas legais destinadas a proteger os contraentes mais fracos,¹¹³ designadamente, as normas de proteção dos consumidores.

Neste sentido, Menezes Cordeiro defende que integram a ordem pública internacional-interna os princípios patrimoniais que “vedam condenações expropriativas ou desproporcionadas e enriquecimentos arbitrários: cláusulas penais excessivas, *punitive damages*¹¹⁴, expropriações sem indemnização minimamente razoável, manutenção de quadros ruinosos e similares”.¹¹⁵

Contudo, é importante sublinhar que, como estamos perante conceitos indeterminados que tem de ser concretizados pelo julgador, a sua invocação “terá de ser sujeita a acentuadas restrições” para desincentivar o uso infundado e excessivo do direito de impugnação por parte de quem se sentiu prejudicado pela decisão arbitral¹¹⁶ e para evitar algum exagero na anulação das sentenças arbitrais pelos tribunais estaduais, colocando-se em causa a eficácia da arbitragem.

Em várias decisões os tribunais estaduais portugueses não consideraram que determinadas normas invocadas pela parte impugnante consubstanciassem violações da ordem pública. Por exemplo, num acórdão do STJ de 01/10/2019¹¹⁷, o tribunal declarou que um eventual erro de qualificação de uma cláusula penal que conduz à violação do art. 811.º do CC não constitui uma ofensa à ordem pública internacional. Em 25/01/2018, o TRL¹¹⁸ determinou que o art. 238.º do CC não contém um princípio integrador da ordem pública internacional.

2.1 Ordem pública processual

O conceito de ordem pública não apresenta apenas uma dimensão substantiva, incluindo também princípios e normas de natureza processual. É a chamada ordem pública processual. Esta dupla dimensão da ordem pública foi reconhecida nas Recomendações da *International Law Association* (ILA) sobre a ordem pública internacional (“*internacional public policy*”), que foram aprovadas em Nova Deli, em abril de 2002.¹¹⁹

¹¹³ Caramelo, 2011, p. 172 e 2018, p. 99. Ver também Vicente, 2013, p. 143 e Esteves de Oliveira, 2014, p. 570. Para uma referência geral a estes princípios ver na jurisprudência, a título de exemplo, os acs. do STJ de 26/09/2017, Proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1 e de 01/10/2019, Proc. n.º 1254/17.9YRLSB.S1.

¹¹⁴ De acordo com o ac. do STJ de 10/11/2020, os *punitive damages* podem afrontar a ordem pública internacional do Estado português, embora o tribunal tenha afirmado que, no caso em concreto, estava em causa a aplicação de uma cláusula penal.

¹¹⁵ Cordeiro, 2015, p. 454-455.

¹¹⁶ Caramelo, 2011, p. 172-173 e 2018, p. 99-100.

¹¹⁷ Ac. STJ, 01/10/2019, Proc. n.º 1254/17.9YRLSB.S1.

¹¹⁸ Ac. TRL, 25/01/2018, Proc. n.º 776/17.6YRLSB-6.

¹¹⁹ Nos termos do artigo 1(c) da Resolução 2/2002, “The expression “international public policy” is used in these Recommendations to designate the body of principles and rules recognised by a State, which, by their nature, may bar the recognition or enforcement of an arbitral award rendered in the context of international commercial arbitration when recognition or enforcement of said award would entail their violation on

Integram a ordem pública processual os princípios fundamentais do processo equitativo (*due process*) previstos no art. 30.º, n.º 1 da LAV, isto é, a citação do demandado (al. a)), o princípio da igualdade das partes (al. b), 1ª parte), a audiência (al. b), 2ª parte) e o princípio do contraditório (al. c)). Assim, os princípios fundamentais do art. 30.º, n.º 1 da LAV estão salvaguardados pelo art. 46.º, n.º 3, b), ii) da LAV, além de constituírem fundamento autónomo de anulação da sentença arbitral de acordo com o art. 46.º, n.º 3, a), ii) da LAV.¹²⁰

Tanto a ordem pública interna como a ordem pública internacional contêm esta dimensão processual, por isso, independentemente da interpretação que se faça da noção de ordem pública do art. 46.º, n.º 3, b), ii), a violação dos princípios fundamentais do art. 30.º, n.º 1 implicará sempre a anulação da sentença arbitral por violação da ordem pública.¹²¹

Como a violação dos princípios do processo justo tanto pode preencher a al. a), subalínea ii) como a al. b), subalínea ii) do n.º 3 do art. 46.º deparamo-nos com um concurso de normas, mais concretamente, um concurso ideal de normas na medida em que a mesma situação de facto enquadra-se em dois preceitos legais, que se podem aplicar cumulativamente ou então prevalece aquele que “mais eficazmente sanciona a ilegalidade verificada” o que neste caso será a norma da al. b) porque permite o conhecimento oficioso do tribunal.¹²²

Por fim, a independência e imparcialidade dos árbitros, o princípio da proibição da fraude processual¹²³ e o respeito pelo caso julgado também constituem a ordem pública processual. De facto, o desrespeito pelo caso julgado cria várias perturbações no bom funcionamento da justiça levando ao aparecimento de decisões contraditórias, colocando, assim, em causa a segurança e certeza jurídicas, por isso, entende-se que integra a ordem pública processual.¹²⁴

3. O controlo do mérito das decisões arbitrais pelos tribunais estaduais

De acordo com o art. 46.º, n.º 9 da LAV “O tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas,

account either of the procedure pursuant to which it was rendered (procedural international public policy) or of its contents (substantive international public policy)”.
¹²⁰ Gouveia, 2012, pp. 253 e 269; Martins, 2022, p. 289; Caramelo, 2018, pp. 107-108; Monteiro, 2013, pp. 630-634.

¹²¹ Martins, 2022, p. 233-238 e 289.

¹²² Caramelo, 2018, p. 109-110. Sobre o concurso de normas ver o ac. STJ, 07/09/2020, Proc. n.º 1714/18.4YRLSB.S1.

¹²³ Cordeiro, 2015, p. 445. Ver também Diamvutu, 2019, pp. 344 e 533-536.

¹²⁴ Sobre a ofensa ao caso julgado ver Caramelo, 2018, pp. 69-73.

devendo tais questões, se alguma das partes o pretender, ser submetidas a outro tribunal arbitral para serem por este decididas”.

Desta norma decorre que o tribunal estadual não pode fazer uma reapreciação do litígio e substituir a decisão do tribunal arbitral. O pedido de anulação tem apenas em vista a apreciação pelo tribunal estadual dos fundamentos previstos no n.º 3 do art. 46.º e a sua decisão produz efeitos meramente cassatórios. Com efeito, o art. 46.º, n.º 9, estabelece uma proibição da revisão do mérito da sentença arbitral o que significa que o juiz na ação de anulação não deve julgar novamente o litígio para aferir se chegaria ao mesmo resultado que o tribunal arbitral, apenas tem que verificar se a sentença arbitral, pelo resultado a que conduz, viola algum princípio essencial da ordem jurídica.¹²⁵

No entanto, a proibição da revisão do mérito não implica uma proibição do controlo do mérito da sentença¹²⁶, especialmente na ação de anulação com fundamento na ofensa à ordem pública internacional pois seria difícil concluir pela anulação da sentença arbitral com base neste fundamento sem proceder a uma análise do mérito da decisão arbitral.

Parece-nos que a doutrina não diverge quanto à possibilidade do controlo do mérito da sentença arbitral pelos tribunais estaduais quando está em causa a violação da ordem pública. As diferenças verificam-se relativamente ao âmbito desse controlo, dividindo-se entre aqueles que defendem uma orientação restritiva, mais próxima do disposto no n.º 9 do art. 46.º e os que perfilham uma análise do mérito mais alargada.

Podemos sintetizar a primeira posição com as palavras de Robin de Andrade que afirma que a apreciação pelo tribunal estadual terá de “se resumir a uma avaliação *prima facie* da sentença e do processo, e de se limitar a casos de aparente ou manifesta contradição com os princípios dessa ordem pública internacional do Estado Português”.¹²⁷ O autor reconhece que a determinação de uma eventual violação da ordem pública internacional “implica algum controlo sobre o sentido da decisão arbitral, mas apenas na medida estritamente necessária para avaliar se tal contradição se verifica”.¹²⁸

De igual modo, Dário Moura Vicente reconhece a necessidade de um reexame do mérito da sentença arbitral apenas nos “casos em que for manifesto que a sentença fere um princípio fundamental do Direito português (...) em que, para se chegar a tal conclusão, não seja necessário um novo julgamento das questões de facto ou de Direito controvertidas entre as partes”.¹²⁹

¹²⁵ Caramelo, 2018, p. 139.

¹²⁶ Para uma distinção entre a revisão e o controlo do mérito da sentença ver Caramelo, 2018, pp. 139-140.

¹²⁷ Robin de Andrade in Vicente *et al.*, 2023, p. 205.

¹²⁸ Robin de Andrade, 2023, p. 205. No mesmo sentido, Mendes, 2013, p. 743, Barrocas, 2013, p. 184 e Monteiro, 2013, pp. 665-671, reconhecem a necessidade de um controlo do mérito da decisão limitado para a apreciação da violação da ordem pública internacional.

¹²⁹ Vicente, 2012, pp. 334-335.

Com efeito, de acordo com este entendimento, o tribunal estadual não pode alterar os factos que foram dados como provados na sentença arbitral nem completar ou alterar a fundamentação de Direito nem reapreciar ou complementar a prova produzida no processo arbitral.¹³⁰ Assim, o controlo do mérito¹³¹ não incide sobre os erros na apreciação dos factos ou na aplicação do Direito feita pelo tribunal arbitral¹³² mas apenas e só sobre os efeitos jurídicos que decorrem da decisão¹³³, isto é, se a decisão produz um resultado que viola ou não a ordem pública internacional do Estado português.

Entre aqueles que parecem defender uma análise do mérito da decisão mais alargada destacam-se Mariana França Gouveia e António Sampaio Caramelo, que indicam como deve ser exercido o controlo do mérito da sentença arbitral.¹³⁴

Mariana França Gouveia afirma que é preciso fazer um “juízo de reapreciação da decisão” que consiste num juízo de mérito mas que é “instrumental à anulação”.¹³⁵ A autora sugere que para aferir se uma sentença violou a ordem pública internacional é preciso, primeiro, determinar se a regra jurídica integra ou não a ordem pública internacional, segundo, verificar se essa regra era aplicável ou não ao caso concreto e, só depois apurar se o resultado da não aplicação é diverso daquele que se atingiria caso o tivesse sido.¹³⁶

António Sampaio Caramelo diz que deve existir por parte do tribunal estadual um controlo “efetivo”, mas que deve ser exercido de “modo comedido”. Por controlo efetivo o autor pretende dizer que, primeiro, “tal controlo não pode limitar-se a um exame da parte dispositiva da sentença”, tendo que ter em conta a respetiva fundamentação e os dados do caso¹³⁷; segundo, “o controlo não pode cingir-se a um exame de direito, devendo também incidir sobre os factos apreciados pelo árbitro”; terceiro, o juiz tem que examinar tanto a interpretação como a qualificação do contrato em litígio. Adicionalmente, com o fim de evitar uma revisão do mérito da sentença (que é proibida) o autor diz que o controlo deve ser exercido de “modo comedido”. Tal implica que só uma “ofensa efetiva, grave e concreta” aos objetivos prosseguidos por determinado princípio de ordem pública deve ser sancionada, devendo “ser mantida uma sentença arbitral que, embora ignore formalmente uma regra ou princípio de ordem pública, não consagre no final uma situação inconciliável com o que resultaria da correta aplicação de tal norma

¹³⁰ Alves e Carrera, 2017, p. 62.

¹³¹ Patrão, 2018, p. 53, em vez do controlo do mérito refere-se a um controlo de resultado.

¹³² Pinheiro, 2007.

¹³³ Alves e Carrera, 2017, p. 64. Neste sentido, os acs. do STJ de 23/10/2014, Proc. n.º 1036/12.4YRLSB.S1 e 31/01/2024, Proc. n.º 1195/22.8YRLSB.S1.

¹³⁴ Gouveia, 2018, p. 309; Caramelo, 2018, pp. 143-152. Neste sentido, Raposo, 2012, pp. 510-511 e Cordeiro, 2015, p. 440.

¹³⁵ Gouveia, 2018, p. 314.

¹³⁶ Gouveia, 2018, p. 309.

¹³⁷ No mesmo sentido, Cristas e Gouveia, 2010, p. 56, p. “Só perante a decisão e os seus fundamentos se poderá determinar se houve ou não aplicação de normas fundamentais do nosso ordenamento jurídico”.

ou princípio”. Assim, “é o conteúdo da sentença arbitral que é controlado, mas é em função do seu resultado que ela será sancionada”.¹³⁸

As duas posições apresentam uma base comum nos termos da qual a anulação da sentença não deverá ocorrer apenas quando exista um eventual erro de julgamento de facto ou de direito exigindo-se também que a decisão seja inadmissível face aos princípios absolutamente fundamentais da ordem jurídica.

De facto, podem verificar-se decisões arbitrais em que a violação da ordem pública internacional é evidente, não precisando o juiz de fazer um controlo mais aprofundado.¹³⁹ Outras vezes podem exigir do julgador uma análise mais fina do raciocínio que levou o tribunal arbitral a tomar aquela decisão.

Por isso, inclinamo-nos para a segunda posição porque possibilita de facto um controlo da decisão arbitral sem incorrer numa revisão do mérito da sentença¹⁴⁰ e, assim, não ultrapassar os limites impostos pelo n.º 9 do art. 46.º. Parece-nos que a primeira posição é demasiado restrita e pode levar o tribunal estadual a não avaliar efetivamente se a sentença arbitral violou princípios essenciais da nossa ordem jurídica, limitando-se a uma mera “aparência de controlo”¹⁴¹.

¹³⁸ Para mais e melhores desenvolvimentos da abordagem apresentada ver Caramelo, 2011, pp. 188-192 e 2018, pp. 143-152.

¹³⁹ Caramelo, 2018, p. 148.

¹⁴⁰ Não concordamos com Alves e Carrera, 2017, pp. 62-63 quando afirmam que esta “escola” implica uma revisão do mérito da sentença.

¹⁴¹ Caramelo, 2018, p. 148.

VI Análise Jurisprudencial

1. Considerações gerais

Têm sido propostas nos tribunais estaduais algumas ações de anulação de sentenças arbitrais com fundamento na violação dos princípios da ordem pública internacional. No entanto, em geral, as alegações não têm sido procedentes. Das dezanove decisões que analisamos, que envolvem tanto as ações de anulação de sentenças arbitrais como o reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras¹⁴², apenas uma implicou a recusa de reconhecimento com fundamento na ofensa à ordem pública internacional. Em todos os outros acórdãos o tribunal concluiu pela não violação da ordem pública internacional.

Os casos que são submetidos aos tribunais estaduais envolvem principalmente a aplicação de cláusulas penais excessivas ou a violação dos princípios fundamentais da proporcionalidade, da proteção da confiança, da liberdade contratual e o *pacta sunt servanda*.

2. Acórdãos do TRG de 15/11/2018¹⁴³ vs. TRL de 13/07/2017¹⁴⁴ vs. STJ de 30/05/2023¹⁴⁵: o conceito de ordem pública do art. 46.º

Cumpra agora ver qual das aceções de ordem pública tem sido utilizada pelos tribunais portugueses.

De facto, a discussão doutrinal sobre a noção da ordem pública a adotar na ação de anulação não tem reflexo na jurisprudência. Em geral, os tribunais não têm questionado a opção do legislador pela ordem pública internacional.

Das dezanove decisões analisadas, apenas o acórdão do TRG de 15/11/2018 afirma claramente que na arbitragem doméstica tem de se reconhecer como fundamento de anulação da sentença arbitral a violação da ordem pública interna. Neste caso, a parte impugnante invocou a anulação da sentença arbitral por violação da ordem pública

¹⁴² As decisões analisadas foram as seguintes, p. os acórdãos do STJ de 10/07/2008 (Proc. n.º 08A1698), de 23/10/2014 (Proc. n.º 1036/12.4YRLSB.S1), de 14/03/2017 (Proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1), de 13/07/2017 (Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1.S1), de 26/09/2017 (Proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1), de 01/10/2019 (Proc. n.º 1254/17.9YRLSB.S1), de 07/09/2020 (Proc. n.º 1714/18.4YRLSB.S1), de 10/11/2020 (Proc. n.º 2004/08.6TVLSB.L2.S1), de 21/03/2023 (Proc. n.º 2863/21.7YRLSB.S1), de 30/05/2023 (Proc. n.º 1445/20.5YRLSB.S1), de 31/01/2024 (Proc. n.º 1195/22.8YRLSB.S1); os acórdãos do TRL de 16/01/2014 (Proc. n.º 1036/12.4YRLSB-8), de 14/04/2016 (Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1-2), de 02/06/2016 (Proc. n.º 103/13.1YRLSB-2), de 13/07/2017 (Proc. n.º 1358/16.5YRLSB-7), de 25/01/2018 (Proc. n.º 776/17.6YRLSB-6), de 09/09/2019 (Proc. n.º 382/19.0YRLSB-1) e os acórdãos do TRG de 15/11/2018 (Proc. n.º 156/18.6YRGMR), de 28/05/2020 (Proc. n.º 117/19.8YRGMR).

¹⁴³ Proc. n.º 156/18.6YRGMR.

¹⁴⁴ Proc. n.º 1358/16.5YRLSB-7.

¹⁴⁵ Proc. n.º 1445/20.5YRLSB.S1.

internacional por considerar que o tribunal arbitral não podia declarar a inconstitucionalidade de normas legais. O TRG entendeu que o vício contendia exatamente com a ordem pública interna, que, na sua perspetiva, devia ser reconhecida como fundamento de anulação no âmbito da arbitragem interna. Porém, não anulou a sentença arbitral, concluindo que, “o tribunal arbitral não só pode, como deve, declarar a inconstitucionalidade das normas legais que tenha que aplicar, quando as mesmas padeçam de vício de inconstitucionalidade”.

Ainda assim, encontram-se na jurisprudência portuguesa interpretações ligeiramente diferentes sobre o conceito de ordem pública internacional como fundamento de anulação da sentença arbitral.

No acórdão do TRL de 13/07/2017 o tribunal, equipara a ordem pública internacional da ação de anulação prevista no art. 46.º à do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras do art. 56.º, embora reconheça que, nesta última, a utilização da expressão “manifestamente”, fixa um critério mais restritivo no âmbito do reconhecimento. O tribunal considera que “o princípio pacta sunt servanda, entendido no sentido de que os contratos livremente firmados existem para serem cumpridos (...) integra o conceito de ordem pública internacional do Estado português”.

Por sua vez, a decisão do STJ de 30/05/2023 distinguiu a noção de ordem pública internacional do art. 46.º da exceção ou reserva da ordem pública internacional, reconhecendo que o preceito tem o sentido de restringir a intervenção do conceito de ordem pública na anulação das sentenças arbitrais.¹⁴⁶ Entendemos que esta orientação é a mais acertada. O tribunal parece seguir a doutrina de Menezes Cordeiro na qual o art. 46.º consagra uma noção de ordem pública internacional com conteúdo próprio que se distingue da noção do art. 56.º e que se aproxima da ordem pública interna embora só se possa recorrer a ela em casos “substancialmente sérios”.¹⁴⁷ O caso submetido a este tribunal estava relacionado com o pagamento de uma indemnização a um clube de futebol do qual o jogador se desvinculou unilateralmente, sendo depois contratado por um novo clube. A parte impugnante alegou que o montante da indemnização ofendia o princípio da proporcionalidade. O tribunal embora tenha reconhecido que o princípio da proporcionalidade integra a ordem pública internacional do art. 46.º, não anulou a sentença arbitral.

¹⁴⁶ No mesmo sentido, o ac. do STJ de 01/10/2019, Proc. n.º 1254/17.9YRLSB.S1.

¹⁴⁷ Cordeiro, 2015, p. 454.

3. Acórdão do TRL de 14/04/2016¹⁴⁸: um exemplo de improcedência de ação de anulação da sentença arbitral

In casu, o réu da ação arbitral requer a oposição à execução¹⁴⁹ alegando que o tribunal considerou erroneamente que a responsabilidade civil do réu tinha natureza contratual, aplicando-se assim o prazo de prescrição (mais longo) de vinte anos previsto no art. 309.º do CC em vez do prazo de prescrição mais curto de três anos estabelecido para a responsabilidade extracontratual (art. 498.º, n.º 1, CC). Consequentemente, afirma que foi condenado no pagamento de dívidas prescritas apesar de ter invocado a prescrição (art. 303.º, CC). No seu entender a sentença arbitral incorreu num erro de aplicação do regime da prescrição que constitui uma violação da ordem pública interna, que deve ser considerada fundamento de anulação da sentença.

Diferentemente, o tribunal decidiu que a sentença arbitral só pode ser anulada se for violada a ordem pública internacional (e não interna):

A referência à violação da ordem pública interna que constava da primeira versão do Projecto foi eliminada, o que não deixa de ser justificável, atento o risco que essa inclusão dar origem ao reexame do mérito da decisão arbitral, o que sempre seria insustentável, tanto mais que inexistem regras idênticas para as sentenças judiciais, caso as partes renunciem ao recurso.

Nesse sentido, o TRL afirmou que o regime jurídico da prescrição não integra a ordem pública internacional.

Como já tivemos oportunidade de referir consideramos que a escolha do legislador português pela noção de ordem pública internacional no contexto da ação de anulação de uma decisão arbitral, proferida numa arbitragem interna, não foi a mais acertada. Por isso, questionámos, neste caso, se o tribunal entendesse que devia ter em conta a ordem pública interna a conclusão seria diferente, ou seja, será que o regime jurídico da prescrição integra a ordem pública interna? De acordo com o art. 300.º do CC “São nulos os negócios jurídicos destinados a modificar os prazos legais da prescrição ou a facilitar ou dificultar por outro modo as condições em que a prescrição opera os seus efeitos”. Esta norma é imperativa e, de facto, de acordo com a alguma doutrina justifica-se por razões de ordem pública (interna), concretamente, por exigências de certeza e segurança jurídica.¹⁵⁰ Contudo, este caso não está relacionado com um negócio jurídico que foi

¹⁴⁸ Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1-2.

¹⁴⁹ De acordo com o art. 48.º da LAV, na oposição à execução admite-se a invocação dos fundamentos da ação de anulação, previstos no n.º 3 do art. 46.º da LAV.

¹⁵⁰ Cordeiro, 2020, p. 879; Gomes in Proença *et al.* (coord.), 2023, pp. 905-906.

celebrado entre as partes com o fim de afastar o regime jurídico da prescrição. O que está em causa é a qualificação por parte do tribunal arbitral de uma responsabilidade civil como contratual que levou à aplicação do prazo de prescrição mais longo do art. 309.º, desfavorável ao réu. Salvo melhor opinião, não vemos como tal circunstância viola a ordem pública, muito menos a ordem pública internacional para efeitos do art. 46.º.

De igual modo, no acórdão do STJ de 13/07/2017¹⁵¹ sobre este mesmo caso o tribunal disse que:

O eventual erro resultante da interpretação e aplicação de normas sobre a contagem e interrupção do prazo prescricional não integra o núcleo basilar de princípios e normas fundamentais do ordenamento jurídico, encerrando tão só contrariedade à lei que, em si mesma, não envolve qualquer ofensa da ordem pública.

Quanto ao poder do tribunal estadual para, na ação de anulação, analisar o mérito da sentença arbitral, o TRL sustentou que avaliar o erro eventualmente cometido pelo tribunal arbitral na qualificação da responsabilidade civil implicava um reexame do mérito da sentença e, por isso, tinha que ser colocada em sede de recurso uma vez que a ação de anulação não comporta a reapreciação da prova produzida, nem a apreciação de eventual erro de julgamento ou na aplicação do direito.¹⁵² Desta forma, o tribunal conclui que não pode apreciar nem a qualificação que foi dada à responsabilidade civil em causa no processo arbitral nem a aplicação do prazo geral de vinte anos à prescrição do crédito invocado pela autora.

Em primeiro lugar, o princípio que é por diversas vezes utilizado pela jurisprudência e que foi referido nesta decisão segundo o qual na ação de anulação é proibido o reexame de mérito da sentença arbitral é criticável porque “é precisamente por uma razão de mérito que a sentença se torna anulável”¹⁵³, particularmente, quando está em causa a ofensa à ordem pública. É mais correto falar-se em proibição da revisão do mérito da sentença o que significa que na ação de anulação o juiz está impedido de julgar novamente o litígio e de substituir a decisão arbitral. Contudo, o julgador deve fazer um controlo do mérito da sentença para avaliar se foi violada alguma regra ou princípio fundamental da ordem pública internacional.¹⁵⁴

¹⁵¹ Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1.S1.

¹⁵² Neste sentido, o ac. TRG, 28/05/2020, Proc. n.º 117/19.8YRGMR e o ac. TRL, 09/09/2019, Proc. n.º 382/19.0YRLSB-1 segundo o qual em sede de impugnação de decisão arbitral “Não pode (...) a Relação controlar a exactidão das apreciações de facto ou de direito inerentes ao raciocínio seguido pelo Tribunal Arbitral”.

¹⁵³ Criticando a utilização desta “máxima”, Caramelo, 2018, pp. 137-138.

¹⁵⁴ Caramelo, 2018, pp. 138-139.

Fica claro que o acórdão propugna por um controlo do mérito mais restrito na senda da posição de Robin de Andrade, defendendo que a apreciação só se pode resumir a uma avaliação *prima facie* da sentença e do processo e de se limitar aos casos de manifesta contradição com a ordem pública internacional.

Nesse sentido, seguindo a posição de Alberto dos Reis, o TRL afirma que “no controlo da decisão arbitral, tendo em consideração uma eventual violação da ordem pública, deve atender-se à decisão em si, à situação que a decisão cria e estabelece, e não aos fundamentos em que assenta”.¹⁵⁵ Não podemos concordar com esta afirmação. Como já referimos, as mais das vezes não se conclui que a sentença ofendeu a ordem pública internacional olhando apenas para a decisão, também é preciso ter em conta os seus fundamentos.

Apesar disso, a decisão final do tribunal no sentido de não anular a sentença arbitral foi acertada pois a eventual aplicação errada do regime jurídico da prescrição não integra a ordem pública internacional do art. 46.º.

4. Acórdão do STJ de 14/03/2017¹⁵⁶: um exemplo de recusa de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira

Verificámos que não existem decisões dos tribunais de anulação de sentenças arbitrais, proferidas em arbitragens internas, com fundamento na ofensa da ordem pública. Assim, como a violação da ordem pública internacional é um fundamento de recusa do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira (art. 56.º, n.º 1, b), ii)) e uma vez que não existem decisões de anulação, torna-se útil analisar o raciocínio que levou o tribunal a recusar o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira por violar a ordem pública internacional.

Neste caso, a sentença arbitral (que foi proferida em Barcelona e seguiu a lei espanhola) condenou um advogado português no pagamento de uma cláusula penal num valor superior a quatro milhões de euros a duas sociedades de advogados (uma espanhola e outra portuguesa) porque não cumpriu o “Convénio de Integração Profissional das Relações Sociais”, que subscreveu enquanto sócio, que consagrava um pacto de não concorrência e as respetivas consequências do seu incumprimento, ao se ter desvinculado da sociedade portuguesa e passado a exercer a sua atividade profissional numa sociedade concorrente.

As sociedades (requerentes) pediram o reconhecimento desta sentença arbitral junto do tribunal português.

¹⁵⁵ Reis, 1956, p. 180.

¹⁵⁶ Proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1.

O advogado (requerido) opôs-se ao reconhecimento da decisão invocando a contrariedade da sentença arbitral à ordem pública internacional do Estado português por violação de normas de concorrência (art. 101.º, n.º 1, TFUE e art. 9.º da Lei n.º 19/2012), do direito de liberdade de escolha de profissão (art. 47.º, CRP) e da livre iniciativa económica (art. 61.º, CRP), do princípio da proporcionalidade (art. 18.º, CRP) e dos arts. 811.º, n.º 3 e 812.º, n.º 1 do CC sobre a cláusula penal.

Antes de mais, estando em causa o reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira convém ressaltar que tem de haver “uma maior tolerância para com as regras do sistema jurídico estrangeiro”.¹⁵⁷ Mas, essa maior ou menor tolerância varia de acordo com a conexão menos ou mais intensa que a situação jurídica apresenta com o Estado de reconhecimento.¹⁵⁸ Em boa verdade quer em sede de reconhecimento quer em sede de impugnação a atuação da ordem pública internacional dependerá da intensidade dos laços que a situação jurídica apresenta com o Estado do reconhecimento/impugnação.¹⁵⁹

Com efeito, a situação apresenta uma intensa ligação com o Estado português pois, como sublinha o STJ, apesar do litígio ter sido submetido a uma arbitragem localizada em Espanha, não apresenta qualquer conexão com esse território uma vez que o advogado (requerido) é português, está inscrito na Ordem dos Advogados Portugueses, exercia a sua atividade na sociedade portuguesa (requerente) e nunca praticou a sua atividade profissional em Espanha.

O tribunal acolheu as alegações do requerido. Na decisão, o STJ sustentou que o valor da cláusula penal (de natureza compulsória) constituía um abuso da autonomia privada. Era desproporcionado, colidia com a boa-fé e os bons costumes e violava os direitos constitucionais de liberdade de escolha de profissão e da livre iniciativa económica, consagrados nos arts. 47.º e 61.º da CRP. Concluiu, assim, pela recusa do reconhecimento da decisão arbitral uma vez que os efeitos jurídicos produzidos pela decisão eram manifestamente incompatíveis com a ordem pública internacional do Estado português.

Como vimos, os valores constitucionais são um bom indicador das regras e princípios que integram a ordem pública internacional, embora seja possível admitir que nem sempre a violação de um princípio constitucional implique uma ofensa à ordem pública internacional.

A celebração de pactos de não concorrência não está vedada pela Constituição apesar de consubstanciar uma restrição à liberdade de exercício da profissão.¹⁶⁰ Contudo, a sanção fixada no pacto pelo incumprimento é de tal forma excessiva (o valor da cláusula

¹⁵⁷ Monteiro, 2013, p. 652.

¹⁵⁸ Pinheiro, 2019, p. 599; Patrão, 2018, p. 60.

¹⁵⁹ Pinheiro, 2012, p.127

¹⁶⁰ Miranda & Medeiros, 2017, pp. 705-706.

penal equivaleria ao rendimento de mais de 25 anos de exercício da atividade profissional do requerido) que contende com os princípios constitucionais da liberdade de escolha de profissão e da livre iniciativa económica que são absolutamente essenciais na nossa ordem jurídica, integrando assim a ordem pública internacional. Assim, parece-nos que a decisão e a fundamentação do STJ foram acertadas.

Já seria mais duvidosa a decisão de recusa do reconhecimento que tivesse como fundamento a violação dos arts. 811.º, n.º 3 e 812.º, n.º 1 do CC (que também foram alegados pelo requerido)¹⁶¹ pois é preciso perceber se estas normas integram o conceito de ordem pública internacional.

De acordo com o art. 811.º, n.º 3 o credor não pode exigir uma indemnização que “exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal”. Este preceito não é relevante para o caso concreto porque tem sido objeto de uma interpretação restritiva no sentido de apenas abranger as cláusulas penais indemnizatórias e já não as cláusulas penais compulsórias.¹⁶²

O art. 812.º, n.º 1 prevê a redução equitativa pelo tribunal de cláusulas penais excessivas. Como assinala o acórdão, destina-se “a corrigir excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual ao nível da fixação das consequências do não cumprimento das obrigações”. É uma norma imperativa (“é nula qualquer disposição em contrário”) mas isso não determina, por si só, que o art. 812.º, n.º 1 integre a ordem pública internacional. Como vimos, os conceitos de contrariedade à lei e ordem pública não se confundem.

Por isso, será que o art. 812.º, n.º 1 pertence à ordem pública? O acórdão do TRC de 20/06/2017¹⁶³ considerou que o art. 812.º é uma norma de ordem pública (interna) “inspirada em fortes razões de ordem moral e social, levando a que prevaleça sobre as convenções privadas”. Assim, tratando-se de uma norma de ordem pública interna e tendo em conta o conceito de ordem pública internacional-interna (de acordo com Menezes Cordeiro) que defendemos para o art. 46.º, parece-nos que seria possível no caso de um pedido de anulação fundamentar a ofensa à ordem pública com base na violação do art. 812.º do CC.

No entanto, *in casu*, está em causa uma decisão de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira em que a recusa de reconhecimento tem de se fundamentar (aqui sim) na violação da ordem pública internacional e temos as maiores dúvidas que o art. 812.º do CC integre uma norma de ordem pública internacional.

¹⁶¹ O acórdão do TRL sobre este caso recusou o reconhecimento da sentença arbitral por considerar que violava o princípio da ordem pública internacional, consagrado no art. 812.º do CC. Para uma análise do ac. do TRL de 02/06/2016, Proc. n.º 776/17.6YRLSB-6 ver Alves e Carrera, 2017.

¹⁶² Antunes in Proença (coord.) *et al.*, 2018, p. 1169.

¹⁶³ Proc. n.º 95/05.0TBCTB-H.C1.

Relativamente ao controlo do mérito, o que se disse sobre o pedido de anulação vale para a ação de reconhecimento da decisão arbitral.¹⁶⁴ O tribunal andou bem quando afirmou que apesar de se considerar que o reconhecimento de sentenças observa o regime da revisão formal ou delibação (estando vedada a revisão do mérito), isto é, o tribunal somente apura se foram respeitados os requisitos de forma (a par do que acontece na revisão de sentenças estrangeiras (art. 980.º, CPC)), tal não implica que não se verifique um controlo do mérito da sentença que se destina a aferir se foi violada a ordem pública internacional, não bastando olhar para o dispositivo da sentença mas exigindo-se também que o juiz analise o raciocínio do tribunal¹⁶⁵, o que não consiste num novo julgamento do litígio. Salvo melhor opinião, o caso em concreto não exigia por parte do tribunal esse controlo do mérito da decisão arbitral mais alargado uma vez que a violação da ordem pública internacional era flagrante. Nas palavras do tribunal, o valor da cláusula penal “salta aos olhos”.

¹⁶⁴ Caramelo, 2016, pp 127-129.

¹⁶⁵ Caramelo, 2018, p. 144.

VII Conclusões

A violação da ordem pública internacional foi o fundamento de anulação da sentença arbitral que mais controvérsia gerou entre os juristas na discussão que antecedeu a LAV.

Desde logo, a opção legislativa pela noção de ordem pública internacional, um conceito do Direito Internacional Privado, não foi a mais acertada quando a ação de anulação incide sobre arbitragens que tiveram lugar em território português e que, em princípio, aplicaram o direito português. Segundo vários autores, a noção a adotar deveria ter sido a ordem pública interna. Como a letra da lei se refere à ordem pública internacional defendemos que este conceito deve ser interpretado num sentido próximo ao da ordem pública interna, embora só deva funcionar nos “casos substancialmente sérios”, de acordo com a tese de Menezes Cordeiro. Apesar disso, esta divergência doutrinal não tem reflexo nos tribunais portugueses que aplicam o conceito definido pelo legislador.

A concretização da ordem pública internacional do art. 46.º revela-se uma tarefa difícil. Como é um conceito indeterminado só será verdadeiramente concretizável quando o juiz se deparar com o caso concreto. Mas não há dúvida de que a ordem pública (quer a interna quer a internacional) possui uma vertente substantiva e processual. Nos tribunais têm aparecido, principalmente, ações de anulação com base na aplicação de cláusulas penais excessivas, violação do princípio da proporcionalidade, da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*.

A questão mais complexa é a do controlo do mérito dos tribunais estaduais. Parte-se do princípio de que os tribunais estaduais não podem conhecer do mérito da sentença arbitral, que apenas tem o poder para verificar se foram violados os fundamentos do n.º 3 do art. 46.º. Contudo, esta afirmação não é inteiramente certa, especialmente quando o tribunal tem de aferir se a sentença arbitral violou a ordem pública. É mais correto afirmar-se que os tribunais estaduais estão proibidos de fazer uma revisão do mérito da sentença arbitral, isto é, de substituírem a decisão recorrida, no entanto, podem fazer um controlo do mérito da decisão pois esse controlo é necessário para verificar se a sentença arbitral violou a ordem pública internacional. A posição dos tribunais quanto ao âmbito desse controlo diverge entre os que optam por um controlo do mérito mais restrito tendo em conta somente os efeitos jurídicos da sentença arbitral na ordem jurídica e aqueles que defendem um controlo mais alargado que incida sobre o raciocínio do tribunal arbitral que levou àquela decisão.

Por fim, das decisões que analisamos podemos concluir que há uma tendência dos tribunais portugueses em considerar improcedentes as ações de anulação de sentenças arbitrais com fundamento na violação da ordem pública internacional.

Bibliografia

- ALVES, R. & CARRERA I. (2017). (Des)ordem pública internacional, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02/06/2016. *Revista PLMJ*.
- ANDRADE, M. (1983). *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II. Coimbra.
- BARROCAS, M. P. (2010). *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina.
- BARROCAS, M. P. (2013). *Lei de arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina.
- BARROCAS, M. P. (2014). A ordem pública na arbitragem. *ROA*, n.º I, pp. 35-139.
- CANOTILHO, J. G. & VITAL MOREIRA V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I e II. 4.ª edição revista. Coimbra Editora.
- CARAMELO, A. S. (2011). Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. *Revista do Ministério Público*, n.º 126, pp.155-199.
- CARAMELO, A. S. (2016). *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*. Coimbra: Almedina.
- CARAMELO, A. S. (2018). *A impugnação da sentença arbitral*. 2.ª edição revista e aumentada. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, J. M. (2011). *Os contratos de consumo – Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- COLLAÇO, I. M. (1959). *Direito internacional privado*, vol. II. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- CORDEIRO, A. M. (2020). *Código Civil comentado, I – Parte geral*. Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2014). A ordem pública nas arbitragens: As últimas tendências. In *VII Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, pp. 73-103. Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2015). *Tratado de arbitragem, Comentário à Lei. 63/2011, de 14 de Dezembro*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2000). *Tratado de direito civil português, Parte geral*, tomo I, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- CORTEZ, F. (1992). A arbitragem voluntária em Portugal: Dos “ricos homens” aos tribunais privados. *O Direito*, vol. IV, pp. 541-587.
- CORREIA, A. F. (2000). *Lições de Direito internacional privado I*. Coimbra: Almedina.
- CRISTAS, A. & GOUVEIA M. F. (2010). A violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.7.2008, Proc. 1698/08. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, pp 41-56.
- DIAMVUTO, L. (2019). *O favor arbitrandum. Ensaio de uma teorização*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, M. E. et al. (coord.) (2014). *Lei da Arbitragem Voluntária comentada*. Coimbra: Almedina.
- FRADA, M. A. C. (2008). A ordem pública no domínio dos contratos. In *Estudos em homenagem ao Professor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Editora.

- GOUVEIA, M. F. (2018). *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.^a edição. Coimbra: Almedina.
- LEW, J. D. M. (2018). Transnational public policy: Its application and effect by international arbitration tribunals. In *IX Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*. Madrid: CEU.
- MACHADO, J. B. (1982). *Lições de Direito internacional privado*. 3.^a edição atualizada. Almedina: Coimbra.
- MARTINS, A. A. (2022). *Fixação das regras processuais e exercício da função arbitral na arbitragem voluntária*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.
- MENDES, A. R. (2013). A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, vol. II, pp. 703-757. Coimbra: Coimbra Editora
- MIRANDA, J. & MEDEIROS R. (2017). *Constituição Portuguesa anotada*, vol. I. Universidade Católica Editora.
- MONTEIRO, A. P. P. (2013). Da ordem pública no processo arbitral. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, pp. 589-673. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTEIRO, A. P. P., SILVA, A. F. & MIRANTE, D. (2019). *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina.
- NÁPOLES, P. M. & COELHO, C. G. (2012). *A arbitragem e os tribunais estaduais – alguns aspetos práticos*. RIAC, n.º 5, pp. 195-219.
- NAZARÉ, S. (2021). A ação de anulação na LAV 2011 (e a sua duvidosa conjugação com o recurso da decisão arbitral): Algumas notas práticas. *ROA*, pp. 825-856.
- OLIVEIRA, E. D. (2021). *Arbitragem voluntária: Uma introdução*. Coimbra: Almedina.
- PATRÃO, A. (2018). Ordem pública internacional e arbitragens submetidas à lei portuguesa. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 62.
- PINHEIRO, L. L. (2007). Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral. *ROA*, n.º III, disponível em <https://portal.oa.pt/>.
- PINHEIRO, L. L. (2012). Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa. *RIAC*, n.º 5, pp. 121-148.
- PINHEIRO, L. L. (2019). *Direito internacional privado*, vol. I., 3.^a edição refundida. Lisboa: AAFDL Editora.
- PINHEIRO, L. L. (2023). *Arbitragem transnacional – a determinação do estatuto de arbitragem*. Lisboa: Imprensa FDUL.
- PISSARRA, N. A. & CHABERT, S. (2004). *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina.
- PROENÇA, B. (coord.) et al. (2023). *Comentário ao Código Civil, Parte geral*, 2.^a edição revista e atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- PROENÇA, B. et al. (coord.) (2018). *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, Das Obrigações em geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- PINTO, C. A. M. (2005). *Teoria geral do direito civil*, 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.

- RAPOSO, M. (2012). Os árbitros. *ROA*, pp. 495-520.
- RAMOS, R. M. (2014). O novo direito português da arbitragem. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, tomo II, pp. 567-612.
- RAMOS, R. M. (2012). A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, tomo II, pp. 583-604.
- RAMOS, R. M. (1994). *Direito internacional privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*. Coimbra Editora.
- REIS, A. (1956). *Processos especiais*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA, P. C. (1992). Anulação e recursos da decisão arbitral. *ROA*, n.º III, pp. 893-1018.
- SILVA, P. C. (1996). Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português. *ROA*, n.º I, pp. 179-207.
- VICENTE, D. M. (2012). Impugnação da sentença arbitral e ordem pública. In *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, pp. 327-338. Coimbra: Almedina
- VICENTE, D. M. et al. (coord.) (2023). *Lei da Arbitragem Voluntária anotada*. 6.ª edição revista e atualizada. APA. Coimbra: Almedina.
- VIEIRA, M. A. (2016). A competência dos tribunais estaduais na arbitragem, Anotação ao art. 59.º da Lei da Arbitragem Voluntária. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina.
- XAVIER, R. L., FOLHADELA, I. & CASTRO, G. A. (2018). *Elementos de direito processual civil. Teoria geral, princípios, pressupostos*. 2.ª edição. Porto: Universidade Católica Editora

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*, Processo C-126/97.

Acórdão do Tribunal Constitucional

Ac. TC n.º 230/86, Martins da Fonseca, Proc. n.º 178/84.

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. STJ, 10/07/2008, João Camilo, Proc. n.º 08A1698.
- Ac. STJ, 23/10/2014, Granja da Fonseca, Proc. n.º 1036/12.4YRLSB.S1
- Ac. STJ, 06/09/2016, Helder Roque, Proc. n.º 158/15.4YRCBR.S1.
- Ac. STJ, 10/11/2016, Lopes do Rego, Proc. n.º 1052/14.1TBBCL.P1.S1.
- Ac. STJ, 14/03/2017, Alexandre Reis, Proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1.
- Ac. STJ, 13/07/2017, António Piçarra, Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1.S1.
- Ac. STJ, 26/09/2017, Alexandre Reis, Proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1.
- Ac. STJ, 01/10/2019, Pinto de Almeida, Proc. n.º 1254/17.9YRLSB.S1.

Ac. STJ, 07/09/2020, Pinto de Almeida, Proc. n.º 1714/18.4YRLSB.S1.
Ac. STJ, 10/11/2020, José Rainho, Proc. n.º 2004/08.6TVLSB.L2.S1.
Ac. STJ, 21/03/2023, Oliveira Abreu, Proc. n.º 2863/21.7YRLSB.S1.
Ac. STJ, 30/05/2023, Pedro de Lima Gonçalves, Proc. n.º 1445/20.5YRLSB.S1.
Ac. STJ, 31/01/2024, Ricardo Costa, Proc. n.º 1195/22.8YRLSB.S1.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. TRL, 16/01/2014, Luís Correia de Mendonça, Proc. n.º 1036/12.4YRLSB-8.
Ac. TRL, 14/04/2016, Ondina Carmo Alves, Proc. n.º 2455/13.4YYLSB-A.L1-2.
Ac. TRL, 02/06/2016, Maria Teresa Albuquerque, Proc. n.º 103/13.1YRLSB-2.
Ac. TRL, 13/07/2017, Graça Amaral, Proc. n.º 1358/16.5YRLSB-7.
Ac. TRL, 25/01/2018, Maria Manuela Gomes, Proc. n.º 776/17.6YRLSB-6.
Ac. TRL, 09/09/2019, Manuel Marques, Proc. n.º 382/19.0YRLSB-1.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães

Ac. TRG, 15/11/2018, Pedro Damião e Cunha, Proc. n.º 156/18.6YRGMR.
Ac. TRG, 28/05/2020, Paulo Reis, Proc. n.º 117/19.8YRGMR.

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto

Ac. TRP, 06/02/2020, Aristides Rodrigues de Almeida, Proc. n.º 20/20.9YRPRT.
Ac. TRP, 05/03/2024, Manuel Domingos Fernandes, Proc. n.º 319/23.3YRPRT.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. TRC, 20/06/2017, Isaías Pádua, Proc. n.º 95/05.0TBCTB-H.C1.

**A intervenção do Tribunal Estadual na obtenção da prova no
processo arbitral**

Joana Costa Almeida

Sob a orientação do Professor
Doutor André de Almeida Lemos Flores Martins

Em memória do meu avô, António.

“Aqueles que passam por nós não vão sós, não nos deixam sós.
Deixam um pouco de si, levam um pouco de nós.”
Antoine de Saint-Exupéry

Agradecimentos

Ao meu Orientador, Professor Doutor André Almeida Martins, expresso a minha gratidão pela valiosa orientação ao longo desta dissertação. Agradeço por compartilhar o seu conhecimento sobre o tema da arbitragem e ter despertado o meu interesse por esta área durante um único semestre, no decurso da unidade curricular de Arbitragem Voluntária.

Aos meus pais, cujo apoio incansável foi o farol que guiou a minha jornada académica.

À minha irmã, por ser a minha inspiração constante.

Ao Pedro, pela sua presença e suporte inabalável durante a elaboração desta dissertação.

À Íris, pelo incentivo e pela amizade que floresceu durante este percurso onde compartilhamos a mesma área de estudo e orientador.

Aos meus amigos, Inês, Sofia, Juliana, Mariana e João, pela compreensão e momentos de descontração que tornaram esta fase mais leve.

À Francisca, cuja amizade durante a licenciatura deixaram marcas significativas que contribuíram para a minha jornada até aqui.

Resumo

Este estudo analisa a intervenção do tribunal estadual na obtenção de prova no processo arbitral. A arbitragem é amplamente valorizada pela sua autonomia, flexibilidade e capacidade de proporcionar uma resolução eficaz e especializada de litígios fora do sistema judicial tradicional. No entanto, a sua eficácia pode ser comprometida pela limitação intrínseca dos tribunais arbitrais em exercer poder coercivo para a obtenção de provas, especialmente de terceiros que se recusem voluntariamente a cooperar.

O artigo 38.º da LAV contempla a possibilidade de intervenção dos tribunais estatais para suprir esta lacuna, permitindo que as partes solicitem auxílio na obtenção de provas essenciais para o julgamento do litígio. Este mecanismo procura equilibrar a autonomia da arbitragem com a efetividade processual, assegurando a equidade e a justiça nas decisões arbitrais.

A investigação realizada oferece uma análise detalhada da aplicabilidade e eficácia da intervenção judicial no processo arbitral em Portugal, explorando tanto a perspetiva legal quanto doutrinária. Além disso, identifica os desafios e limitações existentes, elaborando uma proposta de alteração legislativa com o objetivo de aprimorar a interação entre a arbitragem e o poder judicial, promovendo uma resolução de litígios mais eficiente e equitativa.

A presente dissertação argumenta que, apesar dos desafios, a cooperação entre as instâncias arbitral e estadual é fundamental para a consolidação da arbitragem como um meio eficaz de resolução de litígios. Propõe-se, portanto, uma revisão legislativa que simplifique os procedimentos de solicitação de auxílio judicial, através da previsão da possibilidade de o tribunal arbitral poder oficiosamente requerer a intervenção do tribunal estadual, a prova ser produzida perante si (ou, pelo menos, na sua presença) e a suspensão do processo arbitral.

Palavras-chave: intervenção do tribunal estadual; obtenção de prova; processo arbitral; poder coercivo; artigo 38.º da LAV; propostas de alteração legislativa.

Abstract

This study analyses the intervention of the state court in obtaining evidence in the arbitration process. Arbitration is highly valued for its autonomy, flexibility, and capability to provide an effective and specialized resolution of disputes outside the traditional judicial system. However, its efficacy can be compromised by the intrinsic limitation of arbitral tribunals to exert coercive power for the acquisition of evidence, especially from third parties who voluntarily refuse to cooperate.

Article 38 VAL contemplates the possibility of state court intervention to address this gap, allowing the parties to request assistance in obtaining evidence essential for the adjudication of the dispute. This mechanism seeks to balance the autonomy of arbitration with procedural effectiveness, ensuring fairness and justice in arbitral decisions.

The research conducted provides a detailed analysis of the applicability and effectiveness of judicial intervention in the arbitration process in Portugal, exploring the legal and doctrinal perspectives. Moreover, it identifies the existing challenges and limitations, elaborating a legislative proposal aimed at improving the interaction between arbitration and the judiciary, promoting a more efficient and equitable dispute resolution.

The present dissertation argues that, despite the challenges, cooperation between the arbitral and state instances is fundamental for consolidating arbitration as an effective means of dispute resolution. Therefore, it proposes a legislative review that simplifies the procedures for requesting judicial assistance, by providing for the possibility that the arbitration court may *ex officio* request the intervention of the state court, the evidence being produced before it (or, at least, in its presence), and the suspension of the arbitration process.

Keywords: State court intervention; evidence gathering; arbitration process; coercive power; article 38 VAL; legislative proposal.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
APA	Associação Portuguesa de Arbitragem
Art.(s)	Artigo (s)
CC	Código Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPC	Código Processo Civil
Et al.	<i>Et alii</i>
IBA	International Bar Association
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro)
LM	Lei-Modelo da UNCITRAL
MRAL	Meio de Resolução Alternativo de Litígios
N.º	Número
P.	Página
Pp.	Páginas
Proc.	Processo
RCP	Regulamento das Custas Processuais
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
UC	Unidade de Conta
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
v.g.	<i>Verbi gratia</i>
Vol.	Volume
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (português: Código de Processo Civil Alemão)

Advertência

Os preceitos citados sem indicação de proveniência pertencem à Lei de Arbitragem Voluntária (LAV).

As obras citadas em notas de rodapé encontram-se suprimidas no concernente à editora e edição; encontrando-se, todavia, estes dados, na bibliografia.

Índice

Considerações iniciais	10
1. Arbitragem voluntária	11
2. Macroestrutura do processo arbitral: Regras processuais	13
3. Funções desempenhadas pelo Tribunal Estadual no âmbito do processo arbitral: Auxílio e controle	16
4. A prova na arbitragem voluntária	17
4.1 Noção de prova	17
4.2 Os poderes das partes na produção de prova	19
4.3 Os poderes dos árbitros na produção de prova	20
4.4 Admissibilidade e valoração da prova	22
5. A função de auxílio do tribunal estadual na obtenção de provas em processo arbitral	26
5.1 Origem histórica	26
5.2 Ius imperii	27
5.3 Aspectos processuais da colaboração do Tribunal Estadual na obtenção de prova no processo arbitral	29
5.3.1 Trâmites processuais	29
5.3.2 Tribunal estadual competente	31
5.3.3 Solicitação oficiosa pelo Tribunal Arbitral ao Tribunal Estadual	31
5.3.4 Suspensão do processo arbitral	34
5.3.5 Presença do Tribunal Arbitral na produção de prova	38
6. Proposta de alteração de lei	41
Considerações finais	42
Referências bibliográficas	43
Jurisprudência	45

Considerações iniciais

A arbitragem, enquanto meio alternativo de resolução de litígios, tem ganhado crescente destaque no panorama jurídico contemporâneo, fornecendo uma maior flexibilidade processual.

A intervenção do tribunal estadual na fase probatória constitui um ponto relevante, levantando debates sobre os limites dessa ingerência, da salvaguarda da autonomia das partes e da preservação da equidade no procedimento. A obtenção de prova, no contexto deste meio de resolução de litígios, desafia as fronteiras tradicionais entre o estadual e o arbitral, sendo importante refletir cuidadosamente sobre a interação dessas esferas no sistema jurídico.

Cumprе ressaltar que o escopo da dissertação se circunscreverá à análise da intervenção do tribunal estadual na obtenção de prova no contexto da arbitragem voluntária interna. Esta delimitação negativa é motivada pela necessidade de restringir o objeto de pesquisa, devido ao escasso espaço disponível para uma abordagem completa.

Assim, propomo-nos a investigar os fundamentos da intervenção do tribunal estadual, analisando para o efeito normas nacionais, instrumentos internacionais e de *soft law* e doutrina especializada com o intuito de fornecer uma visão abrangente sobre os desafios e possíveis soluções sobre a temática.

Por fim, o presente estudo procura contribuir para o aprimoramento do entendimento jurídico acerca da intervenção do tribunal estadual na obtenção de prova em processo arbitral, visando identificar controvérsias e propor reflexões e sugestões que possam aperfeiçoar a harmonia entre a instância arbitral e estadual.

1. Arbitragem voluntária

As partes envolvidas num litígio arbitrável, quer seja presente ou futuro, que não consigam chegar a um consenso, possuem a faculdade de submeter a controvérsia à resolução por parte de terceiros, independentes e imparciais, conforme o estabelecido pela legislação vigente¹. Deste modo, arbitragem caracteriza-se por ser um meio de resolução de litígios em alternativa aos Tribunais Estaduais, segundo a qual as partes procuram a composição dos seus litígios.

Não encontramos uma noção unânime de arbitragem, visto que são vários os fatores que a tornam de difícil definição, como o contexto e ordenamento jurídico em que se insere². Contudo, é comumente aceite uma definição que inclua os efeitos e fundamentos da arbitragem. Podemos, deste modo, definir a arbitragem como um meio de resolução de litígios heterocompositivo e adjudicatório, em que as partes voluntariamente e por mútuo acordo celebram um contrato, denominado convenção de arbitragem, pelo qual afirmam a sua vontade de submeter o seu litígio à resolução por um terceiro privado (árbitro ou conjunto de árbitros) a quem atribuem esse poder e esse terceiro atua com características e faculdades semelhantes às de um juiz (independência e imparcialidade)³. E a decisão que proferirá constitui uma sentença que produz efeitos jurisdicionais (caso julgado e força executiva)⁴.

Tal como ensina Francisco Cortez, a arbitragem voluntária caracteriza-se por ser contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função, e pública no seu resultado⁵.

No que toca às normas constitucionais, importa salientar, em primeiro lugar, o art. 20.º que assegura o acesso aos tribunais pelos particulares. Nesta sequência, os tribunais arbitrais encontram-se previstos no art. 209.º, n.º 2 CRP que inclui os mesmos nas categorias de tribunais. Neste contexto, é de extrema relevância o Ac. n.º 230/86 onde o TC proferiu a ilustre afirmação de que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, mas não são “tribunais como os outros”. Assim, o TC não só afirma a competência jurisdicional destes tribunais, como os distingue dos restantes⁶. Num sistema que, em litígios jurídico-privados de interesses patrimoniais, se pauta pelo princípio da autonomia privada permite que litígios desta índole possam ser submetidos à

¹ Oliveira, 2021, p. 11.

² Oliveira, 2021, p. 12.

³ Monteiro, Silva & Mirante, 2019, pp. 11 e 12.

⁴ Monteiro, Silva & Mirante, 2019, p. 12. Para uma descrição da noção e natureza jurídica da arbitragem vide Gouveia, 2018, pp. 119 e ss.

⁵ Cortez, 1992, p. 555.

⁶ “Não são órgãos estaduais, sendo constituídos por vontade das partes; não são órgãos permanentes, sendo constituídos para resolver um certo litígio; os árbitros não são juizes de carreira, não estando sujeitos, portanto, em alguns aspetos, ao estatuto constitucional destes”.

arbitragem, não colhendo a tese de monopólio do Estado no exercício da função jurisdicional⁷.

A arbitragem oferece diversos benefícios em termos de eficiência, flexibilidade, celeridade, confidencialidade, especialização dos árbitros, mas também apresenta desafios financeiros, devido à sua onerosidade, desafios logísticos e falta de poder coercivo. Em certas situações, a onerosidade da arbitragem é compensada, em larga escala, pelas suas vantagens, nomeadamente pela celeridade face aos processos judiciais.⁸

O foco deste meio de resolução alternativa de litígios é a autonomia das partes, visto que estas possuem um papel central desde logo na constituição do tribunal arbitral através da nomeação dos árbitros, como na elaboração das próprias regras processuais e probatórias, sendo esta a principal vantagem da arbitragem, que se espelha na característica da flexibilidade processual⁹. As partes têm a faculdade de escolher, ao nível da prova, se apenas admitem prova documental ou testemunhal, estando, em princípio, vedado o recurso a outros meios de prova após esta opção. Esta flexibilidade processual é um corolário da autonomia das partes e é a característica que, a nosso ver, melhor distingue a arbitragem dos tribunais estaduais. Todavia, como poderemos observar adiante, esta flexibilidade processual não é ilimitada, sendo que, mesmo com vontade convergente das partes, existem certas regras a terem de ser observadas imperiosamente. A condução do procedimento arbitral envolve-se numa esfera de considerável liberdade, tanto pelas partes, que, ao exercerem a sua autonomia privada podem influenciar, ainda que com certas restrições, o curso do processo arbitral, quanto pelos árbitros, aos quais são concedidos amplos poderes supletivos de conformação procedimental¹⁰. Nesse contexto, no que se refere à autonomia privada, é necessário ter presente a existência de limites, “podendo, em última instância, justificar-se a intervenção dos tribunais do Estado”¹¹.

⁷ Observe-se o exposto em Miranda & Medeiros, 2020, p. 98 e Monteiro, 2017, p. 175. Neste sentido, atente-se, nomeadamente, aos Ac. do TC n.º 230/2013 e Ac. do TC n.º 543/2019.

⁸ Oliveira, 2021, pp. 19 a 23.

⁹ Martins, 2022, p. 21.

¹⁰ Cordeiro, 2015, p. 263.

¹¹ Cordeiro, 2015, p. 263.

2. Macroestrutura do processo arbitral: regras processuais

Não obstante o processo arbitral ser caracterizado pelo exercício da autonomia privada, não implica que seja completamente desprovido de regras legais e fases que desenvolvem a sua tramitação¹².

A LAV enumera, intencionalmente, apenas nove artigos que regulam o processo arbitral¹³, tendo subjacente a possibilidade de as partes (ou, subsidiariamente, os árbitros) determinarem as regras processuais, adaptando-as às circunstâncias próprias do litígio em concreto¹⁴. Na LAV, por exemplo, há disposições sobre os procedimentos, a possível realização de audiências para apresentação de provas e a sentença. Essas disposições podem incluir tanto regras supletivas quanto normas imperativas, estabelecendo um mínimo regulatório para o processo e garantindo uma estrutura funcional para a arbitragem.

Com a falta intencional de um conjunto pré-determinado de regras detalhadas, cabe às partes e, secundariamente, ao tribunal arbitral, preencherem os detalhes do processo, determinando os termos e a dinâmica processual a serem seguidos. Dentro desse contexto, as regras de processo aplicáveis consistem no conjunto de normas que os árbitros devem seguir para conduzir o processo arbitral. Isso é feito através do estabelecimento de regras de processo pelas próprias partes (art. 30.º, n.º 2), ou, subsidiariamente, pelos árbitros (art. 30.º, n.º 3)¹⁵. Estas regras estão sujeitas aos princípios fundamentais do direito a um processo equitativo¹⁶. Assim, poderemos apontar, desde logo, os princípios fundamentais e imperativos do n.º 1 do art. 30.º como limites à flexibilidade processual¹⁷: (i) citação do demandado (al.a); (ii) princípio da igualdade das partes (al.b); (iii) deve ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final (al.b); e (iv) o direito ao contraditório (al.c).

Um tema convocado quando tratamos o processo arbitral consiste na sua ligação ao processo civil. Assim, o n.º 3 do art. 30.º afasta a possibilidade de aplicação subsidiária automática das regras que regem o processo perante o tribunal estadual

¹² Martins, 2022, p. 94.

¹³ Art. 30.º a 38.º.

¹⁴ Monteiro, Silva & Mirante, 2019, pp. 95 e 96 e Gouveia, 2018, p. 233.

¹⁵ Sobre esta matéria ver os subcapítulos 4.2. e 4.3.

¹⁶ Tal como Monteiro, Silva & Mirante, 2019, p. 282 afirmam, “não obstante a origem contratual da arbitragem e a sua forte matriz centrada na autonomia privada, a verdade é que, em qualquer processo arbitral, há determinados princípios fundamentais que deverão ser *sempre* respeitados – princípios que, no essencial, correspondem àquele mínimo que nos permite afirmar estarmos perante um *processo equitativo*” (itálicos do autor).

¹⁷ Martins, 2022, p. 23 e Monteiro, Silva & Mirante, 2019, p. 283. Para um estudo completo de cada princípio vide Caramelo, 2013, pp. 670-676.

competente¹⁸, alterando o “erróneo entendimento” de que o CPC era supletivamente aplicável à arbitragem. Todavia, ao contrário do que defende nomeadamente Armindo Ribeiro Mendes e Sofia Ribeiro Mendes¹⁹, esta disposição não exprime uma completa irrelevância e inaplicabilidade do direito processual estadual à arbitragem.

Encontramos Autores²⁰ que afirmam a utilidade do processo civil em certos campos na arbitragem: (i) como padrão processual de referência²¹ ou cultura processual civil²² – os conceitos basilares de um processo arbitral coincidem com os de processo civil (parte, litisconsórcio, despacho, requerimento, entre outros); (ii) como auxiliar de integração²³ – quando os árbitros ou as partes se deparam com um incidente ou questão que não está regulamentada nas regras processuais.

Relativamente a esta última vertente de auxiliar de integração de lacunas, Agostinho Cardoso Guedes ensina que “a lacuna verifica-se quando o julgador, perante o conflito concreto, constata a impossibilidade de o enquadrar na hipótese de uma norma de direito positivo ou de direito consuetudinário – em face de um conflito de interesses o sistema não fornece ao julgador as “instruções” sobre como deve o mesmo ser solucionado, ou, por outras palavras, temos a ausência de resposta do sistema normativo a uma questão juridicamente relevante”²⁴. Convém ressaltar que “há silêncios da lei que podem ser significativos, isto é, podem traduzir uma resposta da lei a certa questão de direito”²⁵. Desta forma, é necessário ter cautela na integração de lacunas no âmbito arbitral, visto que, a LAV possui um número reduzido de normas a regular o processo, de forma intencional, sendo na sua maioria supletivas, permitindo que as partes moldem o processo arbitral de acordo com as suas necessidades, ou, se as partes não exercerem este direito, cabe ao tribunal arbitral definir as regras processuais adequadas²⁶. Neste sentido, Mário Esteves de Oliveira refere que essa omissão se traduz, “em regra, não numa lacuna, mas na adoção de um *programa normativo* assente no poder de *adequada decisão* por parte do tribunal”²⁷.

António Sampaio Caramelo afirma que árbitros experientes e diligentes não devem decidir aplicar ao processo arbitral a tramitação da lei processual civil “dada a sua manifesta inadequação a este”²⁸; porém, não é de excluir a aplicabilidade, talvez

¹⁸ Projeto de nova LAV da APA (2010), notas justificativas ao artigo 30.º, p. 25, Cordeiro, 2015, p. 283, Martins, 2022, p. 97 e Monteiro, Silva & Mirante, 2019, pp. 90 e ss.

¹⁹ Vicente *et al.*, 2023, p. 131.

²⁰ Cordeiro, 2015, pp. 264 e 265, Monteiro, Silva & Mirante, 2019, pp. 82-98 e Martins, 2022, pp. 97-102.

²¹ Monteiro, Silva & Mirante, 2019, p. 89.

²² Cordeiro, 2015, p. 264.

²³ Cordeiro, 2015, p. 264.

²⁴ Guedes, 2013, pp. 12556 e 12557.

²⁵ Machado, 2017, p. 201.

²⁶ Art. 30.º, n.ºs 2 e 3.

²⁷ Oliveira *et al.*, 2014, p. 384 (itálicos do autor).

²⁸ Caramelo, 2013, p. 679. Neste sentido, Oliveira *et al.*, 2014, p. 384 referem que “os interesses que norteiam o recurso à arbitragem não coincidem com os que subjazem aos processos declarativos judiciais, impregnados que estão, estes, de algum formalismo, compreensível no seio de uma máquina judicial pública,

adaptada, de princípios e categorias básicas do processo civil que são comuns ao processo arbitral, nomeadamente, litisconsórcio, habilitação, legitimidade, caso julgado, entre outros.

Em polo oposto, Bonifácio Ramos entende que, “se existe, na LAV, maior desenvolvimento das regras processuais, isso não significa, só por si, o afastamento de qualquer outra regra processual”²⁹. Acrescenta, ainda, que “será, por isso, exagerado e algo inaceitável proclamar que as leis do processo civil foram concebidas para solucionar litígios junto de instâncias jurisdicionais estaduais mas que seriam inadequadas para regular arbitragens”³⁰; “ou que o CPC nem deve ser aplicado ao processo arbitral”³¹; “ou que as regras acerca da admissibilidade ou valoração da prova não são aquelas que se encontram consagradas no CC e no CPC portugueses”³².

Posicionamo-nos a favor da importância das regras do processo civil apenas no âmbito de “padrão processual de referência”, devido aos conceitos e princípios do processo arbitral serem idênticos aos que vigoram no processo civil, e afastamos a possibilidade de aplicação supletiva automática das mesmas ao processo arbitral. A falta de regulação na LAV não indica obrigatoriamente a existência de lacunas, sendo sim a expressão da flexibilidade e autonomia processual que marca o processo arbitral, pelo que é necessária cautela quando se fala na vertente de integração de lacunas.

mas, em regra, contrário às preocupações de verdade material e de celeridade que dominam os processos arbitrais”.

²⁹ Ramos, 2015, p. 40.

³⁰ Ramos, 2015, p. 40.

³¹ Ramos, 2015, p. 40.

³² Ramos, 2015, p. 40.

3. Funções desempenhadas pelo Tribunal Estadual no âmbito do processo arbitral: auxílio e controlo

A intervenção dos tribunais estaduais no âmbito arbitral desempenha duas funções³³. Por um lado, a função de controlo ou fiscalização, sendo essencial para garantir a eficácia jurisdicional das decisões arbitrais. Por outro lado, a função de auxílio ou assistência, devido à carência de autoridade do tribunal arbitral em impor o cumprimento das suas decisões, possuindo uma competência meramente declarativa.

A função de controlo encontra expressão, nomeadamente, na ação de anulação da decisão arbitral³⁴. A relevância desta função consiste na necessidade de implementação da possibilidade de impugnação de uma sentença arbitral para que se possa equiparar à sentença de um tribunal estadual. A irrenunciabilidade do direito de requerer a anulação da decisão arbitral (art. 46.º, n.º 5) prende-se com fundamentos de ordem pública, “não podendo o Estado demitir-se da possibilidade de controlo último da legalidade dos atos do procedimento arbitral”³⁵.

Já a função de auxílio ou assistência visa apenas assegurar o bom funcionamento do processo arbitral, pelo que é passível de verificação em vários momentos, a saber, a designação dos árbitros na constituição do tribunal arbitral (arts. 10.º e 11.º), decretamento de providências cautelares (arts. 27.º a 29.º), produção de prova (art. 38.º), execução de sentenças arbitrais (arts. 47.º e 48.º) e reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (arts. 55.º a 58.º).

Esta intervenção, além de necessitar da iniciativa de algum interessado, é expressamente limitada aos casos que a LAV prevê (art. 19.º), funcionando como “mecanismo de salvaguarda do sistema arbitral”³⁶. Tal como afirma António Pedro Pinto Monteiro, “apesar dessas diferenças, a verdade é que, repita-se, os tribunais arbitrais não deixam de ser verdadeiros tribunais; verdadeiros tribunais que exercem a função jurisdicional com a mesma dignidade que a exercem os tribunais estaduais”³⁷.

Ao longo do presente estudo, focar-nos-emos na função de auxílio ou assistência dos tribunais estaduais, em especial na obtenção de prova em processo arbitral.

³³ Vide Raposo, 2008, pp. 109-112 e Martins, 2022, pp. 72-75.

³⁴ A função de controlo também se manifesta na oposição à execução ou, caso as partes o tenham convencionado, no recurso.

³⁵ Monteiro, Silva & Mirante, 2019, p. 72. Vide Cordeiro, 2015, p. 455.

³⁶ Monteiro, Silva & Mirante, 2019, p. 72.

³⁷ Monteiro, Silva & Mirante, 2019, p. 75.

4. A prova na arbitragem voluntária

4.1. Noção de prova

A prova procura demonstrar a realidade dos factos invocados pelas partes nos articulados e dos factos instrumentais respeitantes à instrução e julgamento da causa, de forma a originar “no espírito do julgador a convicção (certeza subjetiva) da realidade de um facto assente na certeza relativa do mesmo”³⁸.

Importa, para este efeito, realçar que “a produção de prova processual, ainda que se dirija aos factos, não prova um accertamento da realidade, que está para lá do processo em si; o resultado probatório conduzirá antes ao apuramento dos pressupostos fáticos de um juízo prático e, portanto, à justificação de uma decisão de um problema jurídico”³⁹.

A noção de prova encontra várias aceções: atividade, meio e resultado.⁴⁰ No entendimento de Rita Lynce de Faria⁴¹, a primeira conceção refere-se à “atividade das partes tendente a convencer o julgador da realidade dos factos”; enquanto a prova como meio concerne aos “elementos concretos apresentados com vista à demonstração da realidade dos factos”; e, por fim, enquanto resultado culmina “na criação, no espírito do julgador, da convicção da respetiva ocorrência”.

O conceito jurídico de prova no processo arbitral corresponde ao conceito jurídico-civil⁴². Deste modo, tratando-se de um processo jurisdicional, a arbitragem procura obter a composição de um litígio entre as partes, através da decisão por terceiro(s) imparcial (árbitro(s)), tendo por base o panorama fático apresentado pelas partes. Ora, à semelhança do que sucede no processo judicial⁴³, compete, em regra, às partes a responsabilidade de evidenciar a realidade dos fatos por si invocados no processo arbitral, bem como apresentar contraprovas à versão fática da parte adversária, recorrendo, naturalmente, a meios probatórios⁴⁴. Todavia, como observamos, o processo arbitral encontra algumas particularidades face ao processo judicial, desde logo ao nível da autonomia e flexibilidade processual que se evidenciam, igualmente, no plano da prova, pelo que merece uma análise autónoma⁴⁵.

Como ensina Remédio Marques a propósito do processo civil, mas com aplicação, igualmente, ao processo arbitral, “a investigação dos factos – e dentro destes dos factos controvertidos - a que o tribunal vai proceder está assim limitada a um conjunto de

³⁸ Marques, 2011, p. 559.

³⁹ Silva & Reis, 2019, pp. 15 e 16.

⁴⁰ Vide Freitas, 2017, pp. 235 e ss.

⁴¹ Fernandes *et al.*, 2014, p. 810.

⁴² Martins, 2022, p. 319.

⁴³ Vide art. 341.º CC. Lima & Varela, 1987, p. 304.

⁴⁴ Martins, 2022, p. 318.

⁴⁵ Martins, 2022, p. 319.

eventos previamente alegados pelas partes nos articulados (factos essenciais) sem prejuízo de o tribunal poder oficiosamente investigar os factos instrumentais, que resultem da instrução e da discussão”⁴⁶.

Assim, compete-nos abordar a questão do ónus da prova que se encontra intrinsecamente ligada à alegação dos factos pelas partes e à consequente prova dos mesmos.

O ónus de prova não corresponde somente à iniciativa probatória das partes e determinar a parte que necessita de efetuar prova sobre determinado facto, mas sobretudo funciona como um critério legal de decisão, no sentido de prever qual a parte que suporta a falta de prova relativa a algum facto⁴⁷. Isto é, “o significado essencial do ónus da prova não está tanto em saber a quem incumbe fazer a prova do facto como em determinar o sentido em que deve o tribunal decidir no caso de se não fazer essa prova”⁴⁸. A matéria do ónus de prova encontra-se regulada no art. 342.º CC e é complementada pelo art. 516.º CPC.

As normas atinentes à distribuição do ónus da prova podem ser invertidas, ou seja, podem agir desfavoravelmente em relação à parte que, em princípio, se beneficiaria delas. Esta possibilidade encontra-se consagrada no art. 344.º CC e visa “atenuar a rigidez resultante da abstração da regra geral, introduzindo deste modo uma maior equidade no sistema de distribuição do ónus da prova”⁴⁹. A inversão do ónus da prova pode ocorrer devido à existência de presunções legais (art. 344.º, n.º 1 CC), casos de dispensa ou liberação do ónus da prova⁵⁰ (art. 344.º, n.º 1 CC), convenções probatórias válidas (art. 344.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1 CC) e por impossibilidade por parte do onerado de prova devido a facto culposos da contraparte (art. 344.º, n.º 2 CC). No n.º 1 encontramos também uma previsão residual que prevê a possibilidade de inversão do ónus de prova por determinação legal, de forma a proteger de outras situações que o legislador entenda justificável⁵¹.

Torna-se relevante verificar se as regras do ónus da prova se aplicam ao processo arbitral.

António Menezes Cordeiro, com o qual concordamos, menciona que a questão do ónus da prova “ergue-se como o grande eixo de todo o direito probatório material”⁵², visto que “integram – e em lugar de peso – os modelos de decisão, contribuindo para a definição das diversas situações jurídicas, em especial dos direitos subjetivos”⁵³. O Autor

⁴⁶ Marques, 2011, p. 558.

⁴⁷ Fernandes *et al.*, 2014, p. 812.

⁴⁸ Lima & Varela, 1987, p. 306.

⁴⁹ Fernandes *et al.*, 2014, p. 816.

⁵⁰ Um exemplo de dispensa do ónus da prova encontra-se no art. 779.º CC.

⁵¹ Fernandes *et al.*, 2014, p. 817.

⁵² Cordeiro, 2015, p. 288.

⁵³ Cordeiro, 2015, p. 290.

afirma, ainda, a aplicabilidade das regras de direito probatório geral à arbitragem⁵⁴. Aponta, todavia, algumas particularidades, nomeadamente, a flexibilidade, defendendo que, tal como iremos observar *infra*, o tribunal arbitral não se encontra sujeito a prova vinculada nem a ónus de impugnação especificado.

Manuel Pereira Barrocas⁵⁵ entende que, como a matéria de ónus da prova se refere à matéria de direito substantivo probatório⁵⁶, o tribunal arbitral deve aplicar os art. 342.º e 343.º CC.

4.2. Os poderes das partes na produção de prova

As partes possuem, devido ao relevo do princípio da autonomia privada, a possibilidade de definirem as regras processuais aplicáveis ao processo arbitral até à aceitação do primeiro árbitro ou, se posterior, somente com o acordo das partes e dos árbitros⁵⁷, em consonância com o art. 30.º, n.º 2, que encontra fundamento no carácter consensual da arbitragem⁵⁸. Assim, a fixação das regras probatórias pelas partes pode ocorrer na própria Convenção de Arbitragem ou através de acordo escrito celebrado até à aceitação do primeiro árbitro. Além da previsão explícita das regras processuais e probatórias na Convenção de Arbitragem ou em acordo posterior, podem as partes defini-las através de remissão, isto é, determinarem a aplicação de outros instrumentos normativos pré-existentes, como as regras de arbitragem da UNCITRAL⁵⁹, Regulamento de Centro de Arbitragem⁶⁰ e as Diretrizes da IBA em matéria de produção de prova⁶¹.

A previsão da possibilidade de definição das regras até à aceitação do primeiro árbitro pretende salvaguardar o conhecimento pelos árbitros das regras convencionadas pelas partes antes de decidirem pela aceitação do encargo, designadamente regras processuais, honorários dos árbitros, critério de julgamento e prazo para a prolação de sentença arbitral⁶².

Esta livre discricionariedade das partes encontra limite no respeito pelos princípios fundamentais do n.º 1 e as normas imperativas da LAV. Não obstante as cláusulas que contrariem estes princípios fundamentais e regras imperativas serem nulas, podendo o tribunal conhecer oficiosamente e a todo o tempo dessa invalidade, não implica a

⁵⁴ Cordeiro, 2015, pp. 298 e ss.

⁵⁵ Barrocas, 2011, p. 158.

⁵⁶ Remetemos para a leitura do ponto 4.4.

⁵⁷ Caramelo, 2013, p. 676.

⁵⁸ Barrocas, 2013, p. 120.

⁵⁹ Disponível em https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/Lei-modelo_uncitral.pdf

⁶⁰ Como por exemplo o regulamento do Centro de Arbitragem Comercial de Lisboa. Disponível em <https://www.centrodearbitragem.pt/pt/>

⁶¹ Disponível em <https://www.ibanet.org/>

⁶² Sobre esta matéria, Barrocas, 2013, p. 120 e Oliveira *et al.*, 2014, pp. 367 e 368. Armindo Ribeiro Mendes e Sofia Ribeiro Mendes in Vicente *et al.*, 2023, p. 130 aponta que esse momento é relevante por se tratar do início da “passagem dos poderes processuais das partes para os árbitros”.

nulidade de toda a convenção, podendo, caso seja possível, reduzir o acordo permanecendo em vigor a parte não viciada e à restante matéria aplicar, em substituição da viciada, a legislação⁶³.

Neste contexto, o acordo através do qual se regula as regras pelas partes traduz-se “no exercício conjunto das partes de verdadeiros poderes jurisdicionais”⁶⁴, visto que a partir dele advém a formulação das regras que irão orientar o processo de forma vinculativa para as partes envolvidas, mas também para o tribunal arbitral.

No plano probatório, as partes podem, nomeadamente, acordar os meios de prova admitidos (excluindo a utilização de alguns meios de prova legalmente previstos ou incluir meio de prova diverso dos que reconhecidos pela legislação estadual), alterar a ordem de produção dos mesmos, e fixar as regras relativas à distribuição do ónus de prova⁶⁵, podendo modificar aquilo que resultaria da previsão legal.

Estas discricionariedades na definição das regras probatórias pelas partes configuram verdadeiras convenções sobre a prova⁶⁶, segundo o art. 345.º CC⁶⁷. Por este motivo é necessário não só atender aos limites na fixação de regras pelas partes, mas também às restrições que derivam do art. 345.º CC.

4.3. Os poderes dos árbitros na produção de prova

Cumprir mencionar o n.º 3 do art. 30.º que prevê a intervenção do tribunal arbitral na fixação das regras processuais, tendo presente o equilíbrio pretendido pelas partes, quer na Convenção de Arbitragem, quer no contexto em que se envolva⁶⁸, quando haja lacunas no acordo das partes ou quando não haja, de todo, acordo prévio das partes a regular e esta falta de acordo não possa ser suprida através da aplicação de eventuais normas legais supletivas que regulem a matéria processual em causa⁶⁹. Neste âmbito, é necessário atender, novamente, aos limites previamente referidos relativamente ao respeito pelos princípios fundamentais e regras imperativas.

As regras processuais podem ser fixadas em diversos momentos. Pode ser vantajoso que as normas sejam expressamente estabelecidas no momento da celebração

⁶³ Barrocas, 2013, p. 120.

⁶⁴ Martins, 2022, p. 133.

⁶⁵ Entendemos que a possibilidade de derrogação ou afastamento das regras do ónus da prova pelas partes, embora válida no contexto da autonomia privada, encontra limites legais. Com efeito, o art.344.º, n.º 2 do CC admite a inversão do ónus da prova em determinadas circunstâncias, como a impossibilidade de prova imputável à contraparte, e o art.345.º, n.º 1, estabelece limites às convenções probatórias. Assim, a autonomia das partes não é absoluta e deve respeitar estes preceitos legais, que funcionam como salvaguardas fundamentais da equidade processual. Sobre este tema ver Cordeiro, 2021, pp. 290, Fernandes et al., 2014, pp.816 e 817 e Barrocas, 2011, p. 158.

⁶⁶ Martins, 2022, pp. 330 e 331.

⁶⁷ Sobre este artigo ver Cordeiro, 2020, pp. 1009 e ss. e Fernandes et al., 2014, pp. 818 e 819.

⁶⁸ Cordeiro, 2015, p. 283.

⁶⁹ Como esclarece Cordeiro, 2015, p. 282, “A LAV é *lex specialis*, dedicada à arbitragem. Compreende-se a sua primazia. Outras leis: quando relativas a arbitragens, elas têm aplicação, mesmo sendo supletivas, em detrimento da opção dos árbitros” (itálico do autor).

da ata de missão e subscritas, tanto pelos árbitros, quanto pelas partes ou seus representantes (se houver acordo de todos), garantindo assim a prévia concordância das partes em relação às regras processuais. Alternativamente, é comum os árbitros concordarem com as regras do processo durante a elaboração da primeira Ordem Processual. Embora esta abordagem não envolva diretamente as partes, proporciona maior flexibilidade aos árbitros para alterar ou complementar as regras ao longo do processo, adaptando-as às circunstâncias específicas do caso e promovendo uma gestão mais eficiente do processo, que é frequentemente apontada como uma das principais vantagens da arbitragem⁷⁰.

À semelhança do que vimos relativamente à fixação de regras probatórias pelas partes, também os árbitros podem definir diretamente as regras probatórias ou remeter para complexos normativos pré-existentes, como por exemplo instrumentos que visam o tratamento da matéria de prova na arbitragem⁷¹; e, os árbitros possuem, igualmente, a faculdade de fixar regras relativas à admissibilidade dos meios de prova, prevendo quais meios de prova podem ser considerados naquele processo arbitral em concreto, ou expressamente excluírem a possibilidade de utilização de certos meios de prova, ou, inclusive, permitirem a admissibilidade de um meio de prova distinto dos previstos na legislação estadual; assim como podem determinar os termos da produção dos mesmos, isto é, o momento ou prazos para a produção daquele meio de prova⁷².

Nestas situações em que os árbitros determinam as regras do processo, em especial as relativas à prova, é necessário procurar gerir as expectativas e os direitos das partes, pelo que se torna “aconselhável, sempre que possível, envolver as partes na definição das regras probatórias, além da necessidade, em qualquer caso, de uma comunicação atempada das regras definidas pelo tribunal”⁷³. De forma a acautelar esta situação, o art. 2.º *IBA rules on the taking of evidence in international arbitration*⁷⁴ impõe ao tribunal arbitral o dever de procurar, o mais cedo possível, que as partes acordem numa forma eficiente, económica e justa para a obtenção de provas⁷⁵.

No que respeita à possibilidade de o tribunal arbitral alterar, oficiosamente, as regras sobre o ónus de prova, a mesma parece ser de aceitar⁷⁶. Todavia, é necessário

⁷⁰ Santos, 2017, pp. 232 e 233.

⁷¹ Martins, 2022, p. 334.

⁷² Martins, 2022, p. 335.

⁷³ Martins, 2022, pp. 335 e 336. O Autor exemplifica que “salvo alguma especificidade do concreto processo arbitral em causa, não será aconselhável que o tribunal, por sua iniciativa, exclua a possibilidade de as partes produzirem algum meio de prova com que aquelas pudessem legitimamente contar, nem introduzam modelações nos meios de prova conhecidos das partes, sem antes discutirem essa possibilidade com as partes”.

⁷⁴ Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>.

⁷⁵ Nápoles, 2010, pp. 108-110.

⁷⁶ Encontro-me em concordância com o entendimento de André Almeida Martins, segundo o qual esta possibilidade deve ser admitida, mas exercida com prudência, preferencialmente após discussão com as partes, e apenas quando tais alterações contribuam efetivamente para o esclarecimento das questões de facto, sem impor a qualquer das partes o ónus excessivo de uma prova impossível (*‘probatio diabólica’*). Vide

respeitar os arts. 344.^o e 345.^o CC⁷⁷. Manuel Pereira Barrocas afirma que a inversão do ônus da prova apenas pode ocorrer no âmbito da arbitragem “quando existir regulamento arbitral institucional ou regulamento do processo arbitral em questão que a preveja”⁷⁸.

As regras probatórias definidas pelo tribunal arbitral podem sofrer alterações ao longo do processo, não sendo caracterizadas pela imutabilidade. No entanto, como ensina André Almeida Martins, visto que a prova constitui uma matéria tão sensível e suscetível de influenciar a decisão arbitral, “qualquer alteração a regras probatórias definidas e comunicadas às partes, seja no sentido da ampliação ou restrição, só deve ser feita após o exercício do contraditório pelas partes, sendo de privilegiar soluções que logrem obter a concordância de todos os intervenientes, sob pena de se estar a minuciar futuros pedidos de anulação da sentença arbitral com base na violação de princípios fundamentais do processo arbitral, como o da oportunidade razoável da parte apresentar o seu caso ou o do contraditório”⁷⁹.

4.4. Admissibilidade e valoração da prova

É relevante analisar o art. 30.^o, n.^o 4 que confere ao tribunal arbitral uma vasta discricionariedade no que se refere à admissibilidade, pertinência e valor da prova. Tal não impede que as partes, tal como observámos, possam fixar, ao abrigo da sua autonomia privada e da flexibilidade inerente ao processo arbitral com limite nos princípios fundamentais do art. 30.^o e na ordem pública, regras processuais em matéria com a produção de prova⁸⁰.

No que respeita à admissibilidade dos meios de prova, o tribunal arbitral possui a faculdade de determinar, com base nas regras probatórias estabelecidas para o processo arbitral, se um específico meio de prova apresentado por uma das partes deve ser admitido no processo e, conseqüentemente, considerado na formação da convicção do tribunal.

Deste modo, o tribunal, face a uma apresentação ou pedido de produção de um meio de prova deve começar por avaliar a sua tempestividade⁸¹ e, caso seja tempestivo,

Martins, 2022, p. 336 e Barrocas, 2011, p.160. Tal poder não deve ser exercido de forma arbitrária ou ilimitada, sobretudo quando haja uma convenção de arbitragem válida e clara entre as partes. O respeito pela vontade das partes e pelos princípios fundamentais de previsibilidade e segurança jurídica impõe que qualquer alteração oficiosa das regras probatórias esteja sujeita a limites e ao contraditório, não podendo desrespeitar convenções pré-estabelecidas sem fundamentação robusta.

⁷⁷ Relativamente à aplicação analógica do art. 345.^o CC, vide Martins, 2022, p. 337.

⁷⁸ Barroca, 2011, p. 160.

⁷⁹ Martins, 2022, pp. 336 e 337.

⁸⁰ Oliveira *et al.*, 2014, p. 385.

⁸¹ Verificar o cumprimento do prazo fixado pelas partes ou pelo tribunal arbitral.

proceder à análise da sua licitude⁸². Por fim, deve averiguar a pertinência⁸³ desse meio de prova para o processo⁸⁴. Devido a esta norma, abre-se a possibilidade de meios de prova que não estejam previstos no CPC serem admitidos no processo arbitral⁸⁵.

Importa realçar que as partes não têm possibilidade de reagir judicialmente de forma imediata, devido a tratar-se de uma decisão interlocutória. No entanto, devem deduzir oposição imediata dessa decisão no próprio processo arbitral, sob pena da omissão ser interpretada como aceitação e, conseqüentemente, precluir-se a possibilidade de fundamentar uma eventual anulação da sentença arbitral⁸⁶.

Relativamente ao valor probatório dos meios de prova, a questão que se coloca é saber se, no caso das arbitragens internas, se aplica exclusivamente o princípio da livre apreciação da prova (art. 607.º, n.º 5 CPC) ou se, pelo contrário, as regras⁸⁸ que fixam um valor legal para a prova⁸⁹ valem, igualmente, no processo arbitral. A norma do art. 30.º, n.º 4 é supletiva⁹⁰ e foi alvo de diversas interpretações.

Autores como António Menezes Cordeiro⁹¹, Mário Esteves de Oliveira⁹² e Elsa Dias Oliveira⁹³ defendem que a norma devia ser alvo de uma interpretação restritiva. Seguindo este entendimento, no processo arbitral não existe prova vinculada, sendo que vale decisivamente a livre convicção do tribunal perante as provas produzidas⁹⁴.

Com entendimento diferente, Autores como André Almeida Martins⁹⁵ e José Luís Bonifácio Ramos⁹⁶ possuem um juízo crítico, considerando que não se pode

⁸² Analisar o cumprimento dos requisitos da licitude, nomeadamente o respeito pelos princípios fundamentais e normas imperativas.

⁸³ Caso um meio de prova seja manifestamente irrelevante para o esclarecimento e prova de matérias controvertidas ou tenha somente objetivos dilatórios não deverá ser admitido. Assim, o tribunal deve atender às alegações de factos e determinar se aquela prova em questão é útil para comprovar as alegações.

⁸⁴ Martins, 2022, p. 348.

⁸⁵ Vicente *et al.*, 2023, pp. 131 e 132 e Gouveia, 2018, p. 249.

⁸⁶ Tal como Martins, 2022, p. 350 invoca, uma decisão de inadmissibilidade de um meio de prova não sustenta, só por si, uma nulidade do processo por violação do direito de defesa das partes. Mas, poderá ser relevante se essa decisão confrontar com os princípios fundamentais de um processo equitativo.

⁸⁷ Vide Ac. STJ de 22 de setembro de 2016 (Lopes do Rego): “Em processo arbitral, a parte que - confrontada com um juízo explícito do tribunal acerca da irrelevância de certos factos articulados e com a desnecessidade de produção dos meios probatórios requeridos- não deduz qualquer oposição imediata a tal despacho interlocutório, conformando a sua subsequente actuação processual com o teor tal decisão, sem reiterar claramente ao Tribunal a essencialidade das diligências probatórias requeridas, vê precluída a possibilidade de, após prolação da decisão final, vir invocar a anulação da sentença arbitral com fundamento num juízo de irrelevância factual ou probatória com que se conformou”.

⁸⁸ No nosso ordenamento encontramos os casos da prova documental (art. 371.º, 377.º e 376.º CC) e prova por confissão (art. 358.º CC).

⁸⁹ Vide Freitas, 2017, pp. 247 e ss.

⁹⁰ Tendo por base os trabalhos preparatórios da LAV e Caramelo, 2013, p. 681 e Martins, 2022, p. 345.

⁹¹ Cordeiro, 2015, p. 285.

⁹² Oliveira *et al.*, 2014, pp. 385-387.

⁹³ Oliveira, 2021, p. 138.

⁹⁴ Cordeiro, 2015, p. 285. Atente-se igualmente ao que expõe Oliveira *et al.*, 2014, p. 385, “é aos árbitros que, face a qualquer meio de prova concreto carreado para o processo relativamente a certo facto, cabe determinar, em função das regras abstratas da arbitragem, quaisquer que sejam, se tal meio de prova é admitido, se se refere ao facto ou matéria *probandi* e qual a valia, a força, que se lhe deve atribuir, isto é, qual a medida em que ele deve contribuir para a convicção do tribunal” (itálico do autor).

⁹⁵ Martins, 2022, pp. 354 e 355.

⁹⁶ Ramos, 2015, pp. 61-66.

simplesmente aplicar o princípio da livre apreciação da prova sem mais, ignorando as regras imperativas de valoração das provas legais ou tarifadas.

José Luís Bonifácio Ramos⁹⁷ enuncia um conjunto de argumentos para sustentar a sua tese: (i) em processo arbitral não se pode afastar a valoração de prova exercida pelo juiz ordinário; (ii) o art. 39.º, n.º 1 e o art. 52.º consagram a aplicabilidade do direito constituído, ou seja, direito substantivo, e a força probatória encontra-se fixada no direito substantivo; (iii) o desrespeito por estas regras imperativas levaria à violação da ordem pública do Estado Português⁹⁸; e (iv) uma decisão arbitral que não respeite o princípio misto de valoração da prova e as normas injuntivas que estruturam o valor probatório de determinados meios de prova afetam a tutela da confiança. Cumpre apontar, ainda, que as normas que estabelecem o valor legal probatório de determinados meios de prova, protegendo não somente os interesses das partes, mas também os interesses gerais, fazem parte da ordem pública do Estado Português e, por conseguinte, caso não sejam respeitadas, podem levar à anulação da sentença arbitral nos termos do art. 46.º, n.º 3, b), ii)⁹⁹. Deste modo, não podem ser afastadas ou modificadas por disposições probatórias estabelecidas pelas partes ou pelo tribunal arbitral.

André Almeida Martins ainda acrescenta “a circunstância de o afastamento do valor probatório tarifado de certos meios de prova constituir uma violação inadmissível das legítimas expectativas das partes e terceiros quanto à força probatória e eventual fé pública depositada no meio de prova, além de minar a autoridade dos agentes de autoridade dotados de fé pública ou equiparados”¹⁰⁰.

Manuel Pereira Barrocas, a propósito do art. 30.º, n.º 4, ensina que “este poder deve ser exercido com moderação por forma a não inviabilizar ou tornar particularmente difícil os direitos das partes ao abrigo do princípio da defesa plena da sua posição no processo”¹⁰¹, justificando com a sua divisão relativa ao direito processual probatório (art. 513.º e ss CPC) e direito substantivo probatório (art. 341.º a 396.º CC)¹⁰².

⁹⁷ Ramos, 2015, pp. 63-66.

⁹⁸ O autor define ordem pública como uma limitação à autonomia privada, consistindo em um conjunto de normas imperativas, princípios e valores fundamentais de uma específica comunidade jurídica, aplicáveis com prioridade sobre outras normas conflitantes, sendo que certos princípios processuais e regras essenciais do sistema jurídico nacional não podem ser ignorados pela vontade das partes ou pela livre escolha do tribunal arbitral. Vide Ramos, 2015, p. 65.

⁹⁹ Martins, 2022, p. 355.

¹⁰⁰ Martins, 2022, p. 355.

¹⁰¹ Barrocas, 2013, p. 122.

¹⁰² Barrocas, 2011, p. 153 defende que o direito substantivo probatório previsto no CC, que se encontra intimamente conectado à formação da vontade das partes, nomeadamente normas relativas ao ónus de prova, enumeração e respetivo valor probatório dos meios legais de prova, é aplicável à arbitragem, desde que a legislação substantiva de um determinado Estado seja aplicável, incluindo as normas referentes a direito probatório. No entanto, no que toca ao direito processual probatório, a prova neste meio alternativo de resolução de litígios apresenta algumas particularidades, nomeadamente quanto às normas de produção de prova em tribunais judiciais. Numa posição oposta, o autor Ramos, 2015, pp. 35 a 39 não defende esta distinção, apontando variados argumentos. Desde logo, refere a ideia de o processo civil, enquanto “regulador estrito da garantia das relações substantivas”, como ultrapassada; assim como afirma a impossibilidade desta caracterização operar através de critérios meramente formais e mecânicos, isto é,

No nosso entendimento, o preceito além de ser supletivo, deve ser cautelosamente interpretado no sentido de não implicar o afastamento no processo arbitral de normas imperativas que fixam o valor probatório de determinados meios de prova, não só para não colocar em causa a ordem pública do Estado Português e o princípio da defesa plena, mas também para garantir o respeito pelas demandas de um processo equitativo, procurar alcançar a justiça material e proteger a segurança jurídica. Neste sentido, ilustrando a relevância e interesse prático desta questão, atente-se o exemplo fornecido por Manuel Pereira Barrocas: caso entendêssemos de forma diferente, “a prova plena de uma escritura pública, por exemplo, segundo o art. 371.º CC – esse efeito probatório não vincularia o árbitro e, nesse caso, ele poderia entender que a força probatória de uma escritura não seria plena, mas sim, por exemplo, meramente prova bastante. Ora, este adulterado efeito probatório retiraria qualquer importância à escritura pública que passaria apenas a ter valor idêntico à de um vulgar documento particular, podendo por isso ser contrariado por simples prova testemunhal”¹⁰³. Deste modo, o Autor conclui que uma solução hipotética como a representada levaria a uma clara lesão da segurança jurídica, pelo que partilhamos dessa conclusão.

consoante as normas se encontram no CC ou no CPC; reprova, ainda, a ideia de o direito processual não ter interesse para as partes. Assim, o autor não apoia esta dualidade em cânones estritamente formais, recordando a existência de meios de prova no CPC que assumem natureza substantiva, como a inspeção judicial e o comportamento não colaborante da parte.

¹⁰³ Barrocas, 2011, p. 154.

5. A função de auxílio do Tribunal Estadual na obtenção de provas em processo arbitral

5.1. Origem histórica

A necessidade da intervenção dos tribunais estaduais no âmbito da obtenção de prova encontra previsão no art. 38.º. Este artigo aborda o auxílio dos tribunais estaduais em matéria de prova, estabelecendo que estes tribunais têm autoridade para auxiliar na obtenção de provas em arbitragens, como a convocação de testemunhas ou a obtenção de documentos relevantes. Esta função, como tivemos oportunidade de observar, tem extrema importância para garantir que as arbitragens tenham acesso às provas necessárias para resolver litígios de forma justa e eficaz.

O art. 38.º teve por influência um conjunto de fontes, nomeadamente o Decreto-Lei 243/84, de 17 de julho, a Lei 31/86, de 29 de agosto, o anteprojeto da APA e a Lei-Modelo da UNCITRAL¹⁰⁴.

O Decreto-Lei 243/84, de 17 de julho representou um marco para a arbitragem em Portugal, tendo introduzido a arbitragem enquanto meio alternativo de resolução de litígios. O art. 22.º deste DL previu a possibilidade de as partes, mediante autorização pelo tribunal arbitral com respeito pelo contraditório, requeressem diligências probatórias ao tribunal estadual, com novo contraditório¹⁰⁵. Este preceito previa no n.º 5 a suspensão dos prazos da arbitragem até à produção de provas requeridas ou até à decisão dos incidentes. Posteriormente, a Lei 31/86 veio no art. 18.º, de certa forma, simplificar em termos de previsão legal, mas manteve a previsão de uma dupla decisão e duplo contraditório. Na verdade, o art. 18.º da LAV de 1986 corresponde, em larga medida, ao atual n.º 1 do art. 38.º.

A APA desempenhou um papel significativo na promoção da arbitragem em Portugal, através da elaboração de propostas legislativas de aprimoramento da legislação arbitral. Aliás, a sua proposta de nova LAV de 2011¹⁰⁶ culminou na atual redação do art. 38.º.

Por fim, a Lei Modelo da UNCITRAL constitui uma referência internacional no âmbito arbitral, fornecendo diretrizes e princípios mestres que podem ser adaptados e incorporados em legislações nacionais. Mais, forneceu uma base sólida para o desenvolvimento da LAV em Portugal, em especial no que respeita a procedimentos e padrões internacionais.

¹⁰⁴ Cordeiro, 2015, pp. 348 e 349.

¹⁰⁵ Cordeiro, 2015, p. 349.

¹⁰⁶ Disponível em <https://www.arbitragem.pt/pt/>.

Deste modo, o art. 38º da LAV foi ajustado por uma combinação de influências internas e externas, refletindo tanto as necessidades específicas do sistema jurídico português, como os padrões e práticas reconhecidos internacionalmente. Essas fontes contribuíram para a construção de uma estrutura legal que promove a eficiência, a transparência e a justiça na resolução de litígios através da arbitragem em Portugal.

5.2. *Ius Imperii*

Não obstante ser um órgão jurisdicional, o tribunal arbitral encontra-se desprovido de *ius imperii*. Assim, apesar de determinar as transformações num universo jurídico, estas transformações só se tornam efetivas mediante aceitação dos destinatários, decisão executiva dos tribunais estaduais ou através da consequente inscrição nos registos estaduais¹⁰⁷.

No âmbito probatório, num processo, seja judicial ou arbitral, em regra, as partes devem alegar e, consequentemente, provar os factos por si alegados. Todavia, pode ocorrer que uma parte não consiga apresentar determinada prova exclusivamente por sua própria iniciativa. Nesses casos, é necessário que haja colaboração da outra parte ou de terceiros para que a prova seja obtida¹⁰⁸.

O art. 417.º CPC, como expressão do princípio da cooperação (art. 7.º CPC), prevê o dever de cooperação para a descoberta da verdade, impondo que, não só as partes, como também outras pessoas que tenham relevo para a descoberta da verdade material, auxiliem o tribunal estadual, nomeadamente no que toca à produção de prova, disponibilizando documentos ou prestando declarações. Com base na articulação do princípio da cooperação com o princípio da boa-fé processual (art. 8.º CPC), o tribunal estadual tem a possibilidade de condenar quando este dever não é cumprido, através de uma sanção civil de natureza pecuniária¹⁰⁹ e de utilizar meios coercivos para impor este auxílio, nomeadamente através da apreensão de documentos (art. 433.º CPC) ou a comparência de testemunha (art. 508.º, n.º 4 CPC)¹¹⁰. Quando o desrespeito deste princípio emane da própria parte há consequências mais gravosas. Sendo parte no processo e havendo omissão grave do dever de cooperação, a parte pode ser condenada enquanto litigante de má-fé¹¹¹ (art. 542.º, n.º 2, al. c) CPC)¹¹². Mais, tal como prevê o art. 417.º, n.º 2 CPC, caso o recusante seja parte, o tribunal possui a faculdade de apreciar

¹⁰⁷ Oliveira *et al.*, 2014, p. 447.

¹⁰⁸ Gonçalves, Vale & Diamvuto, 2014, p. 117.

¹⁰⁹ Multa fixada entre 0,5 UC e 5 UC, segundo o art. 27.º, n.º 1 RCP.

¹¹⁰ Geraldès, Pimenta & Sousa, 2023, p. 530.

¹¹¹ Multa fixada entre 2 UC e 100 UC, segundo o art. 27.º, n.º 3 RCP.

¹¹² Geraldès, Pimenta & Sousa, 2023, p. 530.

livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova, de acordo com o art. 344.º, n.º 2 CC¹¹³.

O tribunal arbitral não se encontra impedido de decretar medidas relativas à produção de prova, todavia, encontra-se desprovido de poder coercivo, o que constitui um obstáculo à imposição, pela força, das suas decisões às partes e a terceiros, dependendo de uma maior cooperação e boa-fé processual destes sujeitos, assim como de um maior auxílio dos tribunais estaduais¹¹⁴. Manuel Gonçalves aponta, como exemplo clássico, que a notificação efetuada pelo tribunal arbitral às testemunhas para comparecerem e serem ouvidas constitui um mero convite¹¹⁵.

Certamente, em muitas situações, a simples advertência do tribunal arbitral sobre o princípio da livre apreciação da prova e a possibilidade de consequências que podem advir da falta de cooperação das partes, pode ser suficiente para incentivar a colaboração. Em última instância, como tivemos oportunidade de observar, se a ausência de colaboração conduzir a uma situação em que uma das partes não consegue demonstrar os factos que sustentam a sua posição, poderá levar à inversão do ónus da prova, conforme estabelecido no art. 344.º, n.º 2 CC, ou à avaliação negativa dessa conduta na decisão sobre a matéria de facto em questão¹¹⁶. Outra possibilidade assenta na definição das regras processuais de consequências processuais que possam resultar da falta de colaboração¹¹⁷.

No entanto, em certas situações esse efeito dissuasor pode não ser totalmente eficaz, como, por exemplo, quando a falta de colaboração com o tribunal não seja imputável a nenhuma das partes, sendo que estas podem não ter qualquer controlo sobre terceiros alheios ao processo¹¹⁸.

Neste contexto surge a necessidade do art. 38.º prever a cooperação¹¹⁹ e auxílio do tribunal estadual, em matéria de obtenção de prova face a processo arbitral. Tal encontra fundamento no facto de os tribunais estaduais serem um órgão de soberania dotados de *potestas*, enquanto o tribunal arbitral é munido com mera *auctoritas*¹²⁰.

¹¹³ Xavier, Folhadela & Castro, 2018, pp. 158 e 159.

¹¹⁴ Oliveira, 2021, p. 23 e Raposo, 2008, pp. 121 e 122.

¹¹⁵ Gonçalves, Vale & Diamvuto, 2014, p. 118.

¹¹⁶ Sobre esta matéria vide Geraldès, 2015, p. 47 e Vieira, 2016, p. 197. Doutrina de diversos países europeus prevê a possibilidade de aplicação de *astreintes* (correspondente, de certa forma, à sanção pecuniária compulsória prevista no art. 829.º A do nosso CC) pelo tribunal arbitral. No entanto, à semelhança do entendimento de Caramelo, 2013, p. 736, não parece razoável esta possibilidade, dado que esta figura constitui um meio de compelir ao cumprimento de uma decisão de mérito da causa, o que não se verifica nesta situação.

¹¹⁷ Santos, 2017, p. 244.

¹¹⁸ Vieira, 2016, p. 197.

¹¹⁹ O termo “colaboração” é adotado por Miguel Olazabal de Almada em detrimento de “assistência”, pois considera que a relação entre as instâncias arbitral e estadual é de prossecução de um objetivo comum. Apesar de consistir numa questão meramente linguística, concordamos com esta terminologia, tendo subjacente uma ideia de paridade e de cooperação. Vide Almada, 2012, p. 59.

¹²⁰ Ramos, 2015, p. 47.

Note-se que a intervenção do tribunal estadual, apesar de imprescindível, deve ser considerada como *ultima ratio*, visto que no funcionamento ideal do processo arbitral esta intervenção não seria necessária, devendo funcionar apenas como meio de salvaguarda do sistema¹²¹. Nas palavras de Miguel Olazabal de Almada, “o contributo do tribunal estadual deve, em suma, ser conformado como o de um parceiro executivo, que colabora com o processo arbitral apenas na medida estritamente necessária, por iniciativa dos árbitros ou das partes, conhecendo bem o seu papel e os limites da sua atuação”¹²².

Iremos observar, em seguida, os termos desta intervenção.

5.3. Aspetos processuais da colaboração do Tribunal Estadual na obtenção de prova no processo arbitral

Primeiramente, para uma melhor perceção, iremos proceder à análise dos trâmites deste incidente e, posteriormente, à reflexão de alguns aspetos controvertidos.

5.3.1. Trâmites processuais

Tendo por base o art. 38.º, podemos descrever um conjunto de procedimentos que regem este auxílio do tribunal estadual¹²³.

Inicialmente ocorre uma decisão arbitral, oficiosamente ou a requerimento de uma das partes, acerca da necessidade de produção de um meio de prova. Esta decisão pode ser seguida de uma advertência do tribunal à parte ou a terceiro detentor da prova, estipulando um prazo para a apresentação ou disponibilização de acesso ao meio de prova. No caso de recusa, expressa ou tácita, da pessoa advertida, o tribunal arbitral comunica essa recusa à(s) parte(s) interessada(s), podendo, desde logo, autorizá-la(s) a recorrer à colaboração do tribunal estadual; ou, caso essa autorização ainda não lhe(s) tiver sido concedida, pode a(s) parte(s) interessada(s) efetuar um requerimento dirigido ao tribunal arbitral para que este autorize o recurso à colaboração do tribunal estadual. Posteriormente, apesar de a lei não tipificar os direitos da contraparte, é assegurado o contraditório da parte contrária, através da sua audição, nos termos do art. 30.º.

O tribunal arbitral decide e procede à comunicação da decisão às partes sobre a autorização da produção da prova, ao abrigo dos poderes referidos no n.º 4 do art. 30.º. A necessidade de autorização é necessária pelo considerável atraso na marcha processual através do recurso a tribunais estaduais, sendo necessário uma ponderação desse atraso com o benefício esperado da intervenção estadual; acrescentando a possibilidade de

¹²¹ Vide Almada, 2012, pp. 56-59.

¹²² Almada, 2012, p. 60.

¹²³ Oliveira *et al.*, 2014, p. 449.

intenções meramente dilatórias do processo, pelo que, nestas situações, o tribunal não deverá autorizar o pedido de colaboração¹²⁴.

No caso de o tribunal arbitral não autorizar, a parte interessada poderá suscitar a sua divergência apenas em sede de recurso da sentença arbitral, se o processo o permitir. A não autorização não constitui fundamento por si própria de anulação da sentença arbitral, nos termos do art. 46.^o¹²⁵. Todavia, a recusa pode ser entendida como causa de anulação se tiver por base uma violação do processo equitativo, com influência decisiva na resolução do litígio¹²⁶, segundo o art. 46.^o, n.º 3, a), ii).

Assumindo-se a hipótese de o tribunal arbitral conceder autorização, segue-se o requerimento dirigido ao tribunal estadual pela parte interessada, juntando a documentação necessária e fazendo-se prova da autorização pelo tribunal arbitral¹²⁷. O tribunal estadual, por sua vez, intimará a parte ou terceiro para apresentação do meio de prova requerido, dentro de um certo prazo, sob pena de cominação compulsória¹²⁸. Caso persista na recusa, a pessoa intimada pode formular uma eventual resposta fundamentada (art. 417.^o, n.º 3 CPC). Posteriormente, o tribunal estadual procederá à audição da parte interessada e apreciará os fundamentos da recusa.

Por fim, o tribunal estadual decide manter a intimação ou considerar a recusa justificada. Consoante os casos, segue-se a apresentação ou produção de prova em audiência, terminando com a remissão para o tribunal arbitral de um relatório relativo aos resultados da prova, esgotando, assim, a intervenção do tribunal estadual.

Deste modo, o ponto decisivo para que as partes interessadas consigam pedir auxílio aos tribunais estaduais é a autorização do tribunal arbitral. Esta autorização é um sintoma claro da secundariedade e carácter instrumental do tribunal estadual, sendo que, carecendo da mesma, a contraparte tem a possibilidade de invocar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, segundo os arts. 494.^o, al. j) e 495.^o CPC¹²⁹.

Este processo no tribunal estadual não possui carácter urgente e a recusa por parte do tribunal estadual pode dar lugar a recurso nos termos do art. 59.^o, n.º 8.

¹²⁴ Caramelo, 2013, p. 737.

¹²⁵ Raposo, 2008, pp. 123 e 124.

¹²⁶ Nas palavras de Alfaiate, 2009, p. 151, “significa *a contrario* que a inobservância dos ‘faróis’ que não tenham uma influência decisiva na resolução do litígio não resulta na anulação da decisão”.

¹²⁷ Raposo, 2008, p. 124.

¹²⁸ No que toca à possibilidade de o tribunal estadual indeferir o pedido de produção de prova, importa salientar que a mesma é possível se o tribunal arbitral não tiver dado a necessária autorização. Um possível fundamento seria a irrelevância do meio de prova requerido e, neste aspeto, pronuncia-se João Raposo, posição que partilhamos, no sentido de que não cabe ao tribunal estadual determinar a pertinência e relevância de um meio de prova, sendo essa a função do tribunal arbitral. Já um fundamento que tenha por base a ilegalidade do pedido, não deverá ser considerada pelo tribunal estadual, visto que está submetido à lei e à CRP. Vide Raposo, 2008, p. 124. Outro fundamento de recusa de colaboração pelo tribunal estadual é a invalidade da Convenção de Arbitragem. Ora, tal como Caramelo, 2013, p. 737 refere, parece-nos que o tribunal estadual apenas podia indeferir o pedido se entender que a Convenção de Arbitragem é manifestamente nula, ineficaz ou inexecutável, compatibilizando este regime com o princípio *Kompetenz-Kompetenz* presente no art. 5.^o, e 18.^o.

¹²⁹ Raposo, 2008, p. 123 e Cabral, 2023, p. 457.

5.3.2. Tribunal Estadual competente

O tribunal estadual competente é o tribunal de 1.^a instância ou o tribunal administrativo de círculo, em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem, consoante seja um litígio compreendido na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais ou na dos tribunais administrativos, tal como prescreve supletivamente o art. 59.º, n.º 4¹³⁰.

Esta solução é criticada, nomeadamente por Pedro Metello de Nápoles e Carla Góis Coelho, que defendem a competência do tribunal judicial de 1.^a instância em cuja circunscrição deva ter lugar a produção de prova solicitada¹³¹. Assim, os Autores sustentam a aplicação dos n.ºs 5 e 6 do art. 59.º aos processos arbitrais com sede em Portugal, sendo que apenas estão previstos legalmente para arbitragens com sede no estrangeiro.

Efetivamente não partilhamos deste entendimento, visto que, como poderemos ver adiante, defendemos que a prova deve ser produzida *ante* o tribunal arbitral, sendo somente em circunstâncias excecionais perante o tribunal estadual. Deste modo, o tribunal competente deve permanecer o que se insere na circunscrição onde se situe o local da arbitragem.

5.3.3. Solicitação oficiosa pelo Tribunal Arbitral ao Tribunal Estadual

No art.27.º LM admite-se a possibilidade de o tribunal arbitral oficiosamente, sem necessitar de requerimento de uma das partes, solicitar a colaboração do tribunal estadual no âmbito da obtenção de prova; e que essa intervenção é realizada segundo as suas próprias regras no que respeita à obtenção de prova. Todavia, no art. 38.º LAV não há correspondência literal a esta realidade.

Nesta matéria, Manuel Pereira Barrocas¹³² não discute este ponto relativo às arbitragens internas. Dirige o seu pensamento para as arbitragens internacionais, afirmando que a oficiosidade de solicitação pelo tribunal arbitral ao tribunal estadual português pode ocorrer nos casos do n.º 2 do art. 38.º quando a lei do país onde se encontra localizada a arbitragem preveja a possibilidade de solicitação oficiosa a um

¹³⁰ Visto que o tribunal competente é o tribunal de 1.^a instância ou o tribunal administrativo de círculo não encontramos, não obstante a pesquisa realizada, acórdãos relevantes no âmbito deste estudo. Contudo, sobre o art. 38.º e no que concerne à compatibilização dos poderes enunciados no art. 30.º, n.º 4 com a possibilidade de pedidos de esclarecimentos sobre os documentos requeridos por parte do tribunal estadual às partes atente-se aos Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de janeiro de 2022 (Jorge Leal) e Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de novembro de 2021 (Vera Antunes). Estes dois acórdãos referentes ao mesmo processo encontram-se disponíveis em <https://www.dgsi.pt> e representam as primeiras decisões conhecidas sobre a aplicação do art.38.º. Devido ao escasso espaço, aconselhamos a leitura dos factos dos acórdãos ou, para uma análise sumária, Mendes, 2022, pp. 355 a 357 e Cabral, 2023, pp. 453-464.

¹³¹ Nápoles & Coelho, 2012, p. 212.

¹³² Barrocas, 2013, p. 142

tribunal estadual português. Neste sentido, Bonifácio Ramos¹³³ afirma que o preceito do n.º 2 do art. 38.º amplia as orientações da LM, sendo que prevê a admissibilidade da colaboração dos tribunais estaduais a arbitragens sediadas no estrangeiro¹³⁴.

No entendimento de Pedro Metello de Nápoles e Carla Góis Coelho, a ausência de previsão na LAV da possibilidade de o tribunal arbitral dirigir oficiosamente ao tribunal estadual o requerimento de colaboração, em matéria de obtenção de prova, não se trata de uma omissão, sendo “uma manifestação da importância atribuída ao princípio do dispositivo em sede de arbitragem”¹³⁵.

No entanto, Autores como Bonifácio Ramos, Mário Esteves de Oliveira, João Raposo e Miguel Olazabal de Almada não partilham este pensamento.

Como afirma Bonifácio Ramos¹³⁶, esta é uma alternativa à luz da LM, todavia não parece de todo a mais adequada. A Exposição de Motivos da Proposta de Lei 22/XII defende esta orientação da LAV argumentando “a necessidade de se respeitar a unidade e a coerência interna deste sistema”¹³⁷. Porém, esta opção legislativa de manter em vigor a fórmula da legislação nacional anterior (art. 18.º da LAV de 1986) “desvaloriza a eficácia e minimiza a importância da cooperação entre tribunais, o arbitral e o estadual”¹³⁸, visto que o procedimento se torna excessivamente longo, complexo e dificulta a cooperação entre os tribunais. Mais, teria outro impacto se esta colaboração em matéria de prova fosse solicitada pelo tribunal arbitral, permitindo que houvesse uma maior credibilidade do pedido, ajudando o tribunal estadual em hesitações que este possa ter¹³⁹. Por isso, são chamadas à colação razões de dignificação das funções jurisdicionais exercidas pelo tribunal arbitral, assim como de respeito pela direção e condução do processo exercida por este tribunal¹⁴⁰.

Neste sentido, Mário Esteves de Oliveira¹⁴¹ enuncia que este processo tão extenso não garante a utilidade e a razoabilidade processual, pelo que a solução apontada seria através da formulação pelo próprio tribunal arbitral, dotado de independência e imparcialidade, do pedido de cooperação do tribunal estadual. Esclarece que, se assim não for, corre-se o risco de o pedido de intervenção do tribunal estadual revelar-se inútil, devido à formulação parcial ou inidónea da parte interessada e o resultado da prova obtida não ter interesse à instrução arbitral. Todavia, o Autor estando ciente da falta de

¹³³ Ramos, 2015, p. 48.

¹³⁴ Esta matéria não se encontra no âmbito da presente dissertação. Todavia, sobre este tema vide Macedo, 2015, pp. 63-76.

¹³⁵ Nápoles & Coelho, 2012, p. 212.

¹³⁶ Ramos, 2015, pp. 48 e ss.

¹³⁷ Exposição de Motivos da Proposta de Lei 22/XII, aprovada no Conselho de Ministros de 15 de setembro de 2011, p. 3. Disponível em: <https://www.oa.pt>.

¹³⁸ Ramos, 2015, p. 49.

¹³⁹ Ramos, 2015, p. 49 e Almada, 2012, pp. 62 e 63.

¹⁴⁰ Almada, 2012, p. 62.

¹⁴¹ Oliveira *et al.*, 2014, pp. 450 e 451.

cobertura deste entendimento com a letra da lei, defende uma interpretação adaptada do art. 38.º, n.º 1, entendendo que a “prévia autorização do tribunal arbitral” corresponde a uma aprovação prévia do requerimento a apresentar posteriormente ao tribunal estadual competente.

Acrescenta João Raposo que, se os resultados da diligência são remetidos para o tribunal arbitral, faria mais sentido que “o pedido devesse ser feito diretamente por aquele tribunal, e não pela parte interessada, não se deslocando, assim, artificialmente para o plano do mero interesse da parte uma questão que releva diretamente da condição do tribunal arbitral”¹⁴².

No mesmo sentido, aponta Rita Nunes dos Santos, “uma interpretação sistemática deste preceito face aos amplos poderes conferidos às partes e ao Tribunal Arbitral na definição das concretas regras do processo, por um lado, bem como à luz dos poderes do Tribunal Arbitral no que respeita à determinação da “admissibilidade, pertinência e valor de qualquer meio de prova produzida ou a produzir” (...) parecem justificar a possibilidade de as partes ou o Tribunal poderem estabelecer regra diferente quanto a esta matéria”¹⁴³. A Autora apresenta ainda, como argumento, a possibilidade de o tribunal arbitral poder dirigir a uma das partes um pedido de apresentação de documento, pelo que seria de estranhar que, face a recusa de apresentação, o tribunal arbitral não pudesse recorrer aos tribunais estaduais para obter a prova que, por sua iniciativa, pediu à parte.

Neste seguimento, encontramos ordenamentos jurídicos, como o alemão¹⁴⁴, italiano¹⁴⁵, espanhol¹⁴⁶ e angolano¹⁴⁷, que preveem a colaboração direta entre as instâncias, arbitral e judicial.

Por todas as razões descritas, não podemos deixar de partilhar a nossa clara concordância com esta última posição, que admite a possibilidade do tribunal arbitral, por sua iniciativa, poder solicitar a colaboração do tribunal estadual. Como supramencionado, o tribunal arbitral exerce funções jurisdicionais e dirige todo o processo arbitral, sendo que não parece razoável nem célere que não possa dirigir-se diretamente ao tribunal estadual pedindo a sua colaboração.

Num processo que se pauta pela celeridade, sendo esta uma das suas principais vantagens, não encontramos motivação para exigir um esquema tão complexo e faseado

¹⁴² Raposo, 2008, p. 124.

¹⁴³ Santos, 2017, p. 253. Em conformidade com este argumento, Armindo Ribeiro Mendes e Sofia Ribeiro Mendes referem “pode entender-se que, no silêncio da LAV, a intervenção do tribunal estadual é disciplinada segundo as respetivas normas processuais adjetivas, sendo certo que o CPC não regula o procedimento a seguir após tal solicitação”, in Vicente *et al.*, 2023, p. 155.

¹⁴⁴ §§ 1049 e 1050 da ZPO.

¹⁴⁵ Art. 816.º CPC italiano.

¹⁴⁶ Art. 33.º da lei espanhola.

¹⁴⁷ Art. 21.º, n.º 2 da LAV angolana.

como o que se encontra previsto. Não se compreende que, após a decisão arbitral, se devolva o ónus à parte para que esta requeira ao tribunal estadual.

Além de que pode suceder que o tribunal arbitral indefira parcialmente o requerimento ou delimite o mesmo e, se mantivermos a interpretação literal do art. 38.º, n.º 1, é a parte interessada que elabora um requerimento dirigido à instância estadual, perdendo o tribunal arbitral qualquer controlo sobre a adequação entre a sua decisão e o pedido elaborado pela parte ao tribunal estadual¹⁴⁸.

5.3.4. Suspensão do processo arbitral

No exercício da autonomia privada, as partes podem acordar um prazo para que o tribunal arbitral profira e comunique às partes a sentença final. Caso não exerçam este poder, a LAV estabelece um prazo supletivo de 12 meses, a contar da data de aceitação do último árbitro, tal como refere o n.º 1 do art. 43.º.

Quer o prazo supletivo, quer o possível prazo fixado pelas partes, pode revelar-se insuficiente devido à complexidade do litígio ou à necessidade de solucionar incidentes processuais¹⁴⁹. Por este motivo, o n.º 2 do mesmo preceito prevê a possibilidade de prorrogação destes prazos por acordo das partes ou, em alternativa, por decisão do tribunal arbitral, desde que devidamente fundamentada e sem oposição das partes, por sucessivos períodos de 12 meses.

A decisão de prorrogação do prazo pelo tribunal arbitral assenta em dois requisitos¹⁵⁰: (i) positivo – consiste na fundamentação da prorrogação pelo tribunal; e (ii) negativo – não oposição à prorrogação por comum acordo das partes.

Nas palavras de Mário Esteves de Oliveira, “a fundamentação (para além da mera invocação do preceito legal que a permite) deverá consistir então, apenas i) na indicação dos factos concretos que fizeram com que (uma ou algumas) formalidades do processo demorassem mais a ter lugar ou a cumprir do que o previsto ou razoável, impedindo o tribunal de concluir o processo arbitral no prazo inicial (ou prorrogado) antes fixado – não sendo necessário que se indiquem quaisquer razões para justificar o tempo de prorrogação por estar a sua duração fixada na lei inflexivelmente – e ii) consistir também na demonstração (singela, naturalmente) de não estar esse prazo esgotado à data em que a decisão oficiosa de prorrogação é notificada às partes”¹⁵¹.

A oposição das partes é livre, no sentido em que corresponde a um direito potestativo que não carece de fundamentação, nem releva o facto do pedido de

¹⁴⁸ Almada, 2012, p. 62.

¹⁴⁹ Cordeiro, 2015, p. 410.

¹⁵⁰ Pereira, 2012, p. 173.

¹⁵¹ Oliveira *et al.*, 2014, p. 512.

prorrogação, por parte do tribunal arbitral, seja devidamente justificado e temporâneo¹⁵².

A LAV exige que a oposição das partes seja de comum acordo para ter efetivamente relevo em termos de oposição à prorrogação. Nesta matéria, Mário Esteves de Oliveira¹⁵³ aponta objeções à necessidade do comum acordo das partes para que a oposição ao pedido de prorrogação produza efeitos, não bastando a oposição de apenas uma das partes para impedir a prorrogação¹⁵⁴. O Autor justifica a sua posição invocando dois argumentos¹⁵⁵: (i) como se trata de uma modificação da Convenção de Arbitragem, só por vontade conjunta das partes é que a prorrogação oficiosa poderia prevalecer, sendo que admitir a possibilidade de apenas uma das partes decidir unilateralmente que o processo prossiga para além do prazo fixado por acordo por ambas as partes constitui uma violação da Convenção; (ii) e a possibilidade de a parte que opta por recusar a prorrogação incorrer na desaprovação dos árbitros, que veem alguém a opor-se à sua decisão, possivelmente ilegítima ou não fundamentada, enquanto a contraparte, ciente das vantagens que pode obter, aceita a prorrogação.

Encontramo-nos de acordo com as razões enunciadas por este Autor, visto que consideramos que esta previsão afronta os pilares da arbitragem e viola a segurança jurídica das partes, que veem um procedimento ocorrer de forma diferente ao que estabeleceram por acordo, ou ao que a lei prescreve no prazo supletivo. Assim, na nossa opinião, esta matéria deve ser objeto de retificação numa futura revisão à LAV, prevendo a necessidade de comum acordo entre as partes para que se permita a prorrogação do prazo, consistindo numa modificação da Convenção de Arbitragem.

Considerando que não seja possível a prorrogação do prazo para os árbitros proferirem sentença sobre o litígio, e sabendo que os processos judiciais são caracterizados pela morosidade, importa apreciar a possibilidade de suspensão do processo arbitral. Não tendo as partes previsto na Convenção de Arbitragem a possibilidade de suspensão do processo arbitral durante a produção de prova perante tribunal estadual, a LAV é omissa quanto a este aspeto, não estabelecendo nenhuma regra supletiva de aplicação, nem impõe um prazo para que o tribunal estadual assegure a produção de prova.

Num ponto inicial, para que possa haver colaboração do tribunal estadual na obtenção de prova a requerimento da parte interessada é necessário o cumprimento de

¹⁵² Oliveira *et al.*, 2014, p. 513.

¹⁵³ Oliveira *et al.*, 2014, p. 513.

¹⁵⁴ Partilhando desta opinião, vide Pereira, 2012, pp. 172-174.

¹⁵⁵ Oliveira *et al.*, 2014, p. 514.

dois requisitos: (i) a alegação e prova da recusa de colaboração de uma das partes ou de terceiro, e (ii) a autorização do tribunal arbitral¹⁵⁶.

Pode surgir a questão de, se um pedido de autorização feito ao tribunal arbitral, quando realizado tardiamente de modo a impedir a prolação da sentença arbitral dentro do prazo estipulado, deverá ser indeferido.

A doutrina majoritária defende que, no caso de o tribunal arbitral entender que a prova a produzir, considerando a prova já produzida, é não suscetível de influenciar decisivamente a decisão arbitral, deve decidir de imediato, indeferindo a pretensão. Caso contrário, o tribunal arbitral deve reunir com as partes procurando promover um acordo quanto à prorrogação do prazo para proferir a decisão arbitral¹⁵⁷.

As soluções divergem relativamente ao que sucede se o tribunal arbitral não conseguir encontrar consenso na prorrogação do prazo pelas partes. Filipe Alfaiate defende que, se não for possível obter o acordo, o tribunal arbitral deve suspender a arbitragem ou renunciar à sua função, invocando, nesta medida, uma causa superveniente que impeça o exercício adequado da sua função, se a prova for suscetível de uma influência decisiva na decisão a tomar¹⁵⁸. João Raposo, por sua vez, indica, face à falta de acordo das partes na suspensão, a existência de um risco efetivo de caducidade da Convenção de Arbitragem¹⁵⁹. No entanto, a caducidade não pode ser invocada pela parte que requereu a produção de prova, visto que tal configuraria abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprio*¹⁶⁰.

Todavia, com entendimento contrário à doutrina majoritária, João Calvão da Silva¹⁶¹ refere que “a instrução em causa deve ter na devida conta o prazo estabelecido para a decisão: proceder-se-á à instrução em tempo que não acarrete a caducidade do compromisso arbitral ou a ineficácia da cláusula compromissória pelo decurso do prazo para a decisão arbitral”¹⁶². Contrapõe Filipe Alfaiate¹⁶³, apontando a anulabilidade, nos termos do art. 46.º, n.º 3, al. a), ii), de uma decisão arbitral que seja proferida sem a produção de prova que a possa influenciar decisivamente, por violação do princípio do contraditório. Neste sentido, não obstante a negligência das partes, ao tribunal incumbe procurar acautelar que a prova, que seja suscetível de influenciar decisivamente a decisão arbitral, seja produzida dentro dos limites temporais estabelecidos. João Calvão da Silva defende-se mencionando que esta solução não ofende estes princípios fundamentais,

¹⁵⁶ Silva, 2008, p. 102.

¹⁵⁷ Vide Alfaiate, 2009, pp. 152 e 153, Gonçalves, Vale & Diamvuto, 2014, p. 121, Raposo, 2008, p. 125, Vieira, 2016, p. 202 e Almada, 2012, p. 67.

¹⁵⁸ Alfaiate, 2009, p. 153.

¹⁵⁹ Raposo, 2008, p. 125.

¹⁶⁰ Raposo, 2008, p. 125 e Gonçalves, Vale & Diamvuto, 2014, p. 121.

¹⁶¹ Silva, 2008, pp. 102 e 103.

¹⁶² Silva, 2008, pp. 102 e 103.

¹⁶³ Alfaiate, 2009, p. 153.

uma vez que as partes têm conhecimento de antemão de todos os procedimentos a adotar, como o seu ônus de apresentação e produção de prova, o prazo que os árbitros dispõem para proferir a decisão e que, na falta de acordo entre as partes quanto à prorrogação do prazo, os árbitros possuem o dever de proferir a decisão mediante as provas produzidas e adquiridas. Desta forma, o Autor sustenta que “a probabilidade ou virtualidade do contraditório funciona em plena igualdade de tratamento das partes também no cumprimento tempestivo do ônus da apresentação e produção da prova dos factos por cada uma alegados, e nenhuma prova é admitida ou produzida sem (potencial) audiência contraditória da parte a quem haja de ser oposta”¹⁶⁴.

Importa ressaltar que esta discussão apenas possui relevância se considerarmos que o art. 43.º, n.º 2 necessita de reformulação, não devendo exigir o comum acordo das partes para que a oposição impeça a prorrogação oficiosa. Assim, segundo este entendimento, basta que uma das partes se oponha à prorrogação do prazo para proferir a decisão arbitral para que o prazo, convencional ou supletivo, não se altere. Esta solução, apesar de ser a mais razoável na nossa opinião, traz outros problemas, como, em caso de manutenção do prazo estabelecido por oposição de uma das partes, poder originar a impossibilidade de produção de prova através da colaboração do tribunal estadual e, por isso, conduzir a soluções injustas e que afrontam o princípio do contraditório.

Na realidade, a previsão da suspensão dos prazos contrapõe-se a uma das principais vantagens da arbitragem, a celeridade; e também não deixa de ser verdade que a agilidade e negligência processual das partes pode perturbar o normal funcionamento do processo arbitral, devendo retirar-se consequências desta atuação (consideração desta atuação na repartição dos custos da arbitragem, ou o pagamento das custas processuais, por exemplo).

No entanto, torna-se necessário ponderar outros interesses, nomeadamente o princípio do contraditório e a procura da verdade material, visto que a produção de prova em sede judicial é suscetível de influenciar decisivamente a decisão arbitral; e, além disso, os processos que correm nas instâncias judiciais são caracterizados pela sua morosidade, pelo que, mesmo que as partes sejam diligentes na produção da prova, é provável que, entre o procedimento excessivamente longo¹⁶⁵ para pedir a solicitação ao tribunal estadual até à receção pelo tribunal arbitral do relatório relativo aos resultados da prova, o prazo supletivo de 12 meses se mostre insuficiente. Em virtude do mencionado, partilhamos da orientação que a LAV necessita de uma reformulação no seu art. 43.º, n.º 2 e, consequentemente, da previsão legal expressa de admissibilidade

¹⁶⁴ Silva, 2008, p. 103.

¹⁶⁵ Procedimento analisado no Ponto 5.3.1.

da suspensão do processo arbitral, quando a necessidade se prenda com a obtenção de prova pelo tribunal estadual.

5.3.5. Presença do Tribunal Arbitral na produção de prova

A LAV estabelece no art. 38.º, n.º 1 que a prova é produzida perante o tribunal estadual que, posteriormente, remete os resultados para o tribunal arbitral. Contudo, esta solução não parece ser a mais adequada com o nosso ordenamento jurídico e, parece trazer vários constrangimentos ao processo arbitral, como veremos em seguida.

Ora, à semelhança do que entende Miguel Olazabal de Almada¹⁶⁶, pensamos que a melhor solução consiste na produção da prova requerida diretamente perante o tribunal arbitral, por determinação do tribunal estadual, através de uma ordem emanada pela instância judicial. O Autor exemplifica algumas situações¹⁶⁷: (i) em caso de produção de documentos em poder de uma das partes no processo ou de terceiro, o tribunal estadual notificaria a pessoa que recusa a colaboração para que a mesma proceda ao envio ou entrega ao tribunal arbitral; (ii) ou, na circunstância de uma inquirição de testemunha que se recusa a depor, o tribunal estadual notifica para que compareça perante o tribunal arbitral no local, dia e hora determinado; (ii) ou, por fim, numa prova por inspeção que não tivesse ocorrido por impedimento de entrada no local em causa, o tribunal estadual notificaria a pessoa visada para que facultasse o acesso ao tribunal arbitral e outras pessoas identificadas.

Não se encontram, assim, razões preponderantes que implicam a necessidade de fazer este processo à margem do tribunal arbitral, limitando os árbitros à receção do relatório do tribunal estadual, no que concerne à prova perante ele produzida. Aliás, pelo contrário, esta previsão encontra variadas vantagens¹⁶⁸, nomeadamente, (i) o incentivo da valorização da capacidade e da autonomia da arbitragem como meio de resolução de litígios, ao mesmo tempo em que se destaca o papel central do tribunal arbitral enquanto legítimo detentor da função jurisdicional no processo arbitral, (ii) a preservação da confidencialidade, (iii) promoção de uma maior economia de atos (e maior celeridade) e de meios, visto que se mostra desnecessário a recolha e tratamento de resultados pelo tribunal estadual, otimizando os recursos públicos e a interação entre as instâncias, arbitral e judicial.

É relevante fazer referência, igualmente, à aplicação de princípios fundamentais orientadores do tribunal estadual, no que toca à produção de prova, como o princípio da imediação. Neste sentido, o art. 27.º da LM, que regula o auxílio do tribunal estadual na

¹⁶⁶ Almada, 2008, pp. 63-66.

¹⁶⁷ Almada, 2008, p. 64.

¹⁶⁸ Almada, 2008, p. 65.

obtenção de prova, prevê que “o tribunal pode responder à solicitação nos limites das suas competências e de *acordo com as suas próprias regras relativas à obtenção de provas*¹⁶⁹”. Como observamos, a LM prevê diretrizes para que cada ordenamento jurídico consiga compatibilizar o seu teor com as suas próprias regras mestras. Ora, Rita Lobo Xavier esclarece que “o princípio da imediação significa que o julgador deve ter um contacto o mais direto possível com as pessoas ou coisas que constituem a prova, pelo que a prova constituenda deve ser produzida perante o tribunal a quem compete apreciar e pronunciar-se sobre a prova”¹⁷⁰. Desta forma, mostra-se a necessidade do tribunal arbitral, tribunal que apreciará e valorará a prova produzida, possuir um contacto mais próximo com a produção de prova. O respeito por este princípio permite, ainda, acentuar uma maior autenticidade ao juízo de livre apreciação da prova, que concerne ao tribunal arbitral, sendo que “o julgador decide sobre a matéria de facto da causa segundo a convicção que forma no confronto dos vários meios de prova”¹⁷¹.

Entendemos, assim, que a intervenção do tribunal estadual em matéria de obtenção de prova deve limitar-se ao mínimo indispensável, devendo a prova ser produzida perante o próprio tribunal arbitral, a quem incumbe tomar uma decisão de mérito sobre a causa ou, pelo menos, que a prova produzida em sede judicial seja presenciada pelo tribunal arbitral¹⁷². Encontramos previsão quanto a estas duas possibilidades em diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente no §1050 da ZPO alemã, que prevê o direito dos árbitros em participar e colocar questões nas sessões de prova que decorram perante o tribunal do Estado, ou o art. 33.º da lei espanhola (Lei 60/2003, de 23 de dezembro) que consagra, embora sem hierarquização, quer a produção de prova diretamente perante o tribunal arbitral, quer a produção de prova perante tribunal estadual.

Tendo por base tudo o que foi mencionado, consideramos que uma solução pode passar pela compatibilização dos regimes previstos na ZPO e na lei espanhola. Assim sendo, implementaríamos a produção de prova perante o tribunal arbitral enquanto regime-regra e, nos casos em que não seja possível, a nível subsidiário, a possibilidade de produção de prova perante o tribunal estadual, desde que esta necessidade seja devidamente fundamentada e, quando tal seja possível, permitir a assistência dos árbitros à diligência. No entanto, é certo que existem casos em que a produção de prova deve efetivamente ocorrer perante o tribunal estadual, nomeadamente quando se trate de arbitragens sediadas no estrangeiro, ou quando a prova se efetue fora de Portugal¹⁷³.

¹⁶⁹ Itálico nosso.

¹⁷⁰ Xavier, Folhadela & Castro, 2018, pp. 162 e 163.

¹⁷¹ Xavier, Folhadela & Castro, 2018, p. 164.

¹⁷² Vieira, 2016, pp. 200 e 201 e Carvalho, 2022, p. 186.

¹⁷³ Almada, 2008, p. 66.

6. Proposta de Alteração de Lei

Assim sendo, a este ponto já pudemos demonstrar o nosso posicionamento relativamente à letra do art. 38.º, sendo muito restritiva e não regulando vários aspetos importantes no âmbito da obtenção de prova em processo arbitral.

A nova solução legislativa que propomos apresentar visa não apenas aprimorar a eficácia e eficiência da intervenção do tribunal estadual, mas também clarificar os limites e condições sob os quais essa colaboração deve ocorrer, respeitando a autonomia da arbitragem e promovendo uma justiça mais célere e acessível.

Da análise desenvolvida, ressalta a necessidade de uma legislação que facilite uma interação mais fluida e menos burocrática entre as instâncias arbitral e judicial, especialmente em momentos críticos do processo arbitral, em que a obtenção de prova se pode tornar um desafio insuperável sem o recurso ao *ius imperii* dos tribunais estaduais.

Ambicionamos colocar o tribunal arbitral no eixo principal de todo o procedimento, assegurando que o tribunal encarregue de dirimir o litígio esteja envolvido em todas as etapas, possuindo as condições mais favoráveis para proferir uma decisão esclarecida e completa. Nesse sentido, a proposta de alteração legislativa concentra-se em três eixos principais: (i) a possibilidade de o tribunal arbitral poder oficiosamente requerer a intervenção do tribunal estadual; (ii) a prova ser produzida perante si (ou, pelo menos, na sua presença); (iii) e a suspensão do processo arbitral durante a pendência do procedimento previsto no art. 38.º.

Deste modo, propomos a seguinte redação:

Artigo 38.º

Solicitação aos tribunais estaduais na obtenção de provas

1. Quando a prova a produzir dependa da vontade de uma das partes ou de terceiros e estes recusem a sua colaboração, uma parte, com a prévia autorização do tribunal arbitral, ou oficiosamente o tribunal arbitral, podem solicitar ao tribunal estadual competente que a prova seja produzida.

2. A produção de prova ocorre, na sequência de ordem emanada pelo tribunal estadual, perante o tribunal arbitral ou, quando não seja possível, perante o tribunal estadual devendo, caso seja possível, o tribunal arbitral assistir à mesma.

3. O prazo supletivo previsto no artigo 43.º, ou o prazo convencionado pelas partes para proferir sentença pelo tribunal arbitral, suspende-se desde a entrada do requerimento no tribunal judicial, até ao tribunal arbitral adquirir as provas solicitadas.

4. O disposto nos números anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, às solicitações de produção de prova que sejam dirigidas a um tribunal estadual português, no âmbito de arbitragens localizadas no estrangeiro.

Artigo 43.º

Prazo para proferir a sentença

(...)

2. Os prazos definidos de acordo com o n.º 1 podem ser livremente prorrogados por acordo das partes ou, em alternativa, por decisão do tribunal arbitral, por uma ou mais vezes, por sucessivos períodos de 12 meses, devendo tais prorrogações ser devidamente fundamentadas. Fica, porém, ressalvada a possibilidade de qualquer uma das partes, se opor à prorrogação.

(...)

Considerações finais

A investigação realizada evidencia que, apesar da arbitragem ser louvada pela sua flexibilidade, confidencialidade e eficiência, a sua eficácia pode ser comprometida pela incapacidade de compelir a produção de provas de terceiros ou partes recalcitrantes. Neste contexto, a intervenção dos tribunais estatais, prevista no art. 38.º, revela-se um mecanismo essencial para colmatar esta lacuna, garantindo assim que o processo arbitral não seja apenas autónomo, mas também justo e equitativo.

Esta investigação revelou que a interação entre a arbitragem e a intervenção judicial não compromete a autonomia da arbitragem; pelo contrário, atua como um instrumento complementar que garante a sua funcionalidade e legitimidade. A análise da legislação e da doutrina permitiu identificar, não apenas as potencialidades deste mecanismo, mas também as suas limitações e os desafios que suscita, particularmente no que respeita à necessidade de equilibrar a não intrusão nos princípios da arbitragem com a indispensabilidade de um suporte estadual, em determinadas fases do processo arbitral.

As propostas de alterações legislativas apresentadas visam clarificar o quadro legal, de modo a otimizar a cooperação entre as instâncias arbitral e judicial. Este aprimoramento normativo é essencial para assegurar que o recurso ao tribunal estadual ocorra de maneira eficiente e proporcional, evitando-se assim a judicialização excessiva da arbitragem, mas garantindo, simultaneamente, que nenhuma parte seja privada da oportunidade de provar a sua posição devido a limitações inerentes ao procedimento arbitral.

Conclui-se, portanto, que a interação entre a arbitragem e o poder judicial é indispensável para a eficácia do processo arbitral, enquanto meio alternativo de resolução de litígios. A complementaridade entre estas duas instâncias não diminui a importância da arbitragem no panorama jurídico atual; pelo contrário, reforça-a, ao assegurar que os processos arbitrais dispõem dos meios necessários para alcançar decisões justas e fundamentadas.

Este estudo contribui para um melhor entendimento da dinâmica entre a arbitragem e a intervenção judicial, evidenciando a importância de uma legislação clara e de mecanismos eficazes que promovam a justiça e a equidade. Resta esperar que as reflexões e sugestões apresentadas possam inspirar futuras investigações e contribuir para o desenvolvimento de uma arbitragem cada vez mais robusta e alinhada com os princípios de justiça que orientam o sistema jurídico português.

Referências bibliográficas

- ALFAIATE, F. (2009). A prova em arbitragem: Perspetiva de direito comparado. *In II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*. Coimbra: Almedina.
- ALMADA, M. O. de (2012). A assistência (aliás, a colaboração) dos tribunais estaduais em processos arbitrais – algumas propostas para reflexão. *In favor arbitratis*. *In V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*. Coimbra: Almedina.
- BARROCAS, M. P. (2011). *A prova no processo arbitral*. Coimbra: Almedina. Disponível em https://barrocas.pt/publ/A_Prova_no_Processo_Arbitral.pdf.
- BARROCAS, M. P. (2013). *Lei de Arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina.
- CABRAL, P. de A. (2023). Produção de prova na arbitragem e intervenção do Tribunal Estadual: Comentário ao cordão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de janeiro de 2022. *Revista de Direito Civil*, n.º 2.
- CARAMELO, A. S. (2013). Da condução do processo arbitral – Comentário aos arts. 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 2. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B73b5d36e-39cb-4e00-b828-e0e175b21ee0%7D.pdf>.
- CARVALHO, F. C. (2022). Os 10 anos de vigência da LAV: Perspetivas de futuro. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 18.
- CORDEIRO, A. M. (coord.) (2020). *Código Civil comentado. I – Parte geral*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2015). *Tratado da arbitragem: Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina.
- CORTEZ, F. (1992). A arbitragem voluntária em Portugal: Dos “ricos homens” aos tribunais privados. *O Direito*, n.º IV.
- FERNANDES, L. C. & PROENÇA, J. B. (coord.) (2014). *Comentário ao Código Civil: Parte geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- FREITAS, J. L. de (2017). *A ação declarativa comum: À luz do Código de Processo Civil de 2013*, 4.ª edição. Coimbra: Gestlegal.
- GERALDES, A. S. A. (2015). Assistência e cooperação dos tribunais judiciais aos Tribunais arbitrais, em especial na produção de prova. *In VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*. Coimbra: Almedina.
- GERALDES, A. S. A., PIMENTA, P. & SOUSA, L. F. P. (2023). *Código de Processo Civil anotado, Vol. I – Parte geral e processo de declaração (Artigos 1.º a 702.º)*, 3.ª edição. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, M., VALE, S. & DIAMVUTO, L. (2014). *Lei da Arbitragem comentada*. Luanda: Almedina.
- GOUVEIA, M. F. (2018). *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.ª edição. Coimbra: Almedina.
- GUEDES, A. C. (2013). Nótula sobre o preenchimento de lacunas da lei segundo o art. 10.º do Código Civil Português. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n.º 11. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/13218>.

- LIMA, P. & VARELA, J. (1987). *Código civil anotado*, vol. I, 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- MACEDO, J. (2015). Assistência dos tribunais estaduais na obtenção de prova em arbitragem internacional. In *VIII Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*. Coimbra: Almedina.
- MACHADO, J. B. (2017). *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina.
- MARQUES, J.P.R. (2011). *Ação declarativa à luz do Código revisto*, 3.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINS, A. A. (2022). *Fixação das regras processuais e exercício da função arbitral na arbitragem voluntária*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto. Coimbra: Almedina.
- MENDES, A. R. & MENDES, S. R. (2022). Crónica de jurisprudência. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. XVII. Coimbra: Almedina.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2020). *Constituição Portuguesa anotada*, vol. III, 2.^a edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MONTEIRO, P. P., SILVA, A. & MIRANTE, D. (2019). *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, A. P. P. (2017). *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto. Coimbra: Almedina.
- NÁPOLES, P. M. & COELHO, C. G. (2012). A arbitragem e os tribunais estaduais – alguns aspetos práticos. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Coimbra: Almedina.
- NÁPOLES, P. M. de (2010). As novas regras da IBA sobre produção de prova em arbitragem internacional. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, E. D. (2021). *Arbitragem voluntária: Uma introdução*. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, M. E. (coord.) (2014). *Lei da Arbitragem Voluntária comentada*. Coimbra: Almedina.
- PEREIRA, F. G. (2012). O estatuto do árbitro: algumas notas. In *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*. Coimbra: Almedina.
- RAMOS, B. (2015). Descoberta de prova na arbitragem: Em especial, a prova testemunhal, pericial e documental. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 4, pp. 29 a 67.
- RAPOSO, J. (2008). A intervenção do tribunal judicial na arbitragem. In *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*. Coimbra: Almedina.
- SANTOS, R. N. (2017). A obtenção de documentos em poder da parte contrária em processo arbitral. *O Direito*, n.º I. Coimbra: Almedina.
- SILVA, J. C. da (2008). Medidas cautelares decretadas em arbitragem: competências do Tribunal Arbitral e competências do Tribunal Judicial. In *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*. Coimbra: Almedina.
- SILVA, P. C. & REIS, N. T. (2019). *Efeitos lícitos da prova ilícita em processo estadual e arbitral*, 1.^a edição. Lisboa: AAFDL.

VICENTE, D. M. (coord.) (2023). *Lei da Arbitragem Voluntária anotada*, 6.^a edição. Coimbra: Almedina.

VIEIRA, M. A. (2016). A competência dos tribunais estaduais na arbitragem. Anotação ao artigo 59.º da Lei da Arbitragem Voluntária. *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, n.º 30/31.

XAVIER, R. L., FOLHADELA, I. & ANDRADE e CASTRO, G. (2018). *Elementos de Direito processual civil – Teoria geral, princípios, pressupostos*, 2.^a edição. Porto: Universidade Católica Editora.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 230/86, de 8 de julho de 1986 (Martins da Fonseca), proc. n.º 178/84, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 230/2013, de 24 de abril de 2013 (Carlos Fernandes Cadilha), proc. n.º 279/2013, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 543/2019, de 16 de outubro de 2019 (João Pedro Caupers), proc. n.º 392/18, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 2016 (Lopes Rego), proc. N.º 660/15.8YRLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de janeiro de 2022 (Jorge Leal), proc. n.º 22927/20.3T8LSB-B.L1-2, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de novembro de 2021 (Vera Antunes), proc. n.º 22927/20.3T8LSB-A.L1-6, disponível em <https://www.dgsi.pt>

O cash pooling

Desafios jurídico-societários

Joana Patrícia Duarte Fernandes

Sob a orientação do Professor
Doutor José Engrácia Antunes

Agradecimentos

Ao Senhor Professor Doutor José Engrácia Antunes, orientador da presente dissertação, pela disponibilidade, atenção e simpatia.

Aos meus pais, a quem devo tudo o que sou. Agradeço por todo o carinho e apoio, por respeitarem as minhas escolhas e por me permitirem sempre seguir os meus sonhos.

À minha tia Patrícia, por ser a irmã mais velha que nunca tive, pela paciência, carinho e por me fazer ver sempre o lado bom das coisas.

Aos meus avós, pelo amor e carinho, e pelas palavras de conforto nos momentos mais difíceis.

Aos meus amigos, pelo apoio, paciência e pela compreensão nos períodos de ausência.

Resumo

O presente estudo subordina-se à análise do contrato de *cash pooling*, especialmente no ordenamento jurídico português. Justifica-se o seu estudo pela crescente utilização destes sistemas, que visam primariamente uma otimização de uma gestão consolidada de tesouraria, no âmbito dos grupos de sociedades, evitando que estes recorram a modalidades de financiamento externo.

Com esta investigação pretende-se, sobretudo, demonstrar os principais motivos que levam à implementação destes acordos e as limitações que o nosso ordenamento jurídico, em particular, pode colocar aos mesmos.

Assim, pretendemos, numa primeira fase, fazer um enquadramento da temática dos grupos de sociedades no ordenamento jurídico português, assim como as modalidades de financiamento existentes. Numa segunda fase, pretendemos fazer uma apresentação da figura do *cash pooling* e das suas modalidades, bem como as vantagens e riscos inerentes à sua utilização. Visamos, ainda, fazer uma breve indagação acerca da qualificação jurídica deste tipo de contrato. Por fim, pretendemos fazer uma análise aos vários problemas jurídico-societários que podem surgir com a implementação e utilização deste tipo de sistema de gestão centralizada de tesouraria.

Palavras-chave: *cash pooling*; grupos de sociedades; gestão centralizada de tesouraria; direção unitária.

Abstract

The present study is devoted to the analysis of the *cash pooling* contract, especially within the Portuguese legal system. Its examination is justified by the increasing use of these systems, which primarily aim to optimize consolidated treasure management within groups of companies, thereby avoiding the need for external financing modalities. This research aims primarily to demonstrate the main reasons for the implementation of these agreements and the limitations that our legal system may impose on them.

Thus, we intend, in the first phase, to provide a framework for the topic of group companies within the Portuguese legal system, as well as the existing financing modalities. In the second phase, we intend to present the concept of *cash pooling* and its variants, as well as the advantages and risks inherent in its use. Additionally, we aim to briefly inquire about the legal qualification of this type of contract. Finally, we aim to analyse the various legal and corporate problems that may arise with the implementation and use of this type of centralized treasury management system.

Keywords: *cash pooling*; groups of companies; centralized treasure management; unified direction of societies.

Lista de siglas e abreviaturas

Aktg	Aktiengesetz
Al.	Alínea
Art./Arts.	Artigo /Artigos
BGH	Bundesgerichtshofs
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
Cfr.	Conforme
CIRE	Código da Insolvência e Recuperação de Empresas
Consult.	Consultado
Coord.	Coordenação
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL.	Decreto-Lei
Ed.	Edição
I.e.	Isto é
MoMiG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
N. °	Número
Op. cit.	Obra Citada
P./pp.	Página/ Páginas
RDC	Revista Direito Civil
RDS	Revista Direito das Sociedades
RDТА	Revista Direito Tributário Atual
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RSDE	Revista Semestral de Direito Empresarial
Ss.	Seguintes
Vol.	Volume

Índice

Introdução	7
1. A empresa plurissocietária no ordenamento jurídico português	8
2. O financiamento da empresa plurissocietária	12
2.1. Aspectos gerais: <i>Equity finance</i> versus <i>debt finance</i>	12
2.2. Empréstimos intragrupo e <i>cash management</i>	13
3. O <i>cash pooling</i> enquanto mecanismo de financiamento da empresa plurissocietária	15
3.1. Noção e modalidades	15
3.2. Vantagens e riscos	17
3.3. Distinção de figuras afins	18
3.4. Qualificação jurídica do contrato	19
4. O regime jurídico-societário do <i>cash pooling</i>	24
4.1. A compatibilidade dos empréstimos intragrupo com o direito bancário português	24
4.2. A conservação do capital social e os empréstimos <i>upstream</i>	26
4.2.1. A experiência alemã e a decisão “November”	27
4.2.2. Breves considerações sobre o critério “ <i>on an arm’s length</i> ”	29
4.2.3. Considerações em torno do ordenamento jurídico português	30
4.3. A compatibilidade do <i>cash pooling</i> com o exercício do poder de direção da sociedade-mãe	31
4.3.1. O poder de emitir instruções vinculantes	32
4.3.2. O interesse do grupo	32
4.3.3. As transferências patrimoniais	34
4.3.4. A compatibilização do preceito com o acordo de <i>cash pooling</i>	36
4.3.5. A problemática no âmbito dos grupos de facto	37
Conclusão	40
Referências bibliográficas	42

Introdução

Uma gestão financeira eficaz é verdadeiramente crucial para assegurar a sustentabilidade e a competitividade dos agentes económicos num contexto cada vez mais marcado pelo fenómeno da globalização. Das várias estratégias existentes para a otimização de uma gestão de tesouraria, destaca-se a figura do *cash pooling*.

Os sistemas de *cash pooling* são uma espécie de acordo de centralização de tesouraria, através do qual várias sociedades acordam numa convergência da liquidez numa só conta, comum a todas. O modo de concentração dos fluxos pode ser realizado de uma forma meramente virtual ou, pelo contrário, física; tudo irá depender da modalidade de *cash pooling* pré-definida. Trata-se, por isso, de uma figura amplamente utilizada no âmbito de um grupo societário, precisamente para gerir conjuntamente a liquidez das diversas sociedades integrantes, visando a maximização e eficiência dos recursos financeiros disponíveis.

A verdade é que, embora a implementação destes acordos traga vantagens verdadeiramente significativas, com estes também surgem alguns problemas jurídico-societários que importam ser esclarecidos e resolvidos. Pese embora os problemas que visamos analisar com mais cuidado serem de cariz societário, será importante salientar que estes acordos também suscitam várias questões a nível do direito fiscal e sobretudo do direito da insolvência.

Os problemas jurídico-societários que nos propomos a analisar surgem fundamentalmente relacionados com a conservação do capital social exigido pelo nosso Código das Sociedades Comerciais, com o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras no que toca à admissão deste tipo de mecanismos e a sua compatibilização com o nosso direito bancário, e, por fim, mas não menos importante, com a condução da direção unitária e emissão de instruções vinculantes, onde se pretende precisamente perceber se será viável uma imposição às sociedades-filhas, por parte da sociedade-mãe, da participação num acordo de *cash pooling*.

Com este trabalho pretendemos, por isso, dar uma elucidação acerca da figura do *cash pooling*, nomeadamente as suas modalidades, vantagens e riscos a esta inerentes, fazer uma breve indagação acerca da sua qualificação jurídica e, por fim, proceder a uma análise mais cuidada e detalhada acerca de alguns dos problemas jurídico-societários suscitados por esta figura.

Deixamos apenas as seguintes notas: ao longo do trabalho, foram consultados e utilizados como referência trabalhos em língua estrangeira, cuja tradução ficou ao nosso cargo e pela qual nos responsabilizamos; e, no decurso da dissertação, recorreremos aos termos “sociedade-mãe” e “sociedades-filhas” com o intuito de simplificar a exposição e leitura; importa, contudo, esclarecer que, no âmbito dos grupos de direito, quando nos

referimos às primeiras, estamos a designar as sociedades diretoras ou totalmente dominantes e, por outro lado, quando nos referimos às segundas pretendemos designar as sociedades subordinadas ou totalmente dominadas.

1. A empresa plurissocietária no ordenamento jurídico português

São essencialmente duas as aceções que os grupos de sociedades podem tomar no nosso ordenamento jurídico.

Temos, por um lado, uma aceção no sentido estrito ou próprio, definida como o “conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respetivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção económica unitária e comum”.¹ Pode, por isso, dizer-se que os elementos definidores deste conceito se reduzem essencialmente a dois: por um lado, a independência jurídica, e por outro, a dependência económica. A independência jurídica materializa-se fundamentalmente numa conservação da personalidade jurídica própria, o que implicará, consequentemente, a manutenção de uma autonomia patrimonial e organizativa. A dependência económica reflete-se, sobretudo, numa necessidade, de maior ou menor grau, de seguir uma estratégia e interesse económico comum, normalmente definido pela sociedade-mãe do respetivo grupo. Tal como nos ensina Engrácia Antunes, “tal direção económica unitária reflete-se na existência de uma estratégia ou política económica geral do grupo”.²

Já numa aceção mais ampla ou lata, os grupos de sociedades fazem essencialmente referência ao fenómeno de controlo intersocietário e, também, às relações de coligação estabelecidas entre as sociedades.³

No ordenamento jurídico português, faz-se uma designação algo genérica de “Sociedades Coligadas” quando se pretende fazer referência aos quatro tipos de relação de coligação intersocietária previstos por lei. Assim, no Título VI do CSC, encontram-se plasmadas as relações de participação simples e recíprocas (art. 483.º e ss.), as relações de domínio (art. 486.º e ss.) e, por fim, as relações de grupo (art. 488.º e ss.).⁴

Existirá, por isso “uma coligação jurídico-societariamente relevante” sempre que entre dois ou mais entes societários que se configurem como uma sociedade anónima, por quotas ou em comandita por ações, e tendo a sua sede estabelecida em Portugal, se

¹ Antunes, 2002, p. 52.

² *Ibidem*, p. 55. O autor alerta que é precisamente este elemento de unidade de direção económica que permite distinguir a relação de grupo de outras formas do fenómeno do controlo intersocietário, nomeadamente a relação de domínio. Cfr. nota de rodapé nº 51.

³ *Ibidem*, p. 53.

⁴ Engrácia Antunes, a este propósito, alerta que no sistema jurídico-positivo português, o conceito de “grupo de sociedades” aparece quase exclusivamente circunscrito à realidade de uma das modalidades de coligação intersocietária, a chamada “relação de grupo”, “sendo a regulação geral desse fenómeno condensada sob a égide da designação genérica “coligação de sociedades”. Cfr. Antunes, 2002, p. 278, nota de rodapé nº 578.

estabeleça uma relação que preencha um dos tipos de relação intersocietária previstos na lei.⁵

A relação de simples participação, prevista no art. 483.º CSC, sucede quando a sociedade participante é titular, direta ou indiretamente, de participações sociais da sociedade participada em montante igual ou superior a 10% do capital desta, não coexistindo qualquer outro tipo de relação de coligação societária entre estas.

A relação de participações recíprocas, prevista no art. 485.º CSC, sucede quando uma sociedade é titular de uma participação social igual ou superior a 10% do capital de outra sociedade, sendo que esta última, simultaneamente, detém uma participação social igual ou superior a 10% na primeira.

Já a relação de domínio, prevista nos arts. 486.º e 487.º CSC, dá-se quando uma sociedade (dominante) pode exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante sobre a outra sociedade (dominada). Para auxiliar na interpretação do que poderá consistir numa “influência dominante”, o legislador estabeleceu um conjunto taxativo de presunções legais da existência deste tipo de influência.

Por fim, surgem as relações de grupo (arts. 488.º a 508.º-E CSC), onde o legislador enumerou taxativamente os instrumentos jurídicos aptos a constituir estes grupos, designadamente o contrato de subordinação, o contrato de grupo paritário e o domínio total. O regime a estes associados prende-se, essencialmente, com o reconhecimento de um poder de direção a favor da sociedade-mãe a exercer sobre as sociedades-filhas e, simultaneamente, na previsão de um regime de tutela para as sociedades-filhas (para a própria sociedade, sócios minoritários e credores sociais).

Quanto a estes últimos, importa desenvolver a disciplina que, no nosso entendimento, acautela todas as partes da relação. Por um lado, permite-se à sociedade-mãe a emissão de instruções vinculantes, ainda que desvantajosas ou prejudiciais, às administrações das sociedades-filhas. Por outro lado, é previsto um regime que confere direitos especiais aos sócios minoritários das sociedades-filhas, e consagra-se, igualmente, uma responsabilidade do grupo pelas perdas anuais e pelas dívidas sociais das sociedades-filhas.

Partilhamos da opinião de Engrácia Antunes quando o autor refere que se há uma facilidade na classificação de sociedades comerciais, o mesmo já não sucede quando se tenta proceder a uma classificação dos vários tipos de grupos de sociedades existentes.⁶ Nas palavras do autor, “são as necessidades económicas e a imaginação do empresário que determinam a tipologia grupal, não as categorias legais que verdadeiramente balizam a escolha económica daquele”.⁷

⁵ *Ibidem*, p. 279.

⁶ Antunes, 2002, p. 72.

⁷ *Ibidem*.

Uma primeira e quiçá mais relevante classificação dos grupos de sociedades será a de grupos de direito e grupos de facto. Ora, o critério subjacente a esta distinção prende-se com a existência ou não de um instrumento jurídico por detrás da constituição do grupo, bem como a consequente aplicação ou não de um regime legal próprio.

Grupos de direito serão aqueles que na sua origem utilizem um dos instrumentos legais taxativamente previstos na lei (CSC) – sendo estes o domínio total (arts. 488.º e 489.º), o contrato de grupo paritário (art. 492.º) e o contrato de subordinação (art. 493.º). Consequência disso será, por conseguinte, a adesão a um regime legal muito próprio que é verdadeiramente derogador dos princípios basilares do direito societário.

O regime associado a estes instrumentos é verdadeiramente refletor da expressão “dois lados da mesma moeda”, ou seja, este regime, por um lado, legitima o exercício de um poder de direção da sociedade-mãe sobre as sociedades-filhas e, consequentemente, a subordinação destas últimas ao interesse geral do grupo, mas, por outro lado, garante um conjunto de medidas de proteção destas últimas, dos seus sócios minoritários e, também, dos seus credores sociais.

Já os grupos de facto, podem ser definidos negativamente como sendo os grupos em que o poder de direção detido e, porventura, exercido pela sociedade-mãe sobre as sociedades-filhas tem a sua origem num outro instrumento, não previsto na lei, e ao qual esta não faz associar um regime jurídico próprio ou especial.⁸ Engrácia Antunes acrescenta que, nestes casos, estamos na presença de um mero poder de facto, que estará sempre sujeito e balizado pelos cânones gerais do direito das sociedades.⁹

Quanto a estes últimos, Ana Perestrelo de Oliveira, considera que são verdadeiramente ignorados no ordenamento jurídico português. A autora afirma que o nosso legislador adotou uma posição exageradamente radical, sem razão, acerca da ilicitude dos mesmos. Chega mesmo a afirmar que “os grupos de facto são encarados como algo negativo e a evitar, quando é certo que o grupo pode favorecer a eficiência operativa e constitui realidade natural e fisiológica”.¹⁰

⁸ *Ibidem*, p. 73.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 70.

2. O financiamento da empresa plurissocietária

2.1. Aspetos gerais: *Equity finance versus debt finance*

O financiamento é verdadeiramente crucial para as empresas (*rectius* sociedades)¹¹, seja para finalidades de investimento e expansão, ou até mesmo para a condução das suas operações a curto prazo.¹² Enquanto algumas dependem principalmente de recursos internos para se financiarem, outras contam sobretudo com fontes externas para essa mesma finalidade.

Podem, desde logo, recorrer a um financiamento através de capitais próprios – *equity finance* – ou, por outro lado, recorrer a um financiamento através de capitais alheios – *debt finance*.

Como nos ensina Ana Perestrelo de Oliveira, “por capitais próprios entende-se os meios de financiamento que têm origem nos detentores do capital social e que, nessa medida, apresentam carácter definitivo”.¹³ Nestes, podem considerar-se as entradas, as prestações suplementares e acessórias e, até mesmo, as reservas.¹⁴

Por outro lado, os capitais alheios são meios financeiros que constam do passivo da sociedade, e que são colocados à disposição desta por terceiros, de forma onerosa e temporária, e que, por não estarem associados à proteção do capital, têm prioridade de pagamento face aos que compõem o capital próprio.¹⁵ Aqui, as sociedades têm a possibilidade de atrair financiamento por meio de dívida, seja junto de investidores através de emissão de obrigações, seja junto de instituições bancárias através da obtenção de empréstimos.¹⁶

Contudo, para as sociedades que integram um determinado grupo jurídico, a panóplia de formas de financiamento acaba por ser, de certa forma, distinta. A verdadeira novidade prender-se-á com a modalidade de financiamento interno. Aqui, como refere Paulo Olavo Cunha¹⁷, o financiamento

pode ser feito pontualmente, através de empréstimos diretos entre sociedades do Grupo, ou em permanência com base em contas correntes bancárias detidas pelas sociedades que integram o grupo e pelos saldos (positivos) dessas contas que fluem para as contas deficitárias, assegurando, assim, que só se recorre a crédito externo em última instância.

¹¹ Como afirma Paulo de Tarso Domingues, “Não há sociedade sem financiamento!”, acrescentando que as necessidades de financiamento podem ser de maior ou menor grau e que não são necessariamente de natureza pecuniária. Cfr. Domingues, 2022, p. 15.

¹² Barbosa & Pinho, 2016.

¹³ Perestrelo de Oliveira, 2023, p. 39.

¹⁴ Sobre o tema, ver, entre outros, Antunes, 2008, pp. 93-116.

¹⁵ Vilas Boas, 2021, p. 63.

¹⁶ Perestrelo de Oliveira, 2023, p. 123.

¹⁷ Cunha, 2015, p. 349.

2.2. Empréstimos intragrupo e *cash management*

Num contexto grupal, há uma preferência evidente não pelo financiamento independente, mas sim por adiantamentos financeiros ou garantias prestadas por sociedades pertencentes a esse mesmo grupo.¹⁸

Como nos ensina Paulo Olavo Cunha, “podemos reconduzir ao conceito de empréstimos intragrupo todas as formas de financiamento que estejam ao dispor de uma sociedade no contexto do grupo jurídico que integra”.¹⁹

Assim, é cada vez mais comum nas relações internas dos grupos de sociedades, a implementação e concretização de mecanismos que acabem por centralizar a gestão de tesouraria destes grupos económicos numa única realidade.²⁰

Gestão de tesouraria ou *cash management* consiste na gestão da liquidez da empresa (*rectius* sociedade), utilizando soluções que visam uma maximização do fluxo de caixa e, simultaneamente, uma diminuição dos custos operacionais. Contudo, não se limita a isto, abrangendo, igualmente, tarefas de índole mais estratégica, tal como a gestão de excedentes de tesouraria e eventuais défices, bem como a gestão do risco financeiro.²¹

O recurso a este tipo de mecanismos, que aumentam significativamente a competitividade dos agentes económicos, torna-se uma verdadeira inevitabilidade nos dias de hoje, pelo que dentro das várias formas de *cash management* existentes, tem tido particular relevância o mecanismo ou o contrato de *cash pooling*.

Contudo, e antes de abordar o conceito e definição de *cash pooling*, urge, em primeira instância, perceber um outro conceito: o *cash flow*. O *cash flow* ou fluxo de caixa pode definir-se como a diferença entre as entradas e saídas de dinheiro numa sociedade num determinado período. Trata-se de um fator muito relevante, uma vez que permite às sociedades obter uma previsão da solvabilidade e do risco de crédito.²²

Uma vez que qualquer sociedade está sujeita à existência destes fluxos, sejam eles de pagamento ou receção, é crucial fazer uma escolha ponderada de entre os instrumentos e técnicas de gestão de fluxos financeiros a que estas podem recorrer para alcançar os objetivos primordiais: a liquidez e rentabilidade.

¹⁸ Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 16.

¹⁹ Cunha, 2015, p. 350. O autor ressalva, a este propósito, que “é precisamente o conceito de grupo em sentido técnico-jurídico que delimita o conceito de empréstimo intragrupo”.

²⁰ Oliveira, 2023, p. 20.

²¹ Rodrigues, 2017, p. 4.

²² É importante notar que quando se faz referência a uma hipótese de “problemas de tesouraria”, isso está diretamente relacionado com a situação tensa em que se encontram os fluxos de caixa: assim, associa-se a uma situação em que a saída de dinheiro é mais rápida ou imediata do que a entrada do mesmo. Cfr. Jacquinet, 2019.

Como João Rodrigues refere, o *cash pooling* pode ser a resposta para uma “otimização dos *cash flows*, seja na sua vertente de gestão de fluxos financeiros propriamente dita, seja na gestão das contas bancárias, ou até mesmo na gestão do chamado capital de exploração”.²³

²³ Rodrigues, 2017, p. 7.

3. O *cash pooling* enquanto mecanismo de financiamento da empresa plurissocietária

3.1. Noção e modalidades

O *cash pooling*²⁴ é, no fundo, um sistema de gestão centralizada de tesouraria, no âmbito das relações intragrupo, que consiste na consolidação dos saldos das diversas sociedades, sejam estes saldos credores ou devedores, num único saldo, junto de uma certa instituição de crédito.^{25 26}

Este tipo de contrato acaba por maximizar as disponibilidades do grupo, sem que se recorra à via do financiamento bancário, mas se opte, antes, por um “mecanismo de compensação entre os excessos e as necessidades de tesouraria dentro desse mesmo grupo”.²⁷ Da mesma forma, Paulo Olavo Cunha refere que a ideia subjacente é de que “as disponibilidades líquidas de um grupo no seu todo e das suas diversas sociedades participantes individualmente possam ser geridas conjuntamente de forma integrada, permitindo ao grupo beneficiar do saldo médio das diversas contas bancárias das suas sociedades”.²⁸

De uma perspetiva jurídica, podem ser consideradas duas modalidades de *cash pooling*: o *notional cash pooling* ou *virtual cash pooling* e o *zero balancing cash pooling* ou *cash concentration*. De uma perspetiva mais económica, poderá, ainda, falar-se numa outra: o *target balancing*.²⁹

Temos, por um lado, o *notional cash pooling* (ou *virtual cash pooling*). Como o próprio nome indica, aqui não se verifica uma transferência real e material dos fundos para a conta principal; produz-se, sim, um “mero acerto ou consolidação de contas intragrupo”³⁰. Assim, o saldo agregado é estabelecido sem que exista uma transferência física dos fundos. Com efeito, calcula-se um saldo virtual, por conglomeração dos saldos das várias contas bancárias, tornando-se num saldo único consolidado e, consequentemente, para o apuramento dos juros credores e devedores, apenas será

²⁴ Ou “acordo de compensação financeira interempresarial de gestão centralizada e integrada de tesouraria (de curto prazo)”. Cfr. Cunha, 2022, p. 979.

²⁵ Oliveira, 2023, p. 22.

²⁶ Os intervenientes são usualmente apelidados de *poolers* (sendo a entidade centralizadora, e que possui a conta maestra) e *pool participants* (sendo estas as subordinadas).

²⁷ Ribeiro, 2016, p. 1.

²⁸ Cunha, 2015, p. 352.

²⁹ É, ainda, possível falar-se em submodalidades. Pode pensar-se a este respeito em dois exemplos claros: o *multicurrency cash pooling* e o *cross-border cash pooling*. O *cross-border cash pooling* trata-se de uma figura que, para além de permitir a transferência de fundos de e para a conta central envolvendo contas localizadas em diferentes jurisdições, permite igualmente a transferência em diferentes moedas. No *multicurrency cash pooling*, os saldos das contas bancárias em diferentes moedas estrangeiras são alvo de câmbio para uma moeda pré-acordada, sendo esta a referência para os cálculos da taxa de juros. Cfr. Colangelo, 2016. Ver mais em Cezki & Drozd, 2019, pp. 137-150.

³⁰ Oliveira, 2023, p. 25.

relevante o saldo líquido do grupo.³¹ Nesta modalidade, como explica José Eduardo Oliveira, “as entidades que apresentam saldos credores positivos “cedem” juros àquelas que apresentam saldos devedores ou negativos, uma vez que o banco corrige os juros em função do saldo bancário global”.³² Por conseguinte, as sociedades participantes que, *a priori*, tinham estabelecido uma relação de índole contratual com o banco, mantêm a titularidade das suas contas bancárias, mas agora contratam com este a consolidação de saldos para efeitos de cálculo de juros.³³

Por outro lado, pode falar-se no *zero balancing cash pooling* ou *cash concentration* (ou *cash pooling* real). Aqui, já se verifica uma transferência real e material dos fundos das contas das subordinadas para a conta principal/centralizadora (*master account*). Nesta modalidade, “procede-se diariamente a uma efetiva transferência “física” de fundos das “sub-contas” (*junior accounts*) das diversas sociedades para uma única conta bancária (*master account*)”³⁴ onde é apurado um saldo único, ao qual será debitado ou creditado juros. Assim, as contas bancárias de todas as sociedades participantes devem, ao final do dia, apresentar um saldo de zero quando finalizadas as transferências – daí a denominação de “*zero balancing*”. Como destaca Monica Fuentes, nesta modalidade, a sociedade *pooler* desempenha um papel verdadeiramente protagonista no que toca às necessidades de financiamento das sociedades participantes, “comportando-se como uma espécie de linha de crédito à disposição de todos os membros do grupo”.^{35 36}

Importa fazer ainda referência à modalidade de *target balancing*. Neste caso, é definido um limiar (positivo) e quando os saldos das contas individuais excedem esse limite, o valor acima do mesmo é transferido para a conta *master*. No plano inverso, a liquidez será transferida da *master account* para as contas individuais quando os seus saldos se encontram abaixo do limiar previamente definido.

Assim, podem ocorrer, mediante a utilização destes tipos de sistemas, fluxos *upstream*, ou seja, fluxos ascendentes de liquidez das sociedades subsidiárias para a *master account*, ou, num plano inverso, fluxos *downstream*, isto é, fluxos descendentes de liquidez da *master account* para as subsidiárias. Os primeiros são seguramente alvo de maior controvérsia ao nível do direito societário, como veremos mais à frente.³⁷

³¹ Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 174.

³² Oliveira, 2023, p. 26.

³³ Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 174.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Naharro, 2014, p. 98.

³⁶ Consultar modo de funcionamento de ambas as modalidades nos anexos da presente dissertação.

³⁷ Também a modalidade de *cash concentration* se afigura mais problemática a esse nível.

3.2. Vantagens e riscos

As vantagens inerentes à utilização destes sistemas são inúmeras e, essencialmente, de natureza económica. Pensa-se, desde logo, na otimização da liquidez no seio do grupo e na facilidade de transferências de capital com elevada frequência. Mas as vantagens ou oportunidades que este tipo de sistema providencia não se reduzem a isto.

Com o recurso a este tipo de acordos é possível obter-se economias de escala. Alguns autores, destacam que há um aumento da produtividade devido à centralização das atividades de tesouraria e tecnologia, na medida em que não se verifica a necessidade de gerir múltiplas contas bancárias, podendo fazer-se tudo através de apenas uma, o que permite o acesso a custos de transação mais baixos e poupança de juros.³⁸

Facilmente se depreende que estes sistemas reduzem, em grande medida, os custos do recurso ao crédito bancário. Paralelamente a isso, previne-se o desequilíbrio financeiro no seio do grupo, uma vez que se evita a presença de sociedades com excesso de liquidez (*cash positive*) e de outras com falta de liquidez (*cash negative*), e consequentemente a necessidade de estas últimas se verem obrigadas a recorrer ao crédito bancário.³⁹

O CAAD, numa decisão arbitral que remonta a 2019, enuncia que os benefícios com a implementação destes sistemas “são ganhos de valor, de economia e eficiência da gestão centralizada, com a consequente libertação de recursos para outras atividades do Grupo e o reforço da capacidade negocial dos membros do Grupo perante os demais agentes económicos e, em especial, perante a Banca”.⁴⁰

Já no que aos riscos diz respeito, é perceptível que o recurso a sistemas deste tipo, onde apenas uma entidade “assume as rédeas” da gestão do grupo, as empresas participadas acabem por possuir menos autonomia e, paralelamente, um relacionamento mais distante com a gestão de tesouraria.

Os riscos fazem-se sentir sobretudo a nível da sociedade, dos sócios minoritários e dos credores externos, como realça Ana Perestrelo de Oliveira.⁴¹ A autora refere, ainda, que a ocorrência de transferências diárias (no caso de *cash concentration*) acaba por privar as subsidiárias participantes de meios líquidos. Simultaneamente, dá-se uma partilha de risco da liquidez entre as sociedades participantes, o que pode evidentemente colocar em causa a sua independência financeira.

³⁸ Gallanis, 2010. No mesmo sentido, Haller & Chand, 2019, p. 350.

³⁹ Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 175.

⁴⁰ Acórdão do Centro de Arbitragem Administrativa, Processo n.º 277/2018-T, de 11/02/2019, árbitro presidente: Fernanda Maças.

⁴¹ Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 175.

João Rodrigues afirma que os dois potenciais riscos mais significativos são, por um lado, existir uma sociedade que, devido à sua insuficiência de capital ou liquidez acabe por sobreviver repetidamente à custa das injeções de liquidez da sociedade *pooler*, mantendo-se assim uma “situação de descapitalização contínua”, e, por outro lado, “o uso anômalo” do *cash pooling*, que pode levar a que se verifique uma situação de “depauperação de uma sociedade a favor de outra, levando isto a uma espécie de *“bancarotta preferenziale”*”.⁴²

Já no que diz respeito às instituições bancárias, o serviço de *cash pooling* também se afigura benéfico para estas, apesar de verificarem um declínio das margens de juro e, consequentemente, do lucro atingível. Em contrapartida, surge uma cooperação muito mais estreita e vincada entre o banco e o grupo de sociedades. Para além disso, permite ao banco fidelizar um grande cliente, composto por várias entidades, onde para além do serviço de *cash pooling*, poderá oferecer e contratualizar produtos ou serviços adicionais. Como facilmente se pode depreender, um grande grupo de sociedades, à partida, gera grandes volumes de negócios que permitem aos bancos acesso a oportunidades de ganhar dinheiro com as comissões inerentes a essas transações.⁴³

3.3. Distinção de figuras afins

Como bem relembra José Eduardo Oliveira⁴⁴, o *cash pooling* é um instrumento de gestão centralizada de tesouraria, mas não é exclusivo. Assim, torna-se imperativo distinguir este sistema de outros com quem partilha inúmeras semelhanças. Apesar de o autor apontar várias figuras que compartilham algumas características semelhantes com o acordo de *cash pooling*, nomeadamente o *matching*, a convenção de atribuição de lucros e a assistência financeira, a que se torna verdadeiramente relevante e que pode ser mais facilmente confundida com o *cash pooling* é a figura do *netting*.

O *netting* vem definido na Diretiva 98/26/CE, no art. 2.k., como “a conversão dos créditos e obrigações decorrentes de ordens de transferência que um ou mais participantes emitem a favor de outro ou outros participantes, ou que dele ou deles recebem, num único crédito (líquido ou numa única obrigação líquida, de forma que apenas será exigível esse crédito líquido ou devida essa obrigação líquida)”. Como refere Monica Fuentes, trata-se simplesmente de uma compensação dos fluxos financeiros conexos à atividade mantida entre as sociedades do grupo.⁴⁵

É, por isso, evidente que esta figura se distingue do *cash pooling*, sobretudo na modalidade de *cash concentration*. O *netting*, *stricto sensu*, apenas terá como tarefa

⁴² Rodrigues, 2017, p. 32.

⁴³ Poskart, 2011, p. 8.

⁴⁴ Oliveira, 2023, p. 28.

⁴⁵ Naharro, 2014, p. 101.

levar a cabo uma compensação de créditos e dívidas recíprocas entre as diferentes sociedades do grupo. Esta figura permite gerar um contínuo acompanhamento dos fluxos das sociedades participantes, espelhando as suas posições financeiras.⁴⁶

Assim, é importante notar que o *netting* constitui uma outra forma possível de *cash management*, pelo que pode, ou não, estar associada ao *cash pooling*.⁴⁷ É, contudo, prática comum que todo o sistema de *cash pooling* que pretenda uma gestão eficiente de liquidez e financiamento intragrupo, recorra, também, ao mecanismo de *netting*.

Pode, por isso, concluir-se que no *cash pooling* há uma verdadeira gestão dos diversos estados de liquidez das participantes no *pool*, enquanto no *netting* existe meramente uma compensação de créditos e dívidas recíprocas no âmbito do grupo.

3.4. Qualificação jurídica do contrato

Foram vários os autores que se debruçaram sobre a temática da determinação da natureza jurídica do acordo de *cash pooling* e todos destacam as dificuldades que o tema levanta. As opiniões resultantes acabam por ser muito pouco unânimes, excetuando num ponto, como realça Monica Fuentes: “trata-se de um contrato atípico enquanto não estiver regulamentado positivamente e a sua recondução a uma única categoria contratual típica for inadequada”.⁴⁸ No mesmo sentido, Ana Perestrelo de Oliveira refere que se trata de um “contrato socialmente típico, ainda que legalmente atípico”.^{49 50}

Apesar de tudo, trata-se verdadeiramente de um contrato. Como refere Engrácia Antunes, “os contratos consubstanciam o mais relevante instrumento de criação e regulação das relações jurídicas pertinentes à atividade empresarial”, referindo, ainda, que as mais proeminentes figuras contratuais atuais estão intrinsecamente ligadas ao exercício de atividades empresariais.⁵¹

Ora, não será, de todo ousado afirmar-se que o contrato de *cash pooling* é de natureza mista⁵², uma vez que a complexidade e heterogeneidade das relações que engloba permite-nos chegar à conclusão de que resulta de vários contratos que, em grande parte, se encontram tipificados.⁵³ Contratos estes que são maioritariamente de

⁴⁶ *Ibidem*. Na mesma obra, a autora explica o modo de funcionamento do *netting*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 102.

⁴⁸ Naharro, 2014, p. 103.

⁴⁹ Perestrelo de Oliveira, 2023, p. 281.

⁵⁰ Pais de Vasconcelos refere que o juízo de correspondência de um contrato a algum tipo é gradual e poderá ser de maior ou menor correspondência. E será precisamente desta maior ou menor correspondência que se conclui da maior ou menor tipicidade. Cfr. Vasconcelos, 2009, p. 211.

⁵¹ Antunes, 2009, p. 20.

⁵² Em grande parte dos casos, os contratos atípicos não são puros, isto é, são construídos recorrendo a “um ou mais tipos que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes” – estes são os contratos mistos. Cfr. Vasconcelos, 2009, p. 217.

⁵³ Naharro, 2014, p. 103.

natureza bancária, tratando-se o contrato de *cash pooling* de uma “evolução da interligação ou consolidação de diversos contratos bancários”.⁵⁴

Com efeito, o contrato de *cash pooling* inclui elementos de vários contratos, típicos e atípicos, que também variam conforme a relação em causa. Assim, é, desde logo, imperativo perceber que existem dois tipos de relações em consideração, o que acaba, também, por definir os limites subjetivos do contrato. Dada a bilateralidade da sua configuração, o contrato pode ser perspectivado de duas formas: internamente ou externamente. Numa perspetiva mais interna, verificam-se as relações jurídicas existentes entre as sociedades pertencentes ao grupo. Já na externa, verificam-se as relações entre essas mesmas sociedades (ou apenas a *pooler*) e a instituição financeira.

Numa perspetiva interna, procede-se à celebração de um contrato (- quadro)⁵⁵ de gestão centralizada de tesouraria, onde se podem identificar elementos típicos de vários contratos, entre os quais: o mandato comercial, o empréstimo comercial, o de conta corrente e o depósito irregular.⁵⁶

Ainda neste plano, o mandato ocupará, sem dúvida, o lugar mais preponderante na estrutura do acordo.⁵⁷ Ora, o mandato comercial trata-se do contrato “pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos comerciais por conta da outra”.⁵⁸ Isto verifica-se na medida em que se conferem poderes à *pooler* para, em nome e por conta das outras sociedades (subordinadas), proceder à correção e equilíbrio dos saldos das contas, através de *downstream* e/ou *upstream loans*. Como refere Ana Perestrelo de Oliveira, neste caso, “a relação jurídica estabelece-se necessariamente entre entidades devedoras e credoras do capital e juros, ou seja, diretamente entre sociedades participantes e participante e entidade centralizadora”⁵⁹, sem intermediação da instituição de crédito (embora os fundos nela estejam depositados).

Assim, em primeiro lugar, será estabelecido um acordo entre as sociedades participantes, onde se incluirá a entidade centralizadora, onde ficará definido:

- i) As sociedades participantes e a entidade centralizadora;
- ii) As regras e o modo de gestão de tesouraria, a acordar com as instituições de crédito, nomeadamente determinar qual a modalidade de *cash pooling* a recorrer: *notional* ou *zero balancing cash pooling*;

⁵⁴ Cunha, 2015, p. 353.

⁵⁵ Importa, quanto a este aspeto, referir que um contrato quadro se trata de um “acordo preparatório que estabelece a matriz ideal de todas as transações realizadas ao abrigo do acordo, fornecendo as bases em que devem assentar os negócios após a assinatura do contrato, limitando-se as sociedades-dominadas a aderir ao clausulado negociado”. Cfr. Sousa, 2019, p. 384. No mesmo sentido, Almeida, 2011, p. 60.

⁵⁶ Oliveira, 2023, pp. 42-44.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁸ Antunes, 2009, p. 363.

⁵⁹ Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 176.

iii) A efetiva cobertura das necessidades grupais, a ocorrer através de transferências desencadeadas pela entidade centralizadora (*pooler*);

iv) E ainda a possibilidade de convencionar-se, se assim for a vontade das entidades, a responsabilidade da entidade gestora pela negociação e aplicação dos excedentes do grupo.⁶⁰

Já num plano mais externo, e agora numa relação com a instituição financeira, será celebrado entre esta e as sociedades do grupo (ou apenas com a *pooler*), um contrato (-quadro) de gestão centralizada de tesouraria “autónomo e coligado com o contrato intragrupo ou incluído no programa contratual do primeiro”⁶¹, onde se constatarem elementos típicos de vários contratos legalmente atípicos, ainda que socialmente típicos, entre os quais: conta bancária, depósito bancário, crédito bancário, empréstimo bancário, descoberto bancário, entre outros.⁶²

O contrato de conta bancária trata-se do “contrato de celebrado entre um banco e um cliente através do qual usualmente se constitui, disciplina e baliza a respetiva relação jurídica bancária”.⁶³ Isto efetivamente verifica-se, uma vez que serão abertas contas ou eventualmente associadas as várias contas pertencentes às subordinadas a uma conta maestra (que será detida pela *pooler*). Por conseguinte, será necessário estabelecer um acordo entre as sociedades participantes com o banco, no qual este se compromete a efetuar as transferências, em nome e por conta das mesmas - nos termos próprios de um mandato.

Para além disso, afiguram-se importantes, neste âmbito, os elementos do contrato de crédito bancário e do contrato de descoberto bancário. O primeiro é relevante porque pode surgir na eventualidade de o balanço global do grupo ser deficitário. Já o segundo surge na eventualidade, e se existir permissão, da existência de um saldo negativo na conta bancária. Como bem ressalva Ana Perestrelo de Oliveira, apesar de normalmente se obterem fundos através de excedentes de tesouraria de empresas do mesmo grupo, nada obsta a que eventualmente se obtenha crédito negociado com a entidade bancária.⁶⁴

Particularidade interessante será a das modalidades operacionais do contrato. Ora, como foi referido, uma das partes envolvidas na relação será sempre uma instituição de crédito. Por conseguinte, dois cenários podem ser contemplados: um que envolve a

⁶⁰ Perestrelo de Oliveira, 2023, p. 281.

⁶¹ Oliveira, 2023, p. 46.

⁶² Sobre estes ver, entre outros, Antunes, 2009, pp. 469-513.

⁶³ *Ibidem*, p. 484. O autor refere que este é o “contrato bancário matriz”, uma vez que constitui a “convenção bancária nuclear ou básica no sentido em que estabelece o quadro geral de regulação da maioria dos futuros negócios que venham eventualmente a ser celebrados entre as partes”, o que reforça a nossa convicção da sua estrutura como um contrato-quadro.

⁶⁴ Perestrelo de Oliveira, 2023, p. 281.

celebração de apenas um contrato, que será plurilateral, considerando que estão assentes mais do que duas declarações de vontade e envolvidas mais do que duas partes (por um lado, a instituição de crédito e, por outro, as sociedades participantes e a *pooler*); o outro cenário envolve precisamente a situação inversa, isto é, quando se procede à celebração de dois contratos que, embora autónomos, são coligados. Neste último cenário, pensa-se na situação em que se dá a celebração de um contrato entre a *pooler* e a instituição de crédito e, simultaneamente, a celebração de um outro contrato entre a *pooler* e as demais sociedades participantes. Aqui, entre a *pooler* e a instituição de crédito estará em causa um contrato bilateral, já entre a *pooler* e as sociedades participantes poderá ser bilateral ou plurilateral, consoante o número de sociedades participantes.

Assim, o contrato de *cash pooling*, no geral, envolverá, pelo menos:

- i) A abertura de uma conta junto de um banco, onde serão realizados os respetivos depósitos bancários;
- ii) A ordem de transferência, que, como já referido, decorre nos termos próprios de um mandato;
- iii) As próprias transferências de liquidez, “que revestem a natureza de empréstimos, apesar de a sua autonomia se diluir devido à inserção no contrato mais vasto de *cash pooling*”;⁶⁵
- iv) Acessoriamente, poderá ainda celebrar-se um acordo de crédito com a instituição bancária, nos termos anteriormente referidos.

Já no que diz respeito ao seu objeto, e comungando do entendimento de Paulo Olavo Cunha, será a

consolidação periódica, de preferência diária, dos saldos resultantes da movimentação das contas, de modo que o Grupo não se veja obrigado a recorrer ao crédito enquanto tiver disponibilidades de tesouraria nalgumas das suas empresas que permitam cobrir essas necessidades.⁶⁶

No que concerne à forma, apesar de se tratar de um contrato atípico, dada a sua natureza complexa, conteúdo obrigacional e número de sujeitos envolvidos, parece sensato que, na prática, se recorra à forma escrita.⁶⁷

Assim, poderá definir-se o contrato de *cash pooling* como um acordo utilizado na gestão financeira de grupos de sociedades, onde uma sociedade dominante (ou *pooler*) centraliza as necessidades de gestão e alocação de liquidez das sociedades subordinadas, tanto podendo conceder financiamento (caso a sua situação seja superavitária), como

⁶⁵ Perestrelo de Oliveira, 2023, p. 281.

⁶⁶ Cunha, 2015, p. 354.

⁶⁷ Naharro, 2014, p. 109.

recorrer a financiamento (caso a sua situação seja deficitária). Com a particularidade de que poderá, em nome das participantes do *pooling*, recorrer a financiamento externo ao grupo, através precisamente do sistema bancário.⁶⁸

⁶⁸ Oliveira, 2023, p. 48.

4. O regime jurídico-societário do *cash pooling*

4.1. A compatibilidade dos empréstimos intragrupo com o direito bancário português

Na ausência de um regime legal próprio, o enquadramento legal da figura do *cash pooling* tem sido realizado com auxílio das normas do RGICSF, do CSC, do CIRE, entre outros. Evidentemente, trata-se de uma figura que exige uma análise jurídica detalhada, dado que as transferências que ocorrem entre as várias sociedades pertencentes ao mesmo grupo configuram normalmente a forma de um empréstimo.⁶⁹

O modelo bancário no nosso ordenamento jurídico assenta em vários princípios-base, entre os quais, o princípio da universalidade e o da exclusividade.⁷⁰ Nos termos do art. 1.º-A do RGICSF, “as instituições de crédito são empresas que recebem do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e concedem crédito por conta própria”. Já o art. 8.º, n.º 1 do mesmo diploma dispõe que “só as instituições de crédito podem exercer a atividade de receção, do público, de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, para utilização por conta própria”.⁷¹

Ora, considerando estas disposições normativas, poderia ser tentador considerar que os fluxos oriundos do acordo de *cash pooling* fossem como uma espécie de concessão de crédito ou, eventualmente, de fundos reembolsáveis, e, como tal, não permitidos à luz da lei portuguesa. Acontece, contudo, que o art. 9.º, n.º 2, al. d), do mesmo Diploma, de forma a evitar considerações erradas e desnecessárias, elucida-nos mais acerca deste ponto, acrescentando que, para efeitos do artigo anterior, não são considerados como concessão de crédito “as operações de tesouraria, quando legalmente permitidas, entre sociedades que se encontrem numa relação de domínio ou de grupo”. Pode, por isso, concluir-se que, no nosso ordenamento jurídico, a realização de operações de *cash pooling* é efetivamente permitida entre empresas que pertençam ao mesmo grupo de sociedades, ainda que não sejam propriamente empresas de índole ou carácter financeiro.⁷²

⁶⁹ Rodrigues, 2017, p. 48.

⁷⁰ Oliveira, 2023, p. 50.

⁷¹ Menezes Cordeiro defende que é precisamente este princípio da exclusividade, plasmado no art. 8.º do RGICSF, que define e delimita, para efeitos institucionais, o universo bancário. Cfr. Cordeiro, 2023, p. 1132.

⁷² Para Miguel Teixeira de Abreu, o sentido prático e útil do art. 9.º, n.º 2, al. d) só se verifica numa modalidade de *cash concentration*, uma vez que nas restantes modalidades, sobretudo na de *notional cash pooling*, e mais particularmente para as sociedades subordinadas, não se coloca propriamente o problema de aplicação desta exceção. No entendimento do autor, o diploma só se aplica verdadeiramente aos fluxos oriundos de uma operação de *cash concentration* e quanto à sociedade *pooler* – esta é que desempenha uma função semelhante a uma instituição de crédito, e não as sociedades subordinadas. Cfr. Abreu, 2001, pp. 32-35.

Assim, as operações de tesouraria realizadas entre sociedades envolvidas numa relação de domínio ou de grupo são geralmente autorizadas e permitidas, salvo norma imperativa que as interdite expressamente.⁷³

João Rodrigues acrescenta, e com o qual concordamos plenamente, que estes sistemas e operações de gestão de tesouraria “não consubstanciam sequer o exercício de uma atividade em sentido jurídico, mas a mera gestão de ativos da sociedade”, e, como tal, deverá seguir um regime livre, idêntico aos aplicados e seguidos para a gestão dos demais ativos de uma sociedade.⁷⁴

Não parecem, por isso, colocar-se questões institucionais ou de compatibilidade legal dos acordos de *cash pooling* com o ordenamento jurídico português, em especial no domínio bancário, no que aos grupos jurídicos, em geral, diz respeito. Contudo, o mesmo já não se pode afirmar, pelo menos com tanta certeza, nos grupos de facto e quanto à eventualidade de ocorrência de *sidestream loans*, isto é, eventuais empréstimos realizados entre sociedades-irmãs.

Ana Perestrelo de Oliveira tece várias considerações no que a esta problemática diz respeito.⁷⁵ Poder-se-ia pensar, em virtude do art. 9.º, n.º 2, al. d), que, na ausência de uma relação fundada em domínio total ou num contrato de subordinação, este tipo de empréstimos se qualificasse como concessão não autorizada de crédito. Contudo, a autora defende que o disposto no preceito do RGICSF “pretende, pura e simplesmente, clarificar que o princípio da exclusividade da concessão de crédito não constitui obstáculo às técnicas de gestão financeira centralizada no seio dos grupos”.⁷⁶ Assim, os eventuais limites que possam existir quanto aos *sidestream loans* derivam das regras gerais do direito das sociedades e do direito dos grupos, não sendo determinados pela sua qualificação como crédito não autorizado.

Em suma, com a implementação do *cash pooling* assiste-se ao funcionamento de um mecanismo que, ao centralizar a disposição do património de um determinado grupo de sociedades, fica verdadeiramente alheio aos interesses próprios da atividade bancária.⁷⁷

⁷³ Rebouta, 2005, p. 8. No mesmo sentido, Garcia & Pereira, 2011, pp. 269-273.

⁷⁴ Rodrigues, 2017, p. 49.

⁷⁵ Perestrelo de Oliveira, 2016, pp. 180-181.

⁷⁶ *Ibidem*. No mesmo sentido, João Rodrigues defende que o RGICSF não tem na sua génese um desígnio de tratar diversamente, nem muito menos desfavoravelmente, tais operações. Cfr. Rodrigues, 2017, p. 51.

⁷⁷ Oliveira, 2023, p. 53.

4.2. A conservação do capital social e os empréstimos *upstream*

Uma outra questão que pode colocar em causa a viabilidade destes sistemas é a ocorrência de *upstream loans* (fluxos ascendentes de liquidez).⁷⁸ A este nível levantam-se questões relacionadas essencialmente com a questão da conservação do capital social.

O capital social é definido por Coutinho de Abreu como “a cifra representativa da soma dos valores nominais das participações sociais fundadas em entradas em dinheiro e/ou espécie”⁷⁹, e apresenta um papel de extrema importância no nosso ordenamento jurídico.⁸⁰ Isto sucede, desde logo, porque se trata de um elemento que é efetivamente obrigatório em quase todos os pactos sociais, mas a sua relevância também se deve, em muito, à emanção constante de diretivas comunitárias que suportam este entendimento de vitalidade.

Acabam por ser múltiplas as funções que o capital social desempenha, que vão desde a função de avaliação da situação económica da sociedade até a uma função de garantia dos credores.⁸¹ É, porventura, esta última que se revela mais vital no que ao Princípio da Intangibilidade do Capital Social⁸² diz respeito.

Em Portugal, o princípio que rege esta matéria encontra-se plasmado no artigo 32.º do CSC, que proíbe expressamente a distribuição aos sócios de quaisquer bens da sociedade quando se verifique que a situação líquida é inferior à soma do capital mais reservas.⁸³ Em caso de distribuição ilícita de bens aos sócios pode ser determinada a sua restituição, nos termos do art. 34.º do CSC.

⁷⁸ Ou seja, empréstimos das subsidiárias à sociedade controladora.

⁷⁹ Abreu, 2024, p. 450. O autor alerta, contudo, que esta noção só não será aplicável às sociedades anónimas com ações sem valor nominal.

⁸⁰ Como refere Paulo de Tarso Domingues, no âmbito do nosso sistema jurídico, nas sociedades de capitais, o capital social é um elemento de extrema importância, onde desempenha um papel central e insubstituível, determinante de todo o seu regime jurídico. Ainda assim, é importante notar que o que se afirma em relação às sociedades anónimas é também aplicável às sociedades por quotas. Cfr. Domingues, 2004, p. 132. Para além disso, Paulo Olavo Cunha refere que o capital social desempenha um papel simultaneamente fundacional e funcional. Cfr. Cunha, 2023, p. 181.

⁸¹ Paulo de Tarso Domingues indaga sobre a questão da garantia mínima dos credores. O autor afirma que, apesar de concordar que existe efetivamente uma transferência dos riscos para terceiros, no exercício da atividade empresarial, em virtude de uma limitação dos sócios por dívidas sociais (sobretudo nas sociedades de capitais), o regime do capital mínimo não visa conceder uma tutela acrescida aos credores sociais. O autor considera isso uma verdadeira falácia, afirmando que a figura do capital social mínimo não consegue dar resposta aos problemas resultantes da limitação patrimonial por parte dos sócios, por várias razões. Começa por referir que não há uma possibilidade de assegurar que no património líquido da sociedade existam bens com valor idêntico ao da cifra do capital social mínimo, uma vez que apenas é interdita a distribuição desses valores aos sócios, nunca se impedindo a sua “erosão” em consequência do exercício da atividade social. Afirma, também, que o valor do capital social mínimo pode ser alvo de flutuações externas, na medida em que pode sofrer uma depreciação em consequência de um processo inflacionário, o que acaba por não garantir a “almofada” de proteção para os credores. Para além disso, defende que é inatingível uma fixação, por via legislativa, de um limite básico que se traduzisse numa garantia adequada para os credores, dada a variedade de sociedades existentes e atividades que praticam. Cfr. Domingues, 2022, pp. 205-206.

⁸² Como refere Tarso Domingues, “Este é um dos princípios fundamentais na disciplina jurídica do capital social”. Cfr. Domingues, 2004, p. 132.

⁸³ Domingues, 2004, p. 138.

Como afirma José Eduardo Oliveira, “a norma servirá o propósito de preservar o ativo da sociedade correspondente ao capital social”.⁸⁴ Dessa forma, pelo menos o montante correspondente ao capital social não poderá ser distribuído pelos sócios. Nas palavras de Tarso Domingues, “o capital social é, pois, *hoc sensu*, intocável – intangível – pelos sócios”.⁸⁵ Ressalva, contudo, que isto não se traduz numa impossibilidade de o valor do património descer abaixo da cifra do capital social, uma vez que, se assim fosse, uma sociedade seria dissolvida sempre que registasse perdas, o que é absolutamente irrazoável.

Importante será realçar que esta problemática acaba por ser extensível a todo o direito europeu em virtude da Segunda Diretiva das Sociedades.⁸⁶

4.2.1. A experiência alemã e a decisão “November”

A matéria da conservação do capital social no que toca às relações intragrupo tem vindo a ser alvo de grandes desenvolvimentos e de particular destaque no ordenamento jurídico alemão.

No que aos empréstimos *upstream* concerne, e como refere Monica Fuentes, a jurisprudência alemã tem vindo a ponderar se os fluxos financeiros ascendentes constituem ou não uma violação da proibição de restituição antecipada do capital aos sócios, quando estes afetem todo o seu património líquido, com a consequente conversão da liquidez que essa sociedade detém num direito de crédito sobre a sociedade *pooler*.⁸⁷

Como resultado de vários debates doutrinários em torno desta problemática, foram sendo construídos certos pressupostos *standards* de compatibilidade dos fluxos de liquidez próprios do *cash pooling* e as regras do capital social.⁸⁸ Ora, essa construção foi imposta de uma forma muito geral até ter sido proferida uma sentença pelo Supremo Tribunal Alemão (“BGH”), em 2003, apelidada de Decisão *November*, que adicionou requisitos para essa compatibilidade.

Anterior à decisão *November*, o regime jurídico vigente no ordenamento jurídico alemão, resultante da construção feita pela doutrina, considerava que qualquer empréstimo feito por uma sociedade aos seus sócios (ou seja, *upstream*) cumpria com os requisitos exigidos da secção § 30.1. GmbHG, se estivessem preenchidos cumulativamente dois requisitos:

- (i) Se, por um lado, o direito à restituição fosse reconhecido na sua totalidade, o chamado *vollwertig*;

⁸⁴ Oliveira, 2023, p. 64.

⁸⁵ Domingues, 2004, p. 133.

⁸⁶ Diretiva 77/91/CEE, especialmente os arts. 15.º e 16.º.

⁸⁷ Naharro, 2014, p. 113.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 114.

(ii) E se, por outro lado, o empréstimo fosse realizado a preços de mercado, respeitando o critério “*on an arm’s length basis*”.⁸⁹

Assim, a sociedade obteria um mero crédito contra o sócio equivalente ao que tivesse prestado, sem que se produzisse efetivamente uma redução do património social. Desta forma, “um empréstimo a um sócio, a condições normais de mercado e com plena garantia de devolução, nunca poderia pressupor uma depreciação do ativo, mas apenas uma troca dos elementos que o compõem”.⁹⁰

A verdade é que tais pressupostos foram unânicos durante vários anos, tanto na doutrina como na jurisprudência alemã, até à já referida sentença do BGH de 24 de novembro de 2003 – conhecida como decisão *November*. Esta decisão criou alguma incerteza em relação ao enquadramento jurídico deste tipo de empréstimos.

A decisão *November* veio acrescentar um requisito adicional aos previamente exigidos. Assim, passava agora a exigir-se, também, que a situação financeira do sócio recetor do crédito não estivesse em dúvida⁹¹ ou que, alternativamente, o empréstimo fosse adequadamente garantido. Assim, qualquer transferência que não respeitasse igualmente este último requisito considerar-se-ia uma transferência patrimonial ilícita.

Nesta sentença, o tribunal afastando-se de uma aproximação contabilística, “sustentou que o empréstimo ao sócio diminui o património líquido da sociedade e pode atingir as regras de conservação do capital social independentemente do valor do crédito relativamente ao reembolso (*i.e.*, mesmo que seja totalmente realizável)”.⁹²

Com a adição de tal requisito, as condições de admissibilidade e exequibilidade dos contratos de *cash pooling* foram severamente dificultadas. Com isto, muitos dos contratos foram verdadeiramente modificados e, como realça Monica Fuentes, deu-se uma limitação dos fluxos *upstream* a quantidades que resultassem, unicamente, das reservas livremente distribuíveis.⁹³ Como, e em nossa opinião bem, acrescenta João Rodrigues, “tal requisito adicional tornaria praticamente inexecutível a figura do *cash pooling*, e se não eliminava todo o seu potencial, praticamente o restringia a uma figura desinteressante”.⁹⁴

Face a isto, e após extensas e duras críticas doutrinárias durante anos, a MoMiG de 2008 veio corrigir em grande medida esta situação. A MoMiG revogou expressamente a

⁸⁹ Este princípio – *on an arm’s length* –, operacionalmente, no empréstimo intragrupo, é como que uma comparação a uma transferência a ocorrer com um terceiro – a chamada “*third-party comparison*”.

⁹⁰ Naharro, 2014, p. 115.

⁹¹ Para a capacidade do acionista não criar dúvidas, alguma doutrina defende que se deve deitar mão do “*rating*” da sociedade. Na doutrina germânica chegou mesmo a consagrar-se a possibilidade de recorrer a agências de *rating* independentes. Cfr. Rodrigues, 2017, p. 62.

⁹² Perestrelo de Oliveira, 2023, p. 205.

⁹³ Naharro, 2014, p. 116.

⁹⁴ Rodrigues, 2017, p. 62.

proibição de restituição antecipada de contribuições para o caso específico de empréstimos concedidos à matriz no âmbito do *cash pool* na esfera dos grupos.⁹⁵

Com esta reforma, foi acrescentada uma nova frase ao § 30 I, 2 GmbHG, advertindo que a proibição exposta na primeira secção não se aplica às transferências de liquidez que se produzam em virtude de um contrato de domínio, ou se aquelas estiverem devidamente cobertas por uma contraprestação ou direito de restituição completa por parte dos sócios.

Pode, por isso, com alguma segurança afirmar-se que a MoMiG adotou e consagrou um critério puramente contabilístico. Uma aproximação contabilística defende a ideia de que se o empréstimo der lugar a um crédito de valor equivalente não há uma verdadeira distribuição. Já a teoria da redução do património real, que vigorava anteriormente, considera que não basta uma manutenção formal do balanço, uma vez que o empréstimo diminui naturalmente o património líquido da sociedade, dado que representa uma “troca de meios líquidos por meios menos líquidos (o crédito relativo à restituição)”.⁹⁶

Tendo sido adotada uma aproximação contabilística⁹⁷, a licitude da operação depende unicamente da sua neutralidade contabilística, “a qual pressupõe que o crédito seja totalmente realizável (*vollwertig*), pois só então poderia ser inscrito no balanço pelo seu valor nominal”.⁹⁸ Retoma-se, então, a “boa doutrina”, sendo exequível a transferência dos ativos da sociedade aos sócios desde que se reconheça um direito de crédito à sociedade pela totalidade da transferência e, simultaneamente, se considere possível a devolução da totalidade do empréstimo (isto é, este seja realizável). É feito, deste modo, um juízo *a priori* por parte dos órgãos de administração, onde estes realizam uma avaliação “*ex ante*”⁹⁹ da probabilidade real ou eventualmente aparente da realização/devolução do empréstimo.

4.2.2. Breves considerações sobre o critério “*on an arm’s length*”

Um dos requisitos exigidos para a validade dos fluxos *upstream* era que decorressem em “condições de mercado” (*at arm’s length*). Monica Fuentes alerta que

⁹⁵ Naharro, 2014, p. 116.

⁹⁶ Perestrelo de Oliveira, 2023, p. 204.

⁹⁷ Aliás, esta aproximação contabilística da lei ficou claramente evidente no caso MPS, alvo de sentença do BGH, onde foram expressamente admitidos os empréstimos *upstream* desde que a empresa ficasse efetivamente titular de um crédito à restituição do valor correspondente ao seu valor nominal. Nesta sentença, o tribunal sublinha o dever de os administradores monitorizarem continuamente a evolução do risco do crédito e se existirem suspeitas de solvência do acionista devem, desde logo, reclamar o vencimento antecipado ou até mesmo exigir garantias, sob pena de responsabilidade. Cfr. *Ibidem*, p. 206.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 204.

⁹⁹ Podem levantar-se algumas dúvidas relativamente a este aspeto, designadamente ao que sucede se o valor do crédito relativo ao reembolso se alterar supervenientemente. Ora, quanto a nós, parece absolutamente desproporcional e irrazoável uma qualificação retroativa do empréstimo como pagamento proibido.

uma interpretação muito restrita deste conceito pode levantar graves problemas para um funcionamento eficiente dos acordos de *cash pooling*.¹⁰⁰

Assim, exige-se uma interpretação hábil do conceito para que não se perca, em consequência, uma das vantagens mais significativas destes acordos. A adoção deste tipo de sistemas tem como propósito proporcionar um financiamento aos membros em condições mais vantajosas do que aquelas que conseguiriam se recorressem ao mercado bancário.

Posto isto, e sendo o critério mencionado especialmente em referência aos fluxos ascendentes (*upstream*), entendemos que o mesmo raciocínio não deve ser aplicado em relação aos fluxos em sentido descendente (*downstream*). Isto é, não será lógico impedir que as sociedades subordinadas se encontrem vedadas a obter um financiamento a preços inferiores aos oferecidos pelo mercado.

4.2.3. Considerações em torno do ordenamento jurídico português

As considerações tecidas em relação ao ordenamento jurídico alemão são paralelamente aplicáveis ao nosso ordenamento jurídico no que a esta matéria diz respeito. Assim, contanto que um empréstimo *upstream* não envolva ou se consubstancie numa distribuição oculta ou indevida de bens, deve aceitar-se o sistema sem reservas.¹⁰¹

Ana Perestrelo de Oliveira refere que o critério adotado no ordenamento jurídico português é também um critério puramente contabilístico, onde nem sequer existe margem ou necessidade justificativa de expandir a tutela que já é conferida pelo capital social, para além da já plasmada no art. 32.º.¹⁰²

Apesar disso, a lei societária acaba por não definir concretamente o critério contabilístico aplicável, pelo que devemos socorrer-nos do “teste de balanço”.¹⁰³ Assim sendo, para considerarmos uma distribuição efetivamente legal, esta terá de ser “inferior ao excesso dos bens e direitos sobre as obrigações, considerando o capital social como uma obrigação”.¹⁰⁴

No que diz respeito ao limite geral da conservação do capital, com o art. 32.º do CSC pretende-se que não sejam distribuíveis pelos sócios bens que possam eventualmente colocar em perigo a subsistência da sociedade. Assim, de acordo com a

¹⁰⁰ Naharro, 2014, p. 118.

¹⁰¹ Oliveira, 2023, p. 68.

¹⁰² Perestrelo de Oliveira, 2023, p. 207.

¹⁰³ Como lembra Tarso Domingues, a “determinação dos bens distribuíveis pelos sócios resulta exclusivamente, nos direitos societários europeus, de um simples teste de balanço”. Cfr. Domingues, 2022, p. 316.

¹⁰⁴ Oliveira, 2023, p. 69.

nossa lei, “todas as distribuições de bens aos sócios são ilícitas se colocam em causa a integridade do capital social, isto é, a sua cobertura pelo património líquido”.¹⁰⁵

Este preceito pode eventualmente limitar a concessão de empréstimos intragrupo, mas apenas quando estes correspondam a verdadeiras distribuições ocultas.¹⁰⁶ Assim, a realização e integração de sistemas de *cash pooling* afiguram-se admissíveis, desde que com a observância destes limites.

Quando tais requisitos não se verificarem¹⁰⁷, existem naturalmente consequências associadas, que podem passar pelo vencimento antecipado ou até mesmo pela obtenção de garantias devidamente satisfatórias, sob pena de responsabilidade do administrador.¹⁰⁸

4.3. A compatibilidade do *cash pooling* com o exercício do poder de direção da sociedade-mãe

A existência de um grupo jurídico de sociedades implica normalmente um conjunto de sociedades que, embora mantenham formalmente a sua individualidade jurídica, se submetem, em maior ou menor grau, a uma direção económica unitária e comum.¹⁰⁹

Os traços fundamentais do regime jurídico da relação de grupo introduzem verdadeiramente

uma entorse aos cânones tradicionais disciplinadores da sociedade comercial independente ou individual, ao legitimar que uma sociedade possa deixar de ser gerida autonomamente pelos seus próprios órgãos de administração de acordo com o respetivo interesse social e dos seus sócios, para o passar a ser em obediência a uma vontade e um interesse empresariais alheios.¹¹⁰

Apesar de o interesse do grupo, principalmente da sociedade-mãe, nunca ser colocado em causa ou questionado aquando da utilização ou opção por estes sistemas de

¹⁰⁵ Vasconcelos & Jesus, 2016, p. 477.

¹⁰⁶ Pense-se no exemplo de um empréstimo realizado a uma sociedade ou a várias que muito provavelmente não vão conseguir restituir o crédito.

¹⁰⁷ Ana Perestrelo de Oliveira refere que poderá, porventura, abdicar-se da correspondência do valor do crédito com o valor nominal, em virtude do *rating* da sociedade-mãe, isto quando o risco mais elevado for compensado com juros bastante atrativos, “visto que, neste caso, também o gestor de uma sociedade independente, no âmbito da sua margem de liberdade de apreciação, poderia concluir o negócio”. Cfr. Perestrelo de Oliveira, 2023, p. 288.

¹⁰⁸ A este propósito importa referir que tanto o administrador da sociedade controlada como o da sociedade controladora são responsáveis. Assim, o administrador da sociedade dominante também será responsável sempre que use a sua influência para induzir a sociedade controlada a realizar um empréstimo em condições desfavoráveis (pouca probabilidade de restituição ou inadequadamente garantido). Assim o é porque este administrador será o que se encontra em melhores condições para conhecer a solvência da sua sociedade, ao contrário do que sucede com o administrador da subsidiária. Cfr. Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 184.

¹⁰⁹ Antunes, 2002, p. 607.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 717.

gestão centralizada de tesouraria, designadamente o *cash pooling*, o mesmo já não se pode dizer, pelo menos com tanta certeza, em relação às sociedade-filhas. Assim, é perfeitamente discutível a legalidade da participação das sociedades-filhas num sistema de *cash pooling*, especialmente quando resulta de uma imposição por parte da sociedade-mãe.

4.3.1. O poder de emitir instruções vinculantes

No art. 503.º, n.º 1 do CSC está consagrado um poder genérico de dar instruções vinculantes pertencente à sociedade-diretora, que recai sobre as sociedades subordinadas.¹¹¹ É precisamente este poder de emitir instruções vinculantes que constitui verdadeiramente o meio para o exercício da direção económica unitária comum.

De acordo com Engrácia Antunes, uma instrução será “toda a declaração de vontade expressa, ou tácita, oriunda da sociedade diretora dirigida ao órgão da administração da sociedade subordinada e através da qual a primeira determina de modo vinculativo a gestão social da última”.¹¹² Acrescenta, ainda, que “tais instruções poderão revestir a forma de ordens específicas, de diretivas genéricas, mas também a de meras recomendações, sugestões ou conselhos”.¹¹³

A questão que urge ser respondida é a de saber se a *pooler*, ao abrigo deste direito, e sendo sociedade diretora ou dominante, pode forçar determinada sociedade subordinada a concluir um acordo de *cash pooling*, especialmente quando as instruções se revelem desvantajosas para a última.^{114 115}

4.3.2. O interesse do grupo

Importa, desde logo, realçar que este poder de emissão de instruções vinculativas não é absoluto, isto é, existem limites a este associados. Desde logo, no n.º 2 do art. 503.º CSC, é referido que se o contrato não estipular o contrário, podem inclusive ser emitidas instruções¹¹⁶ desvantajosas para a sociedade subordinada se, e apenas se, isso implicar

¹¹¹ Engrácia Antunes indaga sobre a distinção entre a titularidade do direito de dar instruções e a titularidade do respetivo exercício. Conclui que titular do direito de dar instruções será a própria sociedade diretora, já o da titularidade do exercício pertencerá especificamente aos órgãos de administração da sociedade diretora. Cfr. Antunes, 2002, p. 722.

¹¹² *Ibidem*, p. 724.

¹¹³ Antunes, 2002, p. 724.

¹¹⁴ Oliveira, 2023, pp. 55-56.

¹¹⁵ Para alguma doutrina esta questão apenas se coloca no âmbito dos grupos de direito, uma vez que apenas nestes existe um verdadeiro poder jurídico de direção sobre as sociedades subordinadas.

¹¹⁶ Como refere Engrácia Antunes, “decisivo é que tais instruções, qualquer que seja a forma e o sentido que concretamente revistam, sejam vinculantes para a administração desta sociedade e o respetivo cumprimento seja irrecusável”. Antunes, 2002, p. 725.

uma vantagem ou servir os interesses da sociedade-mãe ou até de outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo.¹¹⁷

Assim, estamos, desde logo, na presença de um limite a este poder de emissão de instruções: o próprio interesse do grupo. Podem, por isso, ser emitidas instruções desvantajosas¹¹⁸ se, simultaneamente, se garantir que estas são justificadas ou pelo interesse da própria sociedade dominante ou pelo interesse de uma outra sociedade pertencente ao grupo. São, no fundo, instruções que, apesar de acarretarem uma desvantagem ou prejuízo para a sociedade subordinada, são capazes de gerar direta ou indiretamente uma determinada vantagem para qualquer uma das sociedades integrantes do grupo ou para o grupo como um todo.¹¹⁹ Assim, as vantagens e desvantagens provocadas pela emissão destas instruções devem “compensar-se mutuamente no contexto do grupo enquanto unidade económica”.¹²⁰

Questão mais complexa será a de perceber ou determinar se uma instrução servirá efetivamente os interesses do grupo. Engrácia Antunes refere que este tipo de decisão deriva, primariamente, de um “juízo de oportunidade insindicável” (*business judgement rule*) do próprio órgão de administração da sociedade-mãe.¹²¹ Exige-se, sobretudo, que entre a vantagem e a desvantagem causadas exista uma relação de causalidade e de proporcionalidade.¹²² O autor caracteriza-os como ideais “implícitos de um procedimento diligente e criterioso” relativamente à emissão de instruções de carácter desvantajoso.¹²³⁻¹²⁴

Uma das questões que é alvo de destaque e de certa controvérsia doutrinária, principalmente em outros ordenamentos jurídicos, é a de perceber se há possibilidade de legitimação de instruções desvantajosas, a favor do interesse de grupo, se a sua execução colocar em causa a sobrevivência económica da sociedade subordinada.

¹¹⁷ Importa, contudo, fazer uma ressalva: o direito de dar instruções não deve ser confundido com o dever de emitir instruções. Ana Perestrelo de Oliveira clarifica quando diz que “por força do contrato de subordinação a sociedade-mãe adquire o direito de dar instruções vinculativas às administrações das sociedades-filhas (...), mas não fica obrigada a exercer esse direito”. Cfr. Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 168. No mesmo sentido Engrácia Antunes, “apenas naquelas situações em que seja de concluir inequivocamente que uma prossecução diligente do interesse do grupo imporia à sociedade diretora a formulação de diretivas relativamente à gestão de uma determinada sociedade subordinada, podemos falar – e nesse sentido estrito – de um dever de emitir instruções”. Cfr. Antunes, 2002, p. 732.

¹¹⁸ Segundo Coutinho de Abreu, “uma instrução será qualificável como desvantajosa para a sociedade dominada quando os administradores desta, cumprindo deveres de cuidado e lealdade para com ela (art. 64.º), não adotariam o comportamento visado pela instrução – não o adotariam se não houvesse grupo ou, havendo, se não recebessem a instrução (lícita)”. Cfr. Abreu, 2021, p. 286.

¹¹⁹ Antunes, 2002, p. 739.

¹²⁰ Antunes, 2002, p. 740.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*, pp. 740-741.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Engrácia Antunes, a título de exemplo, refere que será lícita uma instrução dada pela sociedade diretora no sentido de uma subordinada conceder um empréstimo a juros simbólicos ou até mesmo a taxa zero a outra sociedade do grupo, se esta for a única forma de esta última conseguir saldar todos os seus débitos. Caso contrário, ou seja, caso a sociedade a quem é atribuído este empréstimo a condições excessivamente favoráveis dispuser de solvabilidade e liquidez, a instrução dada pela sociedade diretora poder-se-á considerar ilícita. Cfr. *Ibidem*.

Partilhamos do entendimento de Engrácia Antunes, quando o autor refere que a resposta a essa questão não pode deixar de ser no sentido negativo.¹²⁵ Não nos parece, de todo, legítimo a viabilização de instruções que, apesar de configurarem um interesse grupal, coloquem em causa a extinção ou sobrevivência económica da sociedade subordinada que acata essa mesma instrução.

Como refere o autor, é efetivamente claro que o juízo de oportunidade acerca da natureza das instruções, isto é, se são vantajosas ou desvantajosas, compete exclusivamente aos administradores da sociedade diretora, mas esse poder não é de uso arbitrário, isto é, aqueles administradores encontram-se vinculados a atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Assim, devem “atuar (também) com os olhos postos na adequação e na proporcionalidade da desvantagem originada para a sociedade subordinada”.¹²⁶ Claro está que jamais se julgaria legítima ou admissível uma instrução que desrespeitasse de tal forma os limites de adequação e proporcionalidade, que fosse suscetível de causar uma situação de “insolvência empresarial economicamente irrecuperável ou no seu desaparecimento como entidade jurídica”.¹²⁷

Subscrevendo por completo o entendimento de Engrácia Antunes, deve entender-se que a sobrevivência económica da própria sociedade subordinada se consubstancia num limite a este poder de direção, que se pode materializar na emissão de instruções gravemente prejudiciais.¹²⁸ Mas será de extrema importância realçar que isto nada obsta a que se adotem estes mecanismos de gestão centralizada de tesouraria, designadamente o *cash pooling*; o que parece, sim, estar vedado é uma utilização destes de modo a provocar uma privação constante de liquidez financeira vital ao funcionamento da sociedade subordinada.^{129 130}

4.3.3. As transferências patrimoniais

Um outro limite encontra-se plasmado no art. 503.º CSC, mas já no seu n.º 4, onde se refere que não será permitido à sociedade diretora determinar a transferência de bens do ativo da subordinada para outras sociedades pertencentes ao grupo sem uma justa contrapartida. Trata-se, então, de um limite em relação às transferências patrimoniais. Ora, este pode ser considerado um limite algo desproporcional ou problemático, se

¹²⁵ *Ibidem*, p. 741.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 742.

¹²⁷ Antunes, 2002, p. 742.

¹²⁸ Engrácia Antunes destaca que o compromisso e dever da sociedade diretora em cobrir as perdas anuais da(s) sociedade(s) subordinada(s) não deve ser visto como um “fator de legitimação” de instruções que sejam capazes de colocar em risco a subsistência económica das últimas. Cfr. *Ibidem*, p. 744, nota de rodapé 1445.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 743, nota de rodapé 1443.

¹³⁰ O autor admite, contudo, uma exceção a esta regra: nos casos em que exista um verdadeiro conflito entre o interesse da sobrevivência da sociedade subordinada e o interesse da sobrevivência do próprio grupo ou apenas da sociedade diretora. Aqui, poderá fazer sentido o sacrifício de uma ou algumas unidades societárias de segundo grau para a sobrevivência da unidade económico-empresarial superior. Cfr. *Ibidem*, p. 744.

levado literalmente, uma vez que isto se traduz, precisamente, numa consequência natural da celebração de um acordo de *cash pooling*.

Torna-se imperativo, então, perceber o limite ou fronteira da “justa contrapartida”. Ana Perestrelo de Oliveira, com quem tendemos a concordar, defende que deverá ser feita uma interpretação teleológica e sistemática da norma, uma vez que a justa contrapartida poderá consistir, também ela, numa vantagem para a sociedade diretora ou até para outra sociedade pertencente ao grupo, não se devendo proceder a uma interpretação isolada (isto é, circunscrita apenas à sociedade subordinada).¹³¹ Caso contrário, estar-se-ia a ignorar absolutamente a *ratio juris* dos grupos societários. No mesmo sentido, Engrácia Antunes refere que tal preceito não passa de um “mero afloramento particular, em sede de transferências patrimoniais intragrupo, da doutrina geral subjacente a outros tipos de limite ao direito de instrução”.¹³²

Augusta França, por sua vez, afirma que esta justa contrapartida que refere o preceito é, desde logo, “um conceito indeterminado, carecido de preenchimento valorativo”.¹³³ Defende que a ponderação do valor terá de ser feita na ótica da subordinada, uma vez que o objetivo patente é protegê-la e prevenir situações de excessiva e manifesta descapitalização levadas a cabo pela sociedade-mãe.

Como nos ensina Engrácia Antunes, e com o qual partilhamos entendimento, o legislador pretenderia, aqui, alertar para o facto de à sociedade diretora estar vedado o direito de emitir instruções à administração da subordinada, que tenham por objeto ou efeito a transferência de bens do ativo da segunda, sempre que essa mesma transferência não comporte uma contrapartida vantajosa para outra sociedade do mesmo grupo ou, de uma forma algo particular, colocar em causa a sobrevivência económica da sociedade subordinada.¹³⁴

Assim, julgamos que este preceito não comporta qualquer tipo de obstáculo à implementação e utilização dos sistemas de *cash pooling*, tratando-se, meramente, de um “alerta” do legislador. Neste contexto, deverá ser feita uma interpretação em termos grupais e não isoladamente, onde é possível concluir que pode ser a própria subordinada a obter uma justa contrapartida, ainda que não de forma direta. Ao levar o preceito de forma literal, ao não se fazer uma interpretação em termos de apreciação global do grupo, estar-se-ia a descurar, por completo, a *ratio* própria do regime jurídico associado aos grupos societários.¹³⁵

¹³¹ Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 178. No mesmo sentido, Antunes, 2002, pp. 746-747.

¹³² Antunes, 2002, p. 747.

¹³³ França, 1990, p. 46. A autora defende que a proteção da sociedade subordinada só poderá ceder em casos de extrema necessidade de outros membros pertencentes ao grupo societário.

¹³⁴ Antunes, 2002, p. 747.

¹³⁵ Rodrigues, 2017, p. 73.

4.3.4. A compatibilização do preceito com o acordo de *cash pooling*

Para dar resposta à pergunta inicialmente colocada: apesar de existir um poder genérico de emissão de instruções por parte da sociedade-mãe sobre as suas subordinadas, que permite inclusivamente a emissão de instruções que se afigurem desvantajosas mediante justa contrapartida, isto não poderá atingir um limite de inviabilização da sobrevivência da própria sociedade subordinada. Isto é, apesar de se admitir que a justa contrapartida não se reflita diretamente na sociedade subordinada, podendo esta projetar-se diretamente numa outra sociedade pertencente ao mesmo grupo, entendemos que não parece razoável ou sequer legítimo prejudicar esta ao ponto de a tornar num “mero bombista societário”.¹³⁶

Assim, e seguindo o entendimento de Engrácia Antunes, “a sobrevivência económica da sociedade subordinada constitui uma espécie de limite imanente ao poder de direção da sociedade diretora e, por conseguinte, também, um limite ao direito que a esta assiste de dar instruções prejudiciais àquela sociedade”.¹³⁷ Deve, por isso entender-se, que tais instruções não devem colocar em causa a sobrevivência económica da sociedade subordinada.

Se é certo que o intuito dos grupos económicos é o progresso de todas as sociedades que o compõem, também é certo que, não raras vezes, se verifica que algumas sociedades subordinadas são tratadas como “meros veículos societários” usadas no interesse da sociedade-mãe¹³⁸, em prol desta ou de outras sociedades do grupo, sendo as primeiras completamente sacrificadas.

João Rodrigues refere uma expressão particularmente curiosa que reflete na perfeição a posição por nós perfilhada: “Alexandre Dumas que nos permita, mas terá de ser ‘um por todos, todos por um’ restringido pela (in)sobrevivência de apenas ‘um’”.¹³⁹

Assim, entendemos que se o contrato de *cash pooling* se afigurar efetivamente benéfico para a sociedade subordinada, ou, no limite, que não seja desvantajoso ao ponto de colocar em causa a sua sobrevivência económica, julgamos que o poder de instrução vinculante se poderá admitir no sentido da imposição da celebração do contrato. Parece razoável exigir-se, pelo menos, um interesse direto para o grupo e um interesse, ainda que indireto, para a sociedade subordinada.¹⁴⁰

¹³⁶ Rodrigues, 2017, p. 74.

¹³⁷ Antunes, 2002, p. 743.

¹³⁸ Ana Perestrelo de Oliveira defende que o interesse do grupo “não pode senão coincidir com o interesse da sociedade diretora, sendo quando muito o interesse da sociedade diretora em obter o êxito económico do grupo”. Cfr. Perestrelo de Oliveira, 2007, p. 103.

¹³⁹ Rodrigues, 2017, p. 74.

¹⁴⁰ À partida, julgamos que a instrução vinculante de participação num acordo de *cash pooling* para a sociedade subordinada trará, normalmente, vantagens para esta, na medida em que passa a dispor de liquidez permanente, precisamente em virtude da integração neste tipo de acordo.

Entendemos, face ao exposto, que a submissão “forçada” de uma subordinada a acordar num sistema de *cash pooling* pode perfeitamente estar imiscuída numa instrução vinculante emitida pela sociedade-mãe, tendo sempre como limite a sobrevivência económica da primeira.

4.3.5. A problemática no âmbito dos grupos de facto

Quando se verifique a existência de um *pooling* no âmbito de uma empresa plurissocietária, onde a direção económica unitária não se fundamente num instrumento jurídico legalmente previsto, isto é, quando estivermos perante um grupo de facto, a materialização deste poder de direção, e consequente emissão de instruções eventualmente desvantajosas, é alvo de ponderação.

Surgem, à partida, duas respostas possíveis. A primeira, e porventura mais evidente, que se trata de uma solução absolutamente proibitiva, consubstancia-se na negação da possibilidade de serem emitidas instruções desvantajosas à sociedade-filha. Assim, tanto a sociedade-mãe como os administradores da própria sociedade-filha estariam impedidos, respetivamente, de emitir instruções desvantajosas e cumprir essas mesmas instruções.¹⁴¹ A segunda resposta, altamente defendida, entre nós, por Ana Perestrelo de Oliveira, pugna pela admissibilidade e legalização dos grupos de facto. Sustenta a sua tese no princípio da lealdade e na premissa de que na realidade prática, e no mundo económico, existe um grande interesse na promoção de grupos mesmo que estes não sejam assentes em instrumentos jurídicos previstos na lei.¹⁴²

Assim, seguindo o seu entendimento, deve aceitar-se a licitude dos grupos de facto e, nesse sentido, permitir-se a emissão de instruções desvantajosas neste âmbito. Contudo, a autora reforça que só devem ser consideradas legítimas instruções desvantajosas, mediante o preenchimento de certos requisitos, sendo que, ao contrário do que sucede nos grupos de direito, não é suficiente que a medida seja tomada no “interesse do grupo”.¹⁴³ Exige-se, então, uma compensação. Porquanto se admite a emissão de uma instrução desvantajosa, exige-se que esta seja devidamente compensada pelos danos eventualmente causados, recorrendo-se, para tal, à teoria das vantagens compensatórias.¹⁴⁴

¹⁴¹ Ana Perestrelo de Oliveira é bastante crítica desta posição, afirmando que a mesma apresenta “significativos inconvenientes”. Sustenta que “fomenta a situação de “hipocrisia” em que tendem a viver os grupos de facto”, e que proibir absolutamente isto seria eliminar qualquer possibilidade de retenção de vantagens que a integração num grupo visa precisamente atingir. A integração num determinado grupo não implica apenas e necessariamente desvantagens, muito pelo contrário, visa a obtenção, em grande medida, de benefícios para todas as partes. Claro está que instruções desvantajosas podem porventura ser emitidas, mas podem, igualmente, ser compensadas mais tarde. Cfr. Perestrelo de Oliveira, 2016, pp. 248-249.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Como nos ensina Monica Fuentes, esta doutrina considera que o juízo acerca da legitimidade da direção unitária, ainda que dependa do interesse da subsidiária não sair prejudicado, incorpora uma avaliação

Para se dar essa compensação normalmente exige-se que a desvantagem possa ser alvo de uma quantificação^{145 146}, isto é, será “ilícita a direção unitária que, devido à sua profundidade e extensão, se traduza na total instrumentalização da sociedade-filha, em termos de não se poder já individualizar – e, portanto, compensar – as medidas desvantajosas”.^{147 148}

Assim, apesar de não se exigir uma conexão de natureza temporal ou até mesmo material entre a vantagem e a desvantagem, exige-se que a sociedade-filha nunca acabe numa posição pior do que aquela que se encontrava antes da emissão da instrução desvantajosa. Contudo, isto não é totalmente arbitrário, ou seja, deve exigir-se, igualmente, um lapso de tempo razoável¹⁴⁹ entre as ocorrências.

Para Perestrelo de Oliveira, é possível a existência de uma direção económica unitária, sem estar baseada num instrumento jurídico legalmente previsto, desde que a sociedade-mãe respeite os deveres de lealdade para com as sociedades-filhas, que se traduz num “dever intensificado de evitar danos ou um dever de compensar os danos causados”.¹⁵⁰

Caso assim não o fosse, os próprios sistemas de gestão centralizada de tesouraria, designadamente o *cash pooling*, ver-se-iam absolutamente inviabilizados pela proibição da emissão de instruções vinculantes de carácter desvantajoso, já que, até por definição, está implícito que os interesses de uma sociedade sejam temporariamente sacrificados em benefício de outras sociedades.^{151 152}

A solução proposta pela autora, que merece a nossa concordância, poderia nem ser necessária caso o nosso ordenamento jurídico acautelasse isto da mesma forma que o ordenamento jurídico alemão o fez. Neste ordenamento, existem normas¹⁵³ que

distinta sobre o respeito ou não a tal interesse, tendo em conta não só essa sociedade isoladamente, mas sim o conjunto de relações envolvente. Cfr. Naharro, 2007, p. 152.

¹⁴⁵ Perestrelo de Oliveira considera que só assim o poderia ser, dado que “uma “visão sistémica” da vantagem compensatória, que não obrigasse a provar que determinado ato singular desvantajoso para a sociedade encontra compensação noutro ato de sentido oposto, de cujas vantagens a controlada beneficia, é pura e simplesmente uma permissão para a lesão desta última sociedade, sem possibilidade de controlo da efetiva eliminação do prejuízo causado”. Cfr. Perestrelo de oliveira, 2016, p. 253.

¹⁴⁶ Monica Fuentes, por outro lado, defende uma ideia de uma compensação qualitativa, afirmando que adotando uma visão de compensação quantitativa, nada mais se está a fazer do que adotar uma teoria de indemnização pelo dano, o que, a seu ver, é errado. Acrescenta que a falta de uma exigência de correspondência quantitativa exata não significa necessariamente uma ausência de proporcionalidade entre a vantagem e a desvantagem. Cfr. Naharro, 2007, p. 172.

¹⁴⁷ Perestrelo de oliveira, 2016, p. 252.

¹⁴⁸ Será importante notar que a compensação da desvantagem não se pode confundir com uma indemnização pelo dano. Até porque se a desvantagem tiver carácter meramente provisório e for devidamente compensada, não há propriamente uma realização de dano para se indemnizar. Cfr. Naharro, 2007, p. 170.

¹⁴⁹ Será normalmente o limite de um ano económico. Cfr. Perestrelo de Oliveira, 2016, p. 252.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 250.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 249.

¹⁵² Assim, o exercício de uma direção económica unitária, no âmbito dos grupos de facto, não deve ser visto como um fenómeno patológico. Sustentar o contrário seria defender a “ilicitude de múltiplos esquemas atualmente vigentes (...) como o *cash pooling*”. Cfr. Perestrelo de Oliveira, 2018, p. 84.

¹⁵³ Designadamente, a norma 18 e as normas 311 a 317 AktG. Foi precisamente neste domínio do regime de grupos fácticos que se materializou o princípio em que subjaz a ideia da teoria das vantagens compensatórias. Cfr. Naharro, 2007, p. 154.

permitem às sociedades com participações maioritárias o exercício de uma influência dominante sobre as sociedades participadas, que poderá ser num sentido prejudicial ao interesse destas últimas. Mas para tal exige-se que esse exercício seja meramente pontual e que os prejuízos eventualmente causados sejam efetivamente compensados.^{154 155}

¹⁵⁴ Antunes, 2002, p. 74, nota de rodapé 103.

¹⁵⁵ Já o ordenamento jurídico francês baseia-se na doutrina “*RozenBlum*”. Segundo esta corrente jurisprudencial, os diretores de uma subsidiária que sigam uma instrução desvantajosa que beneficia o grupo não serão responsabilizados se o dano causado não constituir uma ameaça para a solvência da subsidiária e se esta receber uma contrapartida económica que compense essa mesma desvantagem proporcionada. Cfr. Enriques & Gilotta, 2023.

Conclusão

Chegados a este ponto, cumpre-nos aludir que é precisamente o contexto económico em que vivemos, marcado pela crescente globalização, que obriga os agentes económicos a recorrer a sistemas de gestão financeira que lhes permitam atingir as máximas de rentabilidade e eficiência. Para tal, recorrem a sistemas de gestão centralizada de tesouraria, sendo o contrato de *cash pooling* um dos mecanismos mais utilizados.

Configurando-se o *cash pooling* como um acordo onde os meios financeiros de um determinado grupo de sociedades são geridos no sentido de agregação numa determinada conta bancária de todos os saldos, sejam credores ou devedores, de cada uma das sociedades integrantes do acordo, de forma a apurar um saldo líquido total, ao qual será depois debitado ou creditado um juro bancário. Assim, permite-se uma gestão eficiente e rentável da tesouraria de um grupo, e simultaneamente assegura-se uma redução de acesso ao crédito bancário, obvia-se ao desequilíbrio da liquidez, e verifica-se uma redução significativa nas taxas de juros pagas. Contudo, este tipo de acordos acarreta certos riscos. Pode, desde logo, pensar-se na privação de liquidez de certas sociedades do grupo.

Quanto à sua qualificação jurídica, pode concluir-se que um contrato de *cash pooling* apresenta uma estrutura e uma natureza bastante complexas, agregando elementos de vários contratos, típicos e atípicos, onde se dá especial destaque ao contrato de mandato, do depósito irregular, da conta bancária e do crédito e descoberto bancário.

Em face disto, parece-nos absolutamente crucial que se proceda a uma regulamentação detalhada desta figura, que dê respostas aos problemas por esta eventualmente suscitados. Dos problemas a que nos propusemos analisar, não nos parece que estes consubstanciem um obstáculo definitivo à implementação destes sistemas; aliás, podemos mesmo dizer que, em linha do que foi por nós defendido, não existe sequer um obstáculo.

Relativamente à conservação do capital social, e no que aos empréstimos *upstream* diz respeito, tendo em conta que se adota no nosso ordenamento jurídico um critério contabilístico, fica-se restrito a valores que não comportem, naturalmente, uma diminuição do capital social nem das reservas mínimas legais exigidas. Guiado por estes limites, não há qualquer objecção a estas transferências, se não se tratar de distribuições indevidas ou ocultas de bens.

Por último, no que concerne à eventual emissão de instruções desvantajosas e uma eventual imposição de participação no acordo de *cash pooling*, entendemos que, embora seja admitida a possibilidade de emissão de instruções desvantajosas, deve ter-se em consideração exigências de causalidade e proporcionalidade. A sobrevivência e

subsistência económica da sociedade subordinada será sempre um limite inultrapassável. Adequando isto à situação específica dos acordos de *cash pooling*, admitimos que uma instrução desvantajosa pode efetivamente ser emitida, podendo esta consubstanciar-se na imposição de participação num acordo de *cash pooling*, desde que a sociedade subordinada não seja de tal forma privada de liquidez que possa colocar em causa a sua sobrevivência económica.

Já quanto ao limite que se impõe a nível das transferências patrimoniais, somos da opinião de que, partindo da interpretação teleológica e sistemática da norma, não se deve considerar a exigência de uma “justa-contrapartida” de forma isolada, podendo esta refletir-se numa vantagem para a própria sociedade diretora ou para outra sociedade do grupo. Serão, por isso, de admitir as transferências patrimoniais no âmbito de um contrato de *cash pooling*, nos grupos de direito, desde que isso comporte uma vantagem para alguma sociedade do grupo e tendo sempre em consideração os limites gerais, em especial o da sobrevivência económica da sociedade subordinada. Já no que diz respeito aos grupos de facto, exige-se uma necessidade adicional de tutela, isto é, a comprovação de uma efetiva compensação, não se bastando com a justificação de um “interesse grupal”.

Assim, a figura do *cash pooling* e as suas significativas vantagens, que ao longo da dissertação fomos relevando, salientam a necessidade de se proceder a uma regulamentação jurídica homogénea e adequada. Para além da investigação e debate sobre o tema, urge criar-se um panorama jurídico capaz de evitar os possíveis constrangimentos que levantamos e conferir o devido valor legal ao mecanismo de *cash pooling*.

Referências bibliográficas

- ABREU, J. M. C. (2021). Artigo 502.º – Responsabilidade por perdas da sociedade subordinada. In Abreu, J. M. C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VII, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J. M. C. (2024). *Curso de direito comercial*, 8.ª ed. Coimbra: Almedina, vol. II.
- ABREU, M. T. (2001). Centros de gestão de tesouraria – questões legais e fiscais numa perspetiva portuguesa. *Revista da Banca*, n.º 51.
- ALMEIDA, A. P. (2011). Instrumentos financeiros: Os *swaps*. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J. E. (2002). *Os grupos de sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina
- ANTUNES, J. E. (2008). Capital próprio, reservas legais especiais e perdas sociais. *Scientia Iuridica*, n.º 313.
- ANTUNES, J. E. (2009). *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina, 1.ª Ed.
- BARBOSA, L. e P. S. PINHO. (2016). Estrutura de financiamento das empresas. https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/re201601_p.pdf.
- CEZKI, D. & W. DROZDZ (2019). Using multicurrency cash pooling in the liquidity management of a capital group. *Polityka Energetyczna*, vol. 22, no. 3.
- COLANGELO, A. (2016). The statistical classification of cash pooling activities. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpsps/ecbsp16.pt.pdf?23e9a62689bd5b47ce8efec25cd65ba1>.
- CORDEIRO, A. M. (2023). *Direito bancário*, 7.ª ed. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, P. O. (2015). Os empréstimos intragrupo no contexto da insolvência: Em especial o *cash pooling*. In C. Serra (coord.). *III Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, P. O. (2022). *Direito das sociedades comerciais*, 7.ª ed. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, P. O. (2023). *Direito empresarial para economistas e gestores*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina.
- DOMINGUES, P. T. (2004). *Do capital social: Noção, princípios e funções*, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- DOMINGUES, P. T. (2022). *O financiamento societário pelos sócios (e o seu reverso)*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- ENRIQUES, L. e S. GILOTTA (2023). The case against a special regime for intragroup transactions. <https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-023-00285-3>.
- FRANÇA, M. A. (1990). *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- GALLANIS, M. (2010). The pros and cons of treasury centralisation. <https://www.theglobaltreasurer.com/2010/02/16/the-pros-and-cons-of-treasury-centralisation/>.
- GARCIA, N. O. & A. PEREIRA (2011). Cash pooling: Portugal. In *international cash pooling: cross-border management system and intra-group financing*. Munich: Sellier.

- HALLER, A. & V. CHAND (2019). Application of the arm's length principle to physical cash pooling arrangements in light of the OECD Discussion Draft on Financial Transactions. *Intertax*, vol. 47, no. 4.
- JACQUINET, M. (2019). Introdução breve ao conceito de *cash flow* (ou fluxo de caixa). <https://repositorioaberto.uab.pt/handle/10400.2/8613>.
- NAHARRO, M. F. (2007). *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Navarra: Aranzadi.
- NAHARRO, M. F. (2014). El contrato de cash pooling. *RSD*, n.º 14.
- OLIVEIRA, J. E. (2023). *O contrato de cash pooling*, 1.ª ed. Coimbra: Almedina.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. (2007). *A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*, 1.ª Ed. Coimbra: Almedina.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. (2016). *Manual de grupos de sociedades*, 1.ª ed. Coimbra: Almedina.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. (2018). *Informação nos grupos de sociedades*, 1.ª ed. Coimbra: Almedina.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. (2023). *Manual de corporate finance*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- POSKART, R. (2011). Cash pooling as a state-of-the-art cash management method in the capital group. *Financial Sciences*, vol. 1, no. 6.
- REBOUTA, J. F. (2005). *Contextualização fiscal da gestão centralizada de tesouraria (cash pooling) em ambiente internacional*. Pós-Graduação em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- RIBEIRO, J. S. (2016). Gestão centralizada de tesouraria (*cash pooling*) e preços de transferência. *RDTA*, n.º 35.
- RODRIGUES, J. (2017). *O financiamento infra-grupo societário: O sistema de cash pooling*. Dissertação de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- SOUSA, S. M. (2019). O contrato de *cash pooling* e a *business judgment rule*. *RDC*, n.º 2.
- VASCONCELOS, P. & J. R. JESUS (2016). As novas regras contabilísticas e as garantias dos credores – apreciação crítica do art. 32.º do CSC. *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*.
- VASCONCELOS, P. P. (2009). *Contratos atípicos*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- VILAS BOAS, J. (2021). A conversão de créditos (em especial de prestações suplementares) em capital social – reflexões. *RDS*, n.º 1.

Discrimination regarding access to international protection

**A study of the activation of the Temporary Protection Directive in
response to mass displacement from Ukraine**

Joana Gastal

Sob a orientação da Professora
Doutora Benedita Menezes Queiroz

To my parents, for all the love and support.

“Washing one’s hands of the conflict between the powerful and the powerless means to side with the powerful, not to be neutral.”

Paulo Freire, 1985

Acknowledgements

I would like to express my gratitude to my advisor, Professor Benedita Menezes Queiroz, for the guidance, enlightening reviews, and enriching lectures that inspired me to choose this research topic.

To the Refugees Welcome Portugal team, for the opportunity to contribute to the integration of migrants and refugees and take part in the struggle against discrimination.

To my colleagues at the Consular Office of Portugal in Frankfurt, for the motivation during the writing of this thesis.

To my parents, for strongly encouraging my decisions and aspirations, even when it implies having to deal with distance. I am deeply thankful to have them as models of love and support, and for having learned from them essential values that guide my choices.

To my family, for their constant presence and demonstrations of care, despite being over 9,000 km away.

To André, for the love, encouragement and shared goals.

To my friends, for making this journey lighter and motivating me to believe in myself.

Abstract

In response to the mass displacement caused by the Russian military invasion of Ukraine, the European Union activated for the first time the Temporary Protection Directive (TPD), signalling a shift towards ensuring safe access to protection for displaced persons. However, concerns have arisen regarding differential treatment in relation to other categories of asylum seekers and also between persons eligible to temporary protection. This dissertation examines whether such differential treatment amounts to unlawful discrimination, focusing on access to protection. The analysis is made through an examination of legislation, literature, and case-law. While acknowledging the importance of other grounds that shape discrimination in this context, the analysis is centred on nationality and race, two interrelated and prevalent grounds of refugee discrimination. By assessing the differential treatment granted to displaced persons from Ukraine, this study aims to identify unlawful discrimination and examine how non-discrimination rules can challenge State actions. The findings contribute to an understanding of refugee discrimination and underscore the importance of doctrinal tools in addressing differentiation within the global refugee regime.

Keywords: Discrimination; protection, refugees; nationality; race; Common European Asylum System.

Resumo

Em resposta ao deslocamento em massa causado pela invasão militar russa da Ucrânia, a União Europeia ativou pela primeira vez a Diretiva de Proteção Temporária, sinalizando uma mudança em relação à garantia de um acesso seguro à proteção para pessoas deslocadas. No entanto, surgiram preocupações sobre o tratamento diferenciado em relação a outras categorias de requerentes de asilo, bem como entre pessoas elegíveis para proteção temporária. Este estudo examina se tal tratamento diferenciado configura discriminação proibida, com foco no acesso à proteção. A análise é feita através de um exame da legislação, literatura e jurisprudência. Apesar de reconhecer outros fatores que permeiam a discriminação neste contexto, a análise centra-se na nacionalidade e raça, dois fatores inter-relacionados e prevalentes de discriminação contra refugiados. Ao avaliar o tratamento diferenciado concedido a pessoas deslocadas da Ucrânia, este estudo visa identificar a discriminação e examinar como as normas de não-discriminação podem desafiar as ações dos Estados. Os resultados contribuem para uma compreensão da discriminação contra diferentes categorias de refugiados e destacam a importância da literatura na abordagem da diferenciação dentro do regime global de refugiados.

Palavras-chave: Discriminação; proteção; refugiados; nacionalidade; raça; Sistema Europeu Comum de Asilo.

List of acronyms and abbreviations

APD	Asylum Procedures Directive
Art.	Article
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CEAS	Common European Asylum System
CJEU	Court of Justice of the European Union
ECHR	European Convention on Human Rights
ECtHR	European Court of Human Rights
EU	European Union
HRC	United Nations Human Rights Committee
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
QD	Qualification Directive
STC	Safe third country
TPD	Temporary Protection Directive
UN	United Nations
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees

Table of contents

1. Introduction	9
2. The principle of non-discrimination and refugee protection: legal framework	10
2.1 International and European Human Rights Law	12
2.1.1 The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)	12
2.1.2 The European Convention on Human Rights	14
2.1.2.1 Criteria to be considered discrimination	16
2.1.2.2 Positive discrimination	17
2.1.2.3 Indirect discrimination	18
2.1.2.4 Vulnerability	19
2.2 International Refugee Law	21
3 Common European Asylum System	23
3.1 Overview of the system	23
3.2 Discrimination in the access to protection	25
3.2.1 Visa regimes	26
3.2.2 Interception measures	27
3.2.3 Safe Third Country and Safe Country of Origin	28
4 Case study: the activation of Temporary Protection Directive to persons displaced from the war in Ukraine	31
4.1 Content and scope of temporary protection	32
4.2 Discrimination in the access to protection	33
4.3 Assessment of discrimination	36
4.3.1 Discrimination between beneficiaries of temporary protection and other persons in need of protection	36
4.3.2 Discrimination among persons eligible for temporary protection	40
Conclusion	42
Bibliography	43
Table of cases	48

1. Introduction

In the context of mass displacement from Ukraine after the Russian military invasion, on February 24, 2022, with the activation by the European Union of the Temporary Protection Directive (TPD) a few days later and the welcoming reaction of Member States to the arrival of Ukrainians, differences in the way refugees are treated in Europe have evoked concern. This reaction of the EU represented a shift in the way of approaching access to protection: rather than focusing on deflection measures, which was the pattern of reaction to previous migratory flows, the Union seemed to have started focusing on guaranteeing a safe access to protection. Differential treatment, however, was noted not only between beneficiaries of temporary protection and asylum seekers in general, but also among persons eligible to temporary protection, some of whom faced obstacles or were even prevented from crossing the border.

Treating refugees differently based on nationality partly derives from the nature of refugeehood, as it implies evaluating conditions relating to the lack of state protection in a specific country. However, several other differentiations between refugees on grounds of their nationality and race are also prevalent in the refugee regime¹.

This work aims to analyse whether the differential treatment granted to displaced persons from Ukraine, with the activation of the TPD, amounts to unlawful discrimination. In this context, the analysis is also going to include the examination of distinctions among persons eligible to temporary protection. To assess whether the treatment is discriminatory, the analysis of legislation, literature and case-law is undertaken, to understand how non-discrimination rules are applied in the protection of refugees.

Despite acknowledging other dimensions of differential treatment, the analysis is going to focus on access to protection, with a comparison between the Common European Asylum System (CEAS) and the provisions of the TPD. Notwithstanding other important grounds that shape discrimination in the context of displacement in the war in Ukraine, such as religion and gender, this work is going to focus on the grounds of nationality and race, two interrelated and prevalent grounds of refugee discrimination. The discrimination suffered by refugees as a group (i.e., distinctions between citizens and refugees) is not going to be examined. The political reasons behind the activation of TPD and its lack of activation to previous migratory flows are also beyond the scope of analysis.

The work is divided into three major parts. The first part comprises an analysis of the legal framework, by examining non-discrimination provisions in refugee law and human rights law, and the way they interact in refugee protection. Case-law is examined in order to understand how the ECtHR approaches issues of differential treatment, especially against and between vulnerable groups. The second part approaches the CEAS, shedding light to the

¹ Costello & Foster, 2022, p. 246.

discriminatory dimensions that shape access to protection in Europe, such as the ones related to the implementation of interception measures, with the analysis of the case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU). The third part contains the analysis of the Temporary Protection Directive, with an examination of the scope of temporary protection and how access to protection is guaranteed in that instrument, in contrast with the regular asylum process. In the end, an assessment of differential treatment granted to Ukrainians is conducted, according to the parameters established by case-law and examined in the first chapters.

It is expected that this work contributes to the identification of unlawful discrimination between groups of refugees and to understanding how non-discrimination rules can be used to challenge State action. As argued by Costello & Foster, doctrinal tools that identify unlawful discrimination are important “precisely because of the ubiquity of differentiation in the global refugee regime”².

2. The principle of non-discrimination and refugee protection: legal framework

Discrimination can affect displaced persons in various ways during the claim for international protection and after protection is granted. At the outset, displacement itself is motivated by persecution (or a well-founded fear of persecution) on the basis of a protected characteristic. After, during displacement, asylum-seekers often face discriminatory barriers when trying to access protection, which will be examined in greater depth in the next chapters. Also, refugees may be regarded as an “unwelcome disruption in the lives of local people among whom they have sought safety”³, continuing to be affected by discrimination after international protection is granted. This can be harmful in many aspects, for instance hindering local integration in the host country or resettlement to a third country⁴.

Besides the evident discrimination refugees suffer as a group, there are also differences in the way they are treated as individuals, or as subsets of this group. For this reason, when analysing discrimination, it is important to consider intersectionality, a concept developed by Kimberlé Crenshaw⁵, which stands for the intersection between different grounds of discrimination that shape the multiple dimensions of a person’s experience. In the author’s work, it is argued that, in order to address discrimination faced by black women, it is not adequate to look at the elements of race and gender separately, since this approach cannot fully capture the experiences faced by them. Instead, racism and sexism should be addressed as intersecting oppressions that affect their lives.

² *Idem*.

³ UNHCR, 2006, p. 75.

⁴ *Idem*.

⁵ 1991, pp. 1244-1245.

The same approach should be considered when examining discrimination faced by refugees. As sustained by Achiume, foreignness is an intersectional category, which entails “identity at the intersection of many different social structures: nationality, national origin, race, religion, class, ethnicity, gender, and others”⁶. This implies that even amongst refugees of the same nationality, some may be more subject to discrimination, due to other factors of identity. To exemplify, the author mentions that a Christian and a Muslim refugee, both from Syrian nationality, can be treated differently in Europe, which stresses that focusing only on the ground of nationality is not enough to address discrimination.

This chapter will explore the interplay between refugee law and human rights law (international and European), including the crucial analysis of case-law, to shed light on how these complementary sources of law intersect to safeguard against discrimination and promote equality for all individuals seeking asylum.

The main instruments of international refugee protection are the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees and its Additional Protocol, adopted in 1967. They have been supplemented over the years by regional refugee regimes and by international human rights law⁷, which granted refugees several rights, in addition to the ones established by the Convention.

Regarding the importance of human rights to the protection of refugees, Harvey observes that

refugee law speaks to a world where international norms are realised through a carefully constructed status that many States are content to endorse and use. Human rights law is working towards a paradigm where guarantees apply to everyone, and people are then shielded from violations of accepted international norms. Whatever view is taken, it is now well established that international human rights law is key in the encouragement of complementary forms of protection, and in recognizing a more expansive range of reasons for flight⁸.

According to the principle of non-discrimination, the provisions of the Convention should be applied without discrimination for reasons of race, religion or country of origin. As it is going to be further exposed, subsequent international human rights instruments added to the scope of this principle the prohibition of discrimination based on other grounds, such as sex and age.

⁶ 2021, pp. 47-48.

⁷ Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees. Introductory note by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), p. 2.

⁸ 2015, p. 46.

2.1. International and European Human Rights Law

2.1.1. The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) imposed on States a broad duty of non-discrimination, which forbids all kinds of status-based discrimination regarding any right enunciated by the Covenants⁹.

The ICESCR determined, in Article 2, paragraph 2, that States Parties have to guarantee that the rights enunciated in the Covenant “will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”. The United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, the body that monitors implementation of ICESCR, has clarified that “the ground of nationality should not bar access to Covenant rights” and that the Covenant rights apply to everyone, including non-nationals, such as refugees, asylum-seekers and stateless persons¹⁰.

The United Nations Human Rights Committee (HRC), the body that monitors implementation of the ICCPR, has also elucidated that, in general, the rights set forth in the Covenant apply to everyone, irrespective of nationality or statelessness¹¹. The ICCPR established the prohibition of non-discrimination in Article 2 paragraph 1, determining that States Parties have to respect and ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the Covenant, without distinctions of any kind. The prohibited grounds of discrimination were identical to those listed in the ICESCR.

Nonetheless, the ICCPR went further and established a broader prohibition in Article 26:

[...] the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

⁹ Hathaway, 2021, p. 277.

¹⁰ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights).

¹¹ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, 11 April 1986.

This Article prohibits not only discrimination in relation to the rights set by the Covenant, but also “discrimination in law or in fact in any field regulated and protected by public authorities”¹². Thus, it is clear that the rights of refugees also fall under the scope of this Article, making the Refugee Convention justiciable by the HRC. Although the Covenant does not recognize the right to enter or reside in the territory of a State Party — which is in principle a matter for the State to decide — in certain circumstances, such as when concerns of non-discrimination arise, persons may enjoy protection under the Covenant in relation to entry or residence¹³.

An example that illustrates the breadth of Article 26 is related to the measure that some countries established to ban Muslim refugees from relocation programs. Even though there is no legal duty to resettle refugees from other countries — and therefore this measure is outside the scope of the obligation of non-discrimination in the Refugee Convention and other human rights treaties — the action is prohibited by this guarantee of equality before the law established by the ICCPR, which applies even to rights not established by the Covenant. So, whenever States implement refugee resettlement programs, they must “abide by the duty of non-discrimination in the design and administration of resettlement programs, meaning they may not lawfully discriminate against Muslim or other subsets of refugees”¹⁴.

Although the term ‘discrimination’ has not been defined by the Covenants, the Human Rights Committee has clarified that the term should be understood as

any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms¹⁵.

However, it is recognized in international human rights law that not every distinction in treatment amounts to discrimination. In this sense, the HRC has stated that “The enjoyment of rights and freedoms on an equal footing [...] does not mean identical treatment in every instance”¹⁶. Permissible distinctions will be analysed in more detail in the next subsection, illustrated by case-law.

¹² Lee, 2017, p. 493.

¹³ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, 11 April 1986.

¹⁴ Hathaway, 2021, p. 282-283.

¹⁵ CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination, adopted at the thirty-seventh session of the Human Rights Committee, on 10 November 1989, p. 2.

¹⁶ *Idem*.

States Parties to the ICCPR have the obligation to submit periodically to the Committee reports containing the indication of measures they have adopted to implement the rights indicated in the Covenant¹⁷. After considering a State's report, the Committee issues Concluding Observations, recommending further action that needs to be taken by the State. The rights of refugees are between the situations addressed by the HRC in these recommendations. For instance, in the Concluding Observations regarding the second periodic report of Lithuania, the HRC manifested concern about the information that asylum-seekers from certain countries were being prevented from requesting asylum at the border. In response to that situation, the Committee recommended that Lithuania should adopt measures to "secure access for all asylum-seekers, irrespective of their country of origin, to the domestic asylum procedure, in particular when applications for asylum are made at the border"¹⁸.

2.1.2. The European Convention on Human Rights

The principle of non-discrimination is a governing principle in several Council of Europe instruments¹⁹. The European Convention on Human Rights was adopted in 1950 by the Members of the Council of Europe and the implementation of the instrument is supervised by the European Court of Human Rights, which judges cases filed against Member States.

Article 14 of the ECHR establishes the prohibition of discrimination, determining that the rights and freedoms set in the Convention should be guaranteed without discrimination on any ground, "such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status". Thus, the scope of this article is limited to the rights outlined in the Convention and the Court considers that it has an ancillary character and complements the substantive rights of the Convention²⁰. For this reason, applicants commonly argue a violation of a substantive right in conjunction with a violation of the prohibition of discrimination, i.e., the alleged infringement with their rights not only failed to meet the standards required by the substantive right but was also discriminatory in relation to individuals in a similar situation²¹.

However, this ancillary nature does not mean that the application of this Article is dependent on the verification of a violation of the substantive right²². In some cases, the Court has analysed the applicability of Art. 14, despite not having recognized a violation of the substantive right, and in other cases it has found a violation of a substantive Article in

¹⁷ Article 40 of the ICCPR.

¹⁸ UN Human Rights Committee (HRC), Concluding observations: Lithuania, CCPR/CO/80/LTU, 4 May 2004.

¹⁹ *Handbook on European non-discrimination law*, 2018, p. 19.

²⁰ ECtHR, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, p. 6.

²¹ *Handbook on European non-discrimination law*, 2018, p. 29.

²² ECtHR, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, p. 7.

conjunction with Art. 14, and did not consider it necessary to examine the violation of the substantive Article alone, such as the case *Molla Salli v. Greece*, which is going to be further mentioned.

In 2000, the Member States of the Council of Europe signed Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (one of the protocols that supplemented the ECHR), establishing a general prohibition of discrimination, that does not presuppose a connection with any other convention right²³:

Article 1 – General prohibition of discrimination

1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

However, only 20 of the 46 Member States of the Council of Europe have ratified this Protocol²⁴ and consequently the ECtHR has not frequently referred to it in its jurisprudence²⁵.

Although there is no right to asylum stipulated in the ECHR, the protection of refugees is performed in many aspects by this Court²⁶, taking into account that applications for asylum can raise questions related to several human rights, not only related to the prohibition of discrimination, but also the right to life, the right to a fair trial, and especially the prohibition of *refoulement*, which has become recognized as customary international law and has been linked with several human rights, mainly the right to not be subject to torture and inhuman or degrading treatment²⁷.

The next subchapters will analyse how the ECtHR approaches discrimination and how the prohibition of discrimination is applied to the protection of refugees, with the examination of relevant case-law.

²³ Petersen, 2018, p. 130.

²⁴ See <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=177>.

²⁵ Petersen, 2018, p. 130.

²⁶ Mole & Meredith, 2010, p. 11.

²⁷ Hamilton, 2020, pp. 117-118.

2.1.2.1. Criteria to be considered discrimination

According to the ECtHR case-law, the first step for an issue to arise under Article 14 is to verify the existence of a difference in the treatment of persons in analogous or relevantly similar situations²⁸. It is not required that the comparator groups be identical, and the assessment of comparability must be ‘specific and contextual’, being based on objective elements and considering the comparable situations as a whole²⁹.

For instance, in the case of *Molla Sali v. Greece*, to verify if discriminatory treatment was perpetrated against the applicant, the ECtHR started the analysis by establishing whether “the applicant, a married woman who was a beneficiary of her Muslim husband’s will, was in an analogous or relevantly similar situation to that of a married female beneficiary of a non-Muslim husband’s will”³⁰.

After identifying that differential treatment is afforded to persons in analogous or relevantly similar situations, it has to be analysed if that difference has an ‘objective and reasonable justification’. This means that the measure has to be based on a legitimate aim and there has to be a relationship of proportionality between the means employed and the aim to be realized, i.e., the difference in treatment has to reach “a fair balance between the protection of the interests of the community and respect for the rights and freedoms of the individual”³¹.

The Court usually grants States a certain margin of appreciation to assess the justification of differential treatment, considering that “the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds”³². However, this margin of appreciation can be reduced, especially when certain grounds of discrimination are at stake.

Differential treatment grounded exclusively or to a decisive extent on race or ethnicity is not capable of being objectively justified, as decided by the Court in *Timishev v. Russia*. This case approached refusal of entry in the Kabardino-Balkaria border to persons with Chechen ethnic origin. The Court observed the relation and overlap between the concepts of ethnicity and race, affirming that discrimination grounded on an individual’s actual or perceived ethnicity is a form of racial discrimination, which is “a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction”³³. For this reason, it was stated that

²⁸ Case *Molla Sali v. Greece*, ECtHR, 19 December 2018.

²⁹ ECtHR, 2022, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, pp. 16-17.

³⁰ Case *Molla Sali v. Greece*, ECtHR, 19 December 2018.

³¹ ECtHR, 2022, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, pp. 18-20.

³² *ibidem*, p. 20.

³³ Case *Timishev v. Russia*, ECtHR, 13 December 2005.

[...] The Government did not offer any justification for the difference in treatment between persons of Chechen and non-Chechen ethnic origin in the enjoyment of their right to liberty of movement. In any event, the Court considers that no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures³⁴.

This case illustrates the relation between discrimination and refusal of entry, amounting to a violation of *non-refoulement*. Even if these measures are employed outside of the territory of the State, they may result in an exercise of jurisdiction, due to the extraterritorial application of the Convention in some circumstances, which was recognized by the ECtHR in cases such as *Hirsi Jamaa v. Italy*, involving the interception of vessels before arrival at the Italian coast.

2.1.2.2. Positive discrimination

It is consolidated in the ECtHR case-law that not every differentiation amounts to discrimination. In some cases, to correct discrimination in fact, affirmative measures that benefit a specific group are allowed, or even required. This is related to the idea of systemic discrimination, according to which certain disparities between individuals are rooted in societal structures, such as State practices or laws³⁵.

In the case of *Horváth and Kiss v. Hungary*, the Court has stated that

Article 14 does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct “factual inequalities” between them; indeed, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of the Article³⁶.

This case approached the placement of Roma children in a remedial school for children with special educational needs. The Court asserted that, due to the past history of discrimination and prejudice suffered by this ethnic group, the State has specific positive obligations to avoid perpetuation of discrimination, which in that specific case meant the obligation to prevent discrimination practices uncovered in tests that misdiagnosed Roma children.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Krivenko, 2022, pp. 195-196.

³⁶ Case *Horváth and Kiss v. Hungary*, ECtHR, 29 January 2013.

Applied to the context of asylum, this principle means, for instance, that States may be required to implement positive obligations in favour of asylum seekers, even if this amounts to differential treatment in comparison to voluntary migrants³⁷.

2.1.2.3. Indirect discrimination

Measures that seem to be neutral and do not have a discriminatory intent can also impact disproportionately certain groups of society, thereby implying indirect discrimination. Also, differences in treatment based on a certain prohibited ground can amount to indirect discrimination on another ground. This was recognized by the ECtHR, for instance, in case *Biao v. Denmark*, in which a difference in treatment on the grounds of nationality also amounted to indirect discrimination on the basis of race or ethnic origin.

This case approached a refusal to grant family reunion, due to lack of the attachment requirement (it was required that the applicant had aggregate ties with Denmark which were stronger than aggregate ties with another country). The national law established that persons who had held Danish citizenship for at least twenty-eight years were exempted from this requirement.

The ECtHR asserted that this twenty-eight years rule was discriminatory not only on the grounds of nationality, but also indirectly on the grounds of ethnicity, as it had the indirect effect of favouring Danish nationals of Danish ethnic origin and having a disproportionately prejudicial effect on persons who acquired Danish nationality later in life, the majority of which were of other ethnic origins³⁸.

The recent case *Memedova and others v. North Macedonia* approached the strengthening of border controls, aiming to restrict persons seeking to leave the country that could be potential asylum seekers, following an alert that the number of nationals seeking asylum in the EU had increased. In this case, the Court observed that, even though the alert did not contain specific guidelines to target Roma persons, “in the period after it had been disseminated, international bodies observed a trend of Roma persons being prevented from crossing the State border”³⁹.

The Court recognized indirect discrimination suffered by the applicants on grounds of their ethnic origin, on the following terms:

[...] United Nations bodies such as the CERD and the HRC had expressed concerns about allegations of ethnic profiling at the borders, particularly of Roma persons, before the applicants brought their cases, and had recommended that the

³⁷ Mole & Meredith, 2010, p. 202.

³⁸ Case of *Biao v. Denmark*, ECtHR, 24 May 2016.

³⁹ Case *Memedova and others v. North Macedonia*, ECtHR, 24 October 2023.

respondent State ensure that its citizens' right to freedom of movement was fully respected and that all necessary steps were taken to prevent questioning and searches solely on the basis of ethnicity. Furthermore, Council of Europe bodies including ECRI and the Commissioner for Human Rights [...] noted the discriminatory impact of racial profiling by the border police, who seemed neither to have been aware of it nor to have shown any intention to end it.

[...] despite the absence of any discriminatory wording in the internal instructions of 28 April 2011 or in the statutory provisions in force at the material time, the way in which those instructions were applied in practice by the border officers resulted in a disproportionate number of Roma being prevented from travelling abroad, as was also established by international bodies in their reports post-dating those instructions⁴⁰.

2.1.2.4. Vulnerability

The ECtHR has the tendency to recognize in its case-law the vulnerability of some groups of society, such as members of the Roma ethnic minority⁴¹. The vulnerability theory implies that, when it is identified that the applicant is a member of a vulnerable group, the threshold for determining that there was a violation of the Convention is significantly lowered⁴².

The first case to consider the vulnerability of asylum-seekers was *M.S.S. v. Belgium and Greece*, in which the Court attached importance to “the applicant’s status as an asylum-seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection”⁴³. This recognition was essential to hold Greece responsible for a violation of Article 3 (right to not be subject to torture and inhuman or degrading treatment). The Court ruled that:

[...] the Greek authorities have not had due regard to the applicant’s vulnerability as an asylum-seeker and must be held responsible, because of their inaction, for the situation in which he has found himself for several months, living on the street, with no resources or access to sanitary facilities, and without any means of providing for his essential needs. The Court considers that the applicant has been the victim of humiliating treatment showing a lack of respect for his dignity and that this situation has, without doubt, aroused in him feelings of fear,

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Hamilton, 2020, p. 121.

⁴² *Ibidem*, p. 124.

⁴³ Case *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ECtHR, 21 January 2011.

anguish or inferiority capable of inducing desperation. It considers that such living conditions, combined with the prolonged uncertainty in which he has remained and the total lack of any prospects of his situation improving, have attained the level of severity required to fall within the scope of Article 3 of the Convention⁴⁴.

This decision, besides not making reference to particular factors of discrimination that result in differences on the vulnerabilities faced by asylum-seekers, has recognized the group-based vulnerability, mainly on account of their dependency on the host State to access rights⁴⁵.

In subsequent cases, the Court has clarified the possibility of dual vulnerability of asylum-seekers: the one originated from being a member of this vulnerable group, and another arising from personal circumstances. This implies that some persons, due to particular factors, may be more vulnerable than others, and should be distinguished inside the group as entitled to extra protection⁴⁶.

Examples of cases that demonstrate this understanding are: *Aden Ahmed v. Malta*, in which the Court considered the vulnerability of the applicant “not only because of the fact that she was an irregular immigrant and because of her specific past and her personal emotional circumstances [...], but also because of her fragile health”⁴⁷; and *O.M. v. Hungary*, in which the Court recognized the vulnerability of an asylum seeker who was a member of a sexual minority in Iran. The recognition of the particular vulnerability of LGBT people led the Court to affirm that State authorities have the obligation to “exercise particular care in order to avoid situations which may reproduce the plight that forced these persons to flee in the first place”⁴⁸.

This theory is considered by some as a potential contribution to achieve more substantive equality to refugees and has been increasingly employed in many aspects of refugee protection, such as access to protection⁴⁹. Although it may seem to be applied in favour of refugees, the widespread use of the concept of vulnerability in refugee protection is criticized by some scholars. Krivenko warns that the effects of recurring to this concept are often negative to asylum seekers and refugees, as it is employed in a way that denies the principle of equality and brings uncertainty and arbitrariness⁵⁰. In the author’s work, it is observed that in the 10 years after the *M.S.S.* case, vulnerability was always employed with reference to additional factors of vulnerability, in comparison to ‘an averagely vulnerable’ refugee⁵¹. This means that

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Hamilton, 2020, p. 125.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 129.

⁴⁷ Case *Aden Ahmed v. Malta*, ECtHR, 23 July 2013.

⁴⁸ Case *O.M. v. Hungary*, ECtHR, 5 July 2016.

⁴⁹ Krivenko, 2022, p. 193.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 200-201.

⁵¹ *Ibidem*, p. 203.

refugees and asylum seekers have to demonstrate some kind of additional vulnerability for their claims to be assessed.

An example that illustrates the adverse employment of this concept is the case *Mahamed Jama v. Malta*, regarding detention conditions, in which the ECtHR did not recognize a violation of Article 3, affirming that

[...] while it is true that the applicant, being an asylum-seeker, was particularly vulnerable because of everything she had been through during her migration and the traumatic experiences she was likely to have endured previously [...], a state of vulnerability which exists irrespective of other health concerns or age factors, the Court does not lose sight of the fact that the applicant in the present case was not more vulnerable than any other adult asylum seeker detained at the time⁵².

Taking into account the uncertainty about the use of ‘vulnerability’ by the ECtHR, it is argued that this concept “transforms refugees and asylum seekers from active rights claimants into passive recipients of benevolent charity”⁵³.

2.2. International Refugee Law

The principle of non-discrimination is one of the main fundamental principles that underlie the Convention, alongside *non-refoulement* (prohibition of expelling or returning a refugee to a place where his life or freedom would be threatened) and non-penalization (prohibition of penalizing refugees for their illegal entry or stay)⁵⁴. The fact that non-discrimination was placed at the very beginning of the Convention denotes that the drafters wanted to frame it as the “overarching spirit of the Convention” and the strongest principle of that instrument⁵⁵.

Article 3 codifies the duty of non-discrimination, establishing that “the Contracting States shall apply the provisions of this Convention to refugees without discrimination as to race, religion or country of origin”. Therefore, this provision rules all rights in the Convention. Although Art. 42 allows States to make reservations to articles of the Convention at the time of signature, ratification or accession, Art. 3 is one of the few exceptions to this possibility, meaning that every State party has to abide by it.

⁵² Case *Mahamed Jama v. Malta*, ECtHR, 26 November 2015.

⁵³ Krivenko, 2022, p. 210.

⁵⁴ These principles are expressed, respectively, in Articles 3, 33 and 31.1 of the Refugee Convention.

⁵⁵ Lee, 2017, p. 488.

By the analysis of this Article, it is evident that its scope is significantly more restricted than the human rights provisions analysed before, as it is limited to only three grounds (race, religion and country of origin). Besides that, it is only applicable to the rights established by the Convention and it does not prohibit discrimination against refugees as a group (i.e., discrimination between nationals and refugees), but exclusively prohibits discrimination between and among refugees.

The possibility of expanding the scope of this Article was debated during the draft of the Convention, but the overwhelming majority of the drafters voted against it, demonstrating the refusal to grant refugees “the benefit of a comprehensive duty of non-discrimination”⁵⁶. Despite its limited scope of application, in Hathaway’s opinion, the intention to protect refugee rights from discrimination was clear. The Convention conceives “refugees as a generic class, all members of which are equally worthy of protection”⁵⁷, which means that any rights entitled because of refugee status should be extended to all refugees. Consequently, the differential allocation of rights between and among refugees is prohibited.

Regarding the entitlement of rights in the Convention, one of the criteria of attribution is related to the level of attachment of the refugee to the host State. A set of core rights is attributed to all refugees, but additional entitlements depend on the bond established between the individual and the State. This criterion was adopted as a result of the unplanned arrival of refugees at States’ borders — which is the prevailing pattern of refugee flows nowadays. The drafters of the Convention reached the compromise of extending the protections of the Convention to the so-called ‘unauthorized refugees’, whether inside a State party’s territory or seeking to enter it. However, they would only be entitled to basic rights, and additional rights would just be granted when their legal status was consolidated⁵⁸.

The obligation not to return refugees to a place where they may face a risk of persecution (*non-refoulement*) and the duty of non-discrimination are some of the provisions that are not subject to any level of attachment with the host State. The two mentioned rights represent “the minimum requirements for ensuring that any refugee is, by virtue of his or her refugeehood, positioned to engage the protections stipulated by the Convention”⁵⁹.

Following this perspective, non-discrimination is one of the rights that is granted even before the assessment of refugee status, i.e., it is guaranteed to all applicants for international protection. This is justified because the recognition of refugee status is not a constitutive act, but a declaratory act. As clarified by the UNHCR, “a person is a refugee within the meaning of

⁵⁶ Hathaway, 2021, p. 286.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 266.

⁵⁸ Hathaway, 2021, pp. 177-178.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 183.

the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition”, so “he does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee”⁶⁰.

Article 5 of the Convention asserts that nothing “shall be deemed to impair any rights and benefits granted by a Contracting State to refugees apart from this Convention”, which denotes the complementarity of human rights instruments to refugee protection. As highlighted by Lee⁶¹, when the Refugee Convention was enacted, non-discrimination norms had not yet been marked by important events, such as the entry into force of human rights treaties, that were created in the following decades. Although the reading of Article 3 could imply a limited application of non-discrimination, this duty must be interpreted nowadays in a broader scope, in accordance with the advancing standards of human rights law.

In this sense, Hathaway⁶² maintains that the interaction with Article 26 of the ICCPR remedies the limited scope of Article 3 of the Refugee Convention, requiring that all refugees have equal access to rights in the host country and prohibiting the asylum state to grant preferential treatment to any subsets of the refugee population. Chetail considers that “the most promising avenue for enhancing refugee protection through human rights law relies on the principle of non-discrimination” and argues that “Article 3 of the Geneva Convention has thus largely – if not totally – been neutralized by Article 26 of the Covenant”⁶³.

So, it is clear the necessity to rely on human rights instruments (particularly the ICCPR) to extend not only the grounds of prohibited discrimination, but also the catalogue of rights that are embraced by this prohibition (not only those established in the Convention but related to all areas regulated by public authorities).

Besides human rights and refugee law, refugee protection is also governed by EU Law. Costello uses the term ‘human rights pluralism’ to frame these interrelated and sometimes overlapping systems⁶⁴. The following chapter will examine the Common European Asylum System in light of these considerations.

3. Common European Asylum System

This chapter will begin with an overview of the Common European Asylum System, to understand how international protection is shaped in the EU. Next, the discriminatory dimensions of the system will be analysed, particularly related to the access to protection.

⁶⁰ UNHCR, 2019, p. 17.

⁶¹ 2017, p. 490.

⁶² 2021, p. 175.

⁶³ 2014, pp. 48-49.

⁶⁴ 2016, p. 43.

3.1. Overview of the system

CEAS is composed of five legal instruments and one agency, the European Union Agency for Asylum, which supports Member States in the application of EU laws that govern international protection, by providing assistance in many forms⁶⁵. Some of the legal instruments are ‘regulations’, which are directly binding on Member States. On the other hand, the majority of rules in the asylum field are ‘directives’, which require particular results to be accomplished by States, without specifying the methods for achieving them. Directives are transposed into national legislation and thus rely on national implementation to be effective⁶⁶.

The Dublin Regulation establishes the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection presented in the EU. Regarding access to the procedure, Member States shall examine any application for international protection by a third-country national or a stateless person who applies on the territory of any one of them, including at the border or in the transit zones⁶⁷.

Although the common asylum policy “should be governed by the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States”⁶⁸ — as defined by the Asylum Procedures Directive (APD) — the rules of attribution of responsibility in the Dublin Regulation created an extremely unbalanced system, which is not characterized by solidarity in the so-called burden-sharing of refugees.

Chapter III of the Dublin Regulation lays down the criteria to determine the Member State responsible for analysing the application for international protection, which should be assessed hierarchically in the order set out in the Chapter. One of the criteria applies when the applicant has irregularly crossed the border into a Member State having come from a third country. In this case, the Member State in which the irregular entry occurred should be responsible for examining the application⁶⁹.

When the responsibility cannot be designated based on any of the established criteria, the Member State responsible is the one in which the application was first lodged⁷⁰. Considering that only an extremely low percentage of cases is transferred to other Member

⁶⁵ See <https://euaa.europa.eu/about-us/what-we-do>.

⁶⁶ Craig & Zwaan, 2019, p. 29.

⁶⁷ Article 3.1 of Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast).

⁶⁸ Recital (2) of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast).

⁶⁹ Article 13 of Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast).

⁷⁰ Article 3.2 of Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast).

States — after proper assessment of the criteria — and the vast majority is processed by the States in which the application was lodged, the efficacy of the system is highly criticized⁷¹.

Article 3.3 of the Dublin Regulation established the right of Member States to send applicants to a safe third country (STC), subject to the rules and safeguards set out in the Asylum Procedures Directive. This directive was adopted to develop the standards for procedures in Member States for granting and withdrawing international protection, with the aim of establishing a common asylum procedure in the Union and reducing movements between Member States, motivated by disparities between legal frameworks⁷². The concept of STC — which has consequences on the access to protection of asylum-seekers coming from or having passed through specific countries — will be approached in more detail in the subtopic 3.2.3.

Regarding the types of protection, not all the situations in which persons are in need of protection are included in the concept of refugee defined by the Refugee Convention, which required the creation by national and regional systems of complementary protection schemes. In this sense, EU Law created the concept of subsidiary protection. According to Article 2(f) of the Qualification Directive (QD), the definition of a person eligible for subsidiary protection is

a third-country national or a stateless person who does not qualify as a refugee but in respect of whom substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if returned to his or her country of origin, or in the case of a stateless person, to his or her country of former habitual residence, would face a real risk of suffering serious harm as defined in Article 15, and to whom Article 17(1) and (2) does not apply, and is unable, or, owing to such risk, unwilling to avail himself or herself of the protection of that country.

This Directive determines that Member States are also bound by the prohibition of discrimination with respect to the treatment of beneficiaries of subsidiary protection⁷³.

⁷¹ Goodwin-Gill & McAdam, 2021, p. 455.

⁷² Recital (13) of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast).

⁷³ Recital (11) of Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast).

3.2. Discrimination in the access to protection

Although no international instrument imposes on States the obligation to grant asylum, the Universal Declaration of Human Rights guarantees, in Art. 14(1), the right to seek asylum. This right is also guaranteed by EU Law, as well as the prohibition of *refoulement*.⁷⁴

To claim international protection, asylum-seekers need to cross an international border, and even to trigger *non-refoulement* obligations, it is required to have contact with the host State⁷⁵. Taking advantage of this, States employ a diverse range of ‘non-arrival’ policies to impede asylum-seekers from reaching their territories, by preventing them to leave their countries of origin or deflecting those who are in the journey to seek protection, and therefore undermine the possibility of claiming asylum⁷⁶. These practices usually do not function to avoid State responsibility, since they may implicate the exercise of jurisdiction and consequently be under the scope of prohibition of *refoulement*.

Moreover, when implementing ‘non-arrival’ practices — such as visa requirements, carrier sanctions and interception measures — States may discriminate on prohibited grounds, as it is going to be analysed in this subchapter.

3.2.1. Visa regimes

Although visa regimes are allowed as a way for States to control immigration, they may be unlawful if they are, for instance, discriminatory on the grounds of race⁷⁷. Some authors argue that the EU Visa List Regulation⁷⁸ is racially discriminatory, as countries whose nationals are required a visa to enter the EU are composed by black majority populations⁷⁹.

Visa requirement impositions can also be employed as a way to obstruct access to protection, thereby violating refugee law and human rights law. Most persons who seek asylum in the EU are nationals of countries that require a visa to enter the territory of the Union⁸⁰, and a series of challenges prevent asylum seekers from obtaining visas, such as the risk of obtaining passports from State authorities which are the agents of persecution, and the impossibility of waiting for a visa, in the urgent need to leave the country. Moreover, usually States do not issue visas to allow people to seek asylum, and “even a standard tourist visa may not be granted if it is suspected that the individual will seek asylum on arrival in the destination State”⁸¹.

⁷⁴ Articles 18 and 19 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, respectively.

⁷⁵ Costello, 2016, p. 231.

⁷⁶ Goodwin-Gill & McAdam, 2021, pp. 418-420.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 421.

⁷⁸ Regulation (EU) 2018/1806 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement (codification).

⁷⁹ Guild, 2001, p. 38.

⁸⁰ European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, 2013, p. 35.

⁸¹ Goodwin-Gill & McAdam, 2021, pp. 422-423.

As pointed out by Goodwin-Gill and McAdam⁸², the imposition of visa requirements on nationals of refugee-producing countries is used by States as a way to block asylum flows, hindering the possibility of individuals to claim asylum and forcing asylum-seekers to rely on illegal migration options, such as trafficking and smuggling networks.

In case *X and X*, regarding an application for a visa by a Syrian family in the Belgium Embassy in Lebanon, with the intention to claim asylum, the Court of Justice of the European Union reinforced that applications for international protection have to be made in the territory of Member States. It was clarified that States are not required, under the Visa Code, to allow third-country nationals to submit applications for international protection to consular representations situated in the territory of a third country⁸³.

In opposition to the understanding of the CJEU, it has been argued by scholars that there is an EU Law obligation to issue humanitarian visas (in accordance with provisions of the Visa Code), a practice that would facilitate access to the territory, by removing some of the barriers to access protection⁸⁴. While this practice is not implemented, and lacking legal means to enter the EU to seek protection, the vast majority of asylum-seekers enter the territory by irregular methods⁸⁵, being subject to the containment measures described in the next subchapter.

3.2.2. Interception measures

As it was described by the UNHCR, interception is defined as

encompassing all measures applied by a State, outside its national territory, in order to prevent, interrupt or stop the movement of persons without the required documentation crossing international borders by land, air or sea, and making their way to the country of prospective destination⁸⁶.

Since these measures aim to impede unauthorized arrivals and usually do not distinguish those seeking international protection from other migrants, they may violate the right to seek asylum⁸⁷. This is particularly alarming considering the fact that among irregular arrivals at the EU there is a significant proportion of asylum seekers⁸⁸.

Interception policies are often related to violation of the obligation of non-discrimination. The ‘Report on means to address the human rights impact of pushbacks of

⁸² *Idem*.

⁸³ Case *X and X v. État belge*, CJEU, 7 March 2017.

⁸⁴ Costello, 2016, p. 245.

⁸⁵ Goodwin-Gill & McAdam, 2021, pp. 422-423.

⁸⁶ Interception of asylum-seekers and refugees: The international framework and recommendations for a comprehensive approach, EC/50/SC/CRP.17, UNHCR Executive Committee, 9 June 2000.

⁸⁷ Goodwin-Gill & McAdam, 2021, pp. 418-419.

⁸⁸ European Union Agency for Fundamental Rights, 2023, p. 8.

migrants on land and at sea’ submitted by the United Nations Special Rapporteur on the human rights of migrants, called attention to the fact that

Pushbacks often exacerbate situations of vulnerability, including those based on multiple and intersecting forms of discrimination, such as on the basis of gender, age, race, ethnicity, nationality, migration status, sexual orientation and gender identity, and other factors. States should protect migrants at all stages of the migratory process and guarantee access to justice to remedy any discriminatory treatment or human rights violations that they experience⁸⁹.

The Special Rapporteur also expressed concern about barriers imposed by Spain to persons seeking asylum, which included the allegations of discrimination suffered by migrants coming from sub-Saharan Africa, who were prevented from leaving their country of origin on the grounds of their appearance. Achiume also mentions this situation as an example of “a vivid manifestation of the bordering function performed by an individual’s embodiment of race”⁹⁰. The author mentions that, in north Morocco, even lawful permanent residents felt unsafe in public, as the extraterritorial European immigration enforcement operation in place “relied on racial profiling as its means of identifying (and in many cases determining) migrants who were unlawfully present and presumed to be journeying to Europe”⁹¹.

Regarding the challenges to assess deflection practices, the UN Special Rapporteur on the human rights of migrants observed that some of these measures are rooted in States’ denial of their human rights obligations in relation to migrants, or from discriminatory legislation and policies⁹². Despite being evident that these measures violate EU Law (especially the Asylum Procedures Directive), when the CJEU had the opportunity to analyse practices that are “at the root of border violence”, it has failed to do so⁹³. The already mentioned case in which the Court analysed the obligation to issue humanitarian visas is one of these examples.

3.2.3. Safe Third Country and Safe Country of Origin

Even after reaching the territory of the Union, the access to a full asylum procedure may not be guaranteed. As pointed by Costello, triggering the *non-refoulement* obligation

⁸⁹ Report on means to address the human rights impact of pushbacks of migrants on land and at sea: Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Felipe González Morales, UN Human Rights Council, 2021.

⁹⁰ 2022, p. 484.

⁹¹ *Ibidem*, p. 485.

⁹² Report on means to address the human rights impact of pushbacks of migrants on land and at sea: Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Felipe González Morales, UN Human Rights Council, 2021.

⁹³ Tsourdi & Costello, 2023, pp. 992-993.

“precludes States from returning asylum seekers to their countries of origin, but not necessarily elsewhere”⁹⁴.

States usually adopt Safe Third Country practices with the intention to shift responsibility to countries in which asylum-seekers could have claimed protection during their journey⁹⁵. The Asylum Procedures Directive regulates these practices, establishing a presumption of safety to countries based on specific criteria, such as the absence of risk of serious harm, respect for *non-refoulement* and the absence of threats to life and liberty based on protected grounds⁹⁶. APD determines that

Member States should not be obliged to assess the substance of an application for international protection where the applicant, due to a sufficient connection to a third country as defined by national law, can reasonably be expected to seek protection in that third country, and there are grounds for considering that the applicant will be admitted or readmitted to that country⁹⁷.

Thus, when a third country is considered safe for the applicant, the application may be considered inadmissible. Moreover, the Directive establishes that the applications of persons whose countries of origin are designated as ‘safe’ should be accelerated and/or conducted at the border or in transit zones⁹⁸. Although the general presumption of safety of a country is not absolute, it imposes a higher burden of proof on the applicant, who has to demonstrate that “there are valid reasons to consider the country not to be safe in his or her particular circumstances”⁹⁹, in order for the concept of safety to be disregarded in the specific case. Challenges related to the reversal of the safety presumption by asylum-seekers may include short time-limits, lack of legal assistance and accurate information about the country of origin, all of which allow to conclude it is “not an easy hurdle to overcome”¹⁰⁰.

It is clear that, by establishing a procedural disadvantage and increasing burden of proof for applicants, these practices may hinder access to protection of specific groups¹⁰¹. Bearing in mind that it allows States to grant less favourable procedural treatment to some groups of

⁹⁴ 2016, p. 252.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ Article 38.1 of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast).

⁹⁷ Recital (44) of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast).

⁹⁸ Articles 33.2 (c) and 31.8 (b) of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast).

⁹⁹ Recital (42) of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast).

¹⁰⁰ European Council on Refugees and Exiles (ECRE), 2015, p. 10.

¹⁰¹ European Council on Refugees and Exiles (ECRE), 2014, p. 48.

asylum-seekers than others, concerns have been raised in relation to the discriminatory character of this Directive¹⁰².

Moreover, these concepts seem to be incompatible with the Refugee Convention spirit, which requires individual assessment of the risk of persecution faced by the person, for reasons of a protected ground. To define that a country is safe and free from persecution for all disregards the rights of minority groups, who are often more subject to harm, even in countries not marked by widespread conflict or violence¹⁰³.

The CJEU approached the matter in *H.I.D and B.A.* This case concerned a Nigerian national who claimed that the procedural disadvantage imposed by the concept of safe country of origin — which implied that less time and resources are invested in priority cases — constituted a violation of the prohibition of discrimination based on nationality. However, the Court ruled that the possibility to prioritize processing of an asylum application is under the scope of discretion enjoyed by Member States regarding the organization of the processing of asylum applications.

Thus, the CJEU did not recognize this differential treatment as discrimination and asserted that “the nationality of the applicant for asylum is an element which may be taken into consideration to justify the prioritised or accelerated processing of an asylum application”¹⁰⁴ provided that the accelerated procedure does not deprive the applicants from the guarantees established by the Asylum Procedures Directive. In Costello and Foster’s opinion, the CJEU in this case did not give “due attention to human rights general principles or Article 3 of the Refugee Convention”¹⁰⁵.

Another concern related to the use of STC practices, as highlighted by Hathaway, is the fact that “procedural discrimination can give rise to a heightened risk of unjustified rejection and removal from the asylum state, thus indirectly engaging Art. 33’s duty of non-refoulement”¹⁰⁶. For instance, there are reports of mass forced returns of refugees to Syria, who had been previously sent to Turkey as part of the EU-Turkey deal¹⁰⁷. In relation to these events, non-governmental organizations have pressured the EU to declare that Turkey must not be considered a safe third country, according to the criteria set in APD¹⁰⁸.

When the CJEU had the opportunity to assess the compatibility of the EU-Turkey Deal with the EU fundamental rights, it ruled that the document was authored by the ‘Heads of State or Government of the Member States’ and therefore could not be regarded as a measure adopted by the European Council, or by any institution of the EU. Under this argument, the

¹⁰² European Council on Refugees and Exiles (ECRE), 2015, p. 2.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 4.

¹⁰⁴ Case C-175/11, Court of Justice of the European Union, 31 January 2013.

¹⁰⁵ 2022, p. 266.

¹⁰⁶ 2021, p. 281.

¹⁰⁷ Amnesty International, 2016.

¹⁰⁸ Human Rights Watch, 2022.

Court concluded it did not have jurisdiction to rule on the lawfulness of the international agreement concluded by the Member States¹⁰⁹, refusing to recognize the relation between EU actions and the measures under scrutiny.

In respect of these systemic violations of the rights of asylum seekers, Tsourdi & Costello observe that they “connote a collective refugee protection backsliding in the EU which affects the rule of law”¹¹⁰.

Having analysed the legal framework of the regime and the ‘layers of deflection’¹¹¹ that asylum seekers have to face to reach the jurisdiction of a Dublin Member State and to access protection, the next chapter will examine the more favourable treatment afforded to persons displaced from Ukraine, with the activation of the Temporary Protection Directive, in light of the principle of non-discrimination, that permeates the whole analysis in this work.

4. Case study: The activation of the Temporary Protection Directive to persons displaced from the war in Ukraine

In March 2022, some days after Russia’s military invasion of Ukraine, the European Union, by the Council Implementing Decision (EU) 2022/382, triggered the Temporary Protection Directive, as a response to the mass influx of people fleeing Ukraine. The decision stated that the concession of temporary protection was the most appropriate instrument, as it would allow the displaced persons to enjoy harmonized rights across the Union without the formalities and length of the regular asylum process. Also, it would benefit Member States, by creating a balance of efforts and reducing the risk of overloading national asylum systems.

TPD was adopted in 2001, following the conflicts in former Yugoslavia, but had never been activated before¹¹², despite the European Parliament’s call to trigger it in response to the crisis in the Mediterranean¹¹³. Some years ago, there was even a proposal to repeal it¹¹⁴. Just a year before its activation, scholars still considered that the Directive was likely to become a dead letter¹¹⁵.

The way Ukrainians were welcomed by the EU Member States was described as “a swift and encouraging show of solidarity”¹¹⁶. As observed by McAdam, this group would not “be forced through the cumbersome and complicated bureaucratic process that normally

¹⁰⁹ Case NF v. European Council, CJEU, 28 February 2017.

¹¹⁰ 2023, p. 992.

¹¹¹ Costello, 2016, p. 233.

¹¹² See https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/common-european-asylum-system/temporary-protection_en.

¹¹³ European Parliament resolution of 29 April 2015 on the latest tragedies in the Mediterranean and EU migration and asylum policies (2015/2660(RSP)).

¹¹⁴ Communication from the Commission on a New Pact on Migration and Asylum, 23 September 2020.

¹¹⁵ Durieux, 2021, p. 690.

¹¹⁶ See <https://www.hrw.org/news/2022/03/01/eu-keep-borders-open-people-fleeing-ukraine>.

awaits those seeking asylum”¹¹⁷. This positive and welcoming reaction of EU Member States towards persons displaced from Ukraine contrasted sharply with their reaction to previous migratory flows, such as those of Syrians and Afghans, who also arrived at the Union fleeing conflicts in their countries of origin. This differential treatment raised concerns about unlawful discrimination. Moreover, significant differences in treatment among beneficiaries of temporary protection were also reported, as it will be exposed in subchapter 4.2.

This chapter will begin by analysing the content and scope of temporary protection. Next, the consequences of it on the access to protection will be examined, in light of the concerns of unlawful discrimination. Lastly, an assessment of discrimination will be conducted, from two perspectives: between beneficiaries of temporary protection and asylum seekers in general; and among beneficiaries of temporary protection.

4.1. Content and scope of temporary protection

Temporary protection is a political instrument, developed to provide emergency response to deal with situations of mass influx of asylum seekers. In the European context, this form of protection is associated with admission to the territory and temporary stay, based on a premise of eventual return¹¹⁸.

According to Article 2(a) of the TPD, temporary protection is

a procedure of exceptional character to provide, in the event of a mass influx or imminent mass influx of displaced persons from third countries who are unable to return to their country of origin, immediate and temporary protection to such persons, in particular if there is also a risk that the asylum system will be unable to process this influx without adverse effects for its efficient operation, in the interests of the persons concerned and other persons requesting protection.

For Durieux¹¹⁹, it is important to emphasize this procedural character, since it clarifies that temporary protection is not an alternative nor additional status. It is a form of protection that “comes close to —but deliberately stops short of— *prima facie* recognition of the refugee character of all members of a group, which is practiced in other parts of the world”¹²⁰.

The term ‘mass influx’ does not have a legal definition, but it has been defined by TPD as “arrival in the Community of a large number of displaced persons, who come from a specific country or geographical area, whether their arrival in the Community was spontaneous or

¹¹⁷ 2022.

¹¹⁸ Goodwin-Gill & McAdam, 2021, pp. 292- 294.

¹¹⁹ 2021, p. 690.

¹²⁰ *Idem*.

aided, for example through an evacuation programme”¹²¹. The UNHCR’s Executive Committee has described it as a phenomenon that may have some or all of the following characteristics:

- (i) considerable numbers of people arriving over an international border;
- (ii) a rapid rate of arrival; (iii) inadequate absorption or response capacity in host States, particularly during the emergency; (iv) individual asylum procedures, where they exist, which are unable to deal with the assessment of such large numbers¹²².

Besides facilitating access to protection, TPD defines a series of rights to beneficiaries, such as residence permits, suitable accommodation and social welfare¹²³. However, considering its limited duration, temporary protection is considered to be “a middle ground between the status of an asylum seeker and the rights accorded to refugees”¹²⁴. As explained by Goodwin-Gill & McAdam¹²⁵, there are divergent logics to approach temporary protection. On one hand, the possibility to provide immediate protection to a mass influx of persons and minimum standards of treatment. On the other, it can be imposed by States as a restrictive status, to refrain from guaranteeing the Refugee Convention rights.

In respect of beneficiaries, the Council implementing decision determined that temporary protection should be applied for Ukrainian nationals and nationals of third countries who were benefiting in Ukraine from refugee status or equivalent protection before the date of the military invasion by Russian armed forces. The decision mentions that it ‘would be appropriate’ to grant protection to stateless persons and nationals of third countries who were legally residing in Ukraine and who are unable to return in safe and durable conditions to their country or region of origin¹²⁶. According to the European Union Agency for Asylum, more than two-thirds of the EU Member States have implemented this provision and extended the concession of temporary protection to these groups¹²⁷.

¹²¹ Article 2(a) of the Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof.

¹²² UNHCR Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, Conclusion on international cooperation and burden and responsibility sharing in mass influx situations No. 100 (LV), 2004.

¹²³ Article 8 and Article 13 of the Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof.

¹²⁴ Durieux & Hurwitz, 2004, as cited in Durieux, 2021, p. 690.

¹²⁵ 2021, p. 295.

¹²⁶ Recital (11) and Recital (12) of the Council Implementing Decision (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC and having the effect of introducing temporary protection.

¹²⁷ 2023, p. 13.

4.2. Discrimination in the access to protection

As mentioned in the previous chapter, asylum seekers have to face risky journeys to access the territory of the EU, due to containment measures adopted by States to prevent them from reaching the territory. In contrast, Ukrainians benefit from visa-free access to the EU¹²⁸ and, according to the TPD, stateless persons and third country nationals who were lawfully residing in Ukraine should be admitted into the EU on humanitarian grounds without the requirement of a visa, to “ensure safe passage with a view to returning to their country or region of origin”¹²⁹.

Thus, persons displaced from Ukraine do not have to be subject to all the layers of deflection that hinder access to protection, which places them in a significant advantage when compared to other asylum seekers, who, besides facing hazardous journeys, still have to deal “with the degrading asylum process and its carceral confinements”¹³⁰.

Moreover, the decision that implemented the temporary protection established that Ukrainians are able to choose the Member State where they want to reside, which allows them to “join their family and friends across the significant diaspora networks that currently exist across the Union”¹³¹. This possibility of choice is clearly not enjoyed by other asylum seekers, who have to comply with the rules of the much-criticized Dublin Regulation, not being able to choose the country in which they want to claim asylum.

The current model of solidarity in burden-sharing between Member States also draws attention, as it is not adopted towards other asylum seekers. Due to these striking advantages of the regime that emerged in response to those fleeing Ukraine — if compared to CEAS — it is considered to be a ‘dual system’.¹³²

An example that illustrates this outrageous difference in the access to protection regards the way Poland has opened its borders to receive Ukrainian refugees, while simultaneously continues to deploy containment measures at the border with Belarus, where it has built a 186 kilometres wall to deter people fleeing conflicts in the Middle East and Africa and seeking to enter EU territory¹³³. Violent pushbacks, degrading treatment and

¹²⁸ Annex II of Regulation (EU) 2018/1806 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement (codification).

¹²⁹ Recital (13) of Council Implementing Decision (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC and having the effect of introducing temporary protection.

¹³⁰ Costello & Foster, 2022, pp. 267-268.

¹³¹ Article 16 of Council Implementing Decision (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC and having the effect of introducing temporary protection.

¹³² Costello & Foster, 2022, pp. 267-268.

¹³³ Al Jazeera, 2022.

arbitrary detention were also reported as measures adopted by the Polish authorities¹³⁴. As described by Tondo,

At the train station in Przemyśl in Poland, thousands of refugees fleeing the Russian invasion of Ukraine get off the carriages every day, seeking asylum in Europe. As they arrive, dozens of Polish border guards and soldiers distribute food, water, blankets and hot tea with a smile.

I look on as the soldiers help Ukrainian women and children with their heavy luggage. I watch as they play with the children and caress their faces. As the scene unfolds, I can't help but think that this is the same border force which, for months, a short distance north, along the same eastern border, has been violently pushing back asylum seekers from Syria, Iraq and Afghanistan who attempt to cross the frontier from Belarus.

It is the same border force which, instead of offering a caring touch and a comforting smile, brutally beat the refugees from Aleppo, who are also victims of Vladimir Putin's bombardments¹³⁵.

Besides concerns of discrimination between beneficiaries of temporary protection and asylum seekers in general, there were also several reports of discrimination among beneficiaries of temporary protection, related to nationality and race, such as African citizens resident in Ukraine being violently prevented from crossing the border. This led to a statement of the African Union, urging "all countries to respect international law and show the same empathy and support to all people fleeing war notwithstanding their racial identity"¹³⁶.

In that respect, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), "alarmed by reports of discriminatory treatment of people attempting to flee Ukraine into neighbouring countries, in particular people of African, Asian, Middle Eastern and Latin American descent"¹³⁷, issued a Statement calling upon all States parties to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD) to allow access to their territories to "all persons fleeing the conflict without discrimination on grounds of race, colour, descent, or national or ethnic origin and regardless of their immigration status"¹³⁸.

¹³⁴ Amnesty International, 2022.

¹³⁵ 2022.

¹³⁶ Statement of the African Union on the reported ill treatment of Africans trying to leave Ukraine, 28 February 2022.

¹³⁷ CERD, Racial discrimination against persons fleeing from the armed conflict in Ukraine, Statement 1 (2022).

¹³⁸ *Idem*.

As Costello & Foster have highlighted, the flight from Ukraine is an example of how “contemporary migration control practices include racial profiling and even violence, both correctly characterized as race discrimination”¹³⁹. In this sense, Achiume affirms that

race emerges as an illegality detection and production mechanism, as border infrastructure relied upon to presumptively exclude, subordinate, and immobilize through nonwhiteness, while presumptively including and facilitating the mobility through whiteness.¹⁴⁰

In the next subchapter, the assessment of discriminatory treatment will be carried out, in light of the criteria established by case-law to verify if it amounts to unlawful discrimination.

4.3. Assessment of discrimination

All the mentioned differences in the treatment afforded to displaced persons from Ukraine, with the activation of TPD, require the analysis of whether this preferential treatment amounts to unlawful discrimination. As it was exposed, not all differential treatment is considered discrimination. Especially in matters related to migration control, States enjoy a margin of discretion in formulating policies, as their legitimate aim is generally assumed¹⁴¹. However, as stressed by Costello & Foster, “discretion is often a mask for forms of selection that should be rejected”.¹⁴²

To make the assessment of discrimination in the scope of temporary protection regarding access to protection, it is necessary to analyse it from two perspectives: between beneficiaries of temporary protection and asylum seekers in general (i.e., other categories of displaced persons), and among persons eligible for temporary protection.

4.3.1. Discrimination between beneficiaries of temporary protection and other persons in need of protection

This first approach should be the analysis of whether the scope of the Directive itself is discriminatory, by granting preferential treatment to Ukrainians in comparison to other categories of forced migrants. Although the principle of non-discrimination is guaranteed in EU Law (Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the EU), EU Asylum

¹³⁹ 2022, p. 249.

¹⁴⁰ 2022, p. 485.

¹⁴¹ Costello & Foster, 2022, p. 252.

¹⁴² *Ibidem*, p. 258.

Law is marked by differentiations between beneficiaries of international protection, as it was exposed.

To analyse the distinction between different categories of forced migrants, it is important to look at the Joined Cases *Alo and Osso*¹⁴³, in which the CJEU analysed the right to non-discrimination in relation to freedom of movement within a State, concerning differential treatment between refugees and beneficiaries of subsidiary protection who received social welfare benefits. Beneficiaries of subsidiary protection in Germany were subject to a condition on the place of residence that was not imposed on refugees and other third country nationals.

Regarding the assessment of discrimination, in relation to one of the aims invoked by the German State — achievement of an appropriate distribution of the burden of paying social security benefits — the Court concluded that the restriction on the freedom of movement imposed on beneficiaries of subsidiary protection constituted a violation of the QD. Regarding the other aim alleged — to facilitate the integration of third-country nationals — the Court considered that the determination of comparability between the two situations should be conducted by the national court. To make this assessment, the CJEU indicated that the national court would have to

determine whether the fact that a third country national in receipt of welfare benefits is a beneficiary of international protection — in this case subsidiary protection — means that he will face greater difficulties relating to integration than another third country national who is legally resident in Germany and in receipt of such benefits.

In this case, the Advocate General's Opinion had recognized that subsidiary protection is included in the concept of "other status" and therefore is a prohibited ground of discrimination, which resulted in the need to analyse the case under the scope of the prohibition of discrimination of Art. 21 of the Charter of Fundamental Rights of the EU and its interpretation in conformity with Art. 14 of the ECHR. However, the CJEU did not mention any non-discrimination provision in the judgment. In that respect, Storgaard observes that

although it is far from certain that the CJEU intended to or even found it relevant to align the test developed under Articles 29 and 33 QD with that of Article 14 ECHR, the vocabulary chosen by the Court makes it reasonable to draw parallels and compare with that provision. And by departing from the approach of the ECtHR in a very similar case and leaving it for the referring national court to apply

¹⁴³ Cases C-443/14 and C-444/14, *Kreis Warendorf v. Ibrahim Alo and Amira Osso v. Region Hannover*, CJEU, 1 March 2016.

the test in practice in light of relatively abstract guiding criteria, the CJEU creates undue legal certainty about the applicable non-discrimination standard in cases involving difference of treatment of international protection beneficiaries¹⁴⁴.

In the same sense, Kienast & Vedsted-Hansen argue that there is still space for further development of the prohibition of discrimination under the scope of Art. 21 of the Charter of Fundamental Rights of the EU in the jurisprudence of the CJEU¹⁴⁵.

Due to this lack of clarity regarding differential treatment of beneficiaries of international protection in the jurisprudence of the CJEU and considering that the prohibition of discrimination in the ECHR is related to the prohibition of non-discrimination at the EU level, it is also important to conduct the assessment of discrimination in light of the jurisprudence of the ECtHR. The analysis of its wider jurisprudence regarding discrimination between persons in need of international protection can offer a valuable contribution to this assessment.

Moreover, although the EU is not part of the ECtHR and therefore applicants cannot bring cases directly against the EU regarding violations of human rights, under certain circumstances, it may be possible to complain indirectly about EU actions by bringing a case against one or more EU Member States before the ECtHR¹⁴⁶. For that, applicants must prove a ‘manifest deficiency’ in EU protection¹⁴⁷. Besides that, applicants could also take the cases to the ECtHR against Member States in relation to the cases involving discrimination in conjunction with the violation of other substantive rights of the Convention, such as the right not to be subject to degrading treatment, in the cases of pushbacks.

As previously stated, for an issue to arise under Art. 14 of the ECHR, differential treatment has to be afforded to persons in analogous or relevantly similar situations. Moreover, it has to be analysed if there is an objective and reasonable justification for that difference in treatment, i.e., if the measure pursues a legitimate aim and if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim to be achieved.

Regarding the comparability of situations, Heschl¹⁴⁸ argues that two elements are necessary to evaluate it: the preferential status of Ukrainians as exempt from visa to access the territory of the Union, and the proximity of the conflict to the EU. According to the understanding of ECtHR, it is not required that the comparator groups are identical, being enough that they are in relevantly similar situations¹⁴⁹. So, the exemption of visa does not

¹⁴⁴ 2016.

¹⁴⁵ 2024, p. 6.

¹⁴⁶ European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, 2020, p. 26.

¹⁴⁷ Costello, 2016, p. 247.

¹⁴⁸ 2023, p. 21.

¹⁴⁹ ECtHR, 2022, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, p. 17.

necessarily mean that the two situations are not comparable¹⁵⁰. For Kienast and Vedsted-Hansen, “all those who seek protection in the context of a mass influx and have *prima facie* grounds for seeking protection must be considered as being in a relevantly similar situation”¹⁵¹.

The proximity of the conflict implies that Ukrainians were obliged to seek refuge in the EU and did not pass through any third country before reaching the territory of the Union. Skordas¹⁵² argues that it is doubtful whether the majority of persons who arrived at the EU in the 2015 migration crisis were displaced, in the meaning of the concept of TPD. He argues that these persons were already protected in third countries, such as Turkey and Lebanon, and therefore would not be considered displaced persons, as their movement *en masse* to the EU was voluntary. For this reason, the author considers that the situation in Ukraine is “very different, because the extent, breadth, and spontaneity of movement demonstrate, beyond any doubt, that the armed conflict was the proximate cause of the displacement”¹⁵³.

This argument that secondary movements are not considered to be in search of protection, but rather migration¹⁵⁴, can be refuted, since it ignores the particularities that can cause the third country to be considered unsafe for that individual, as a member of a minority group, for instance¹⁵⁵. Also, as analysed in chapter 3, some countries considered as ‘safe’ employ mass forced returns against refugees. So, it is argued that their movement to the EU cannot be considered voluntary and they would also be included in the concept of ‘displaced’, in the sense of the TPD’s concept.

Concluding that the two situations are comparable, it is then necessary to analyse if there is an objective and reasonable justification for that difference in treatment. In this case, temporary protection was granted as a result of a sudden and mass displacement and had the objective to maintain the functioning of national asylum systems, which would be overwhelmed by individual asylum applications. Prantl & Kysel believe that “valid State objectives, especially given the unprecedented speed and scale of arrivals from Ukraine, likely justify the differential treatment reflected in the activation of the TPD”¹⁵⁶.

Regarding specifically the right to free movement in the EU and to choose the Member State in which they want to apply for protection, it is argued that the rationale of this measure was not only as a sign of solidarity to displaced persons but was also created to alleviate the burdens of frontline Member States. For this reason, it would also likely be considered as sufficient justification for differential treatment¹⁵⁷.

¹⁵⁰ Heschl, 2023, p. 22.

¹⁵¹ 2024, p. 22.

¹⁵² 2023, p. 426.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 426-427.

¹⁵⁴ This is the same argument that States use to justify third-country practices.

¹⁵⁵ Goodwin-Gill & McAdam, 2021, p. 440.

¹⁵⁶ 2022.

¹⁵⁷ Kienast, Feith Tan & Vedsted-Hansen, 2022.

However, the justification test includes a detailed proportionality assessment in a case-by-case basis¹⁵⁸. So, scholars argue that the EU and Member States must “be prepared to justify the distinctions being introduced if they want to uphold special treatment of certain categories of persons in need of international protection”¹⁵⁹. Costello and Foster highlight that adjudicatory bodies which identify apparently discriminatory practices could “demand more of states in terms of justification, in particular when justification elides into racist exclusion”¹⁶⁰.

4.3.2. Discrimination among persons eligible for temporary protection

Regarding persons fleeing the same conflict, the comparability of the situations is more evident. As pointed out by Kostakopoulou, “in the event of a mass exodus of third country nationals fleeing war-based violence, any differentiated treatment of them which includes arbitrariness, discrimination or racism”¹⁶¹ would violate non-discrimination provisions, as it is an issue of “singling out a racial, ethnic or national group of third country nationals for privileged treatment when all groups are equally displaced and fleeing the same area of armed conflict”¹⁶².

As mentioned, TPD did not impose on States the obligation to grant protection to all third country citizens displaced from Ukraine, although it considered it ‘appropriate’ to extend the protection to them. When implementing the Directive in their national systems, some countries only applied the protection to Ukrainian nationals, and reports of persons being prevented from crossing the border on allegedly racialized grounds were frequent, as exposed in subchapter 4.2. If the difference in treatment is exclusively based on nationality, as stated by the ECtHR in the case of *Gaygusuz v. Austria*, ‘very weighty reasons’ would have to be put forward before the Court could consider it compatible with the Convention. For Prantl & Kysel¹⁶³, in the context of the war in Ukraine, it seems ‘impossible’ that ‘very weighty reasons’ would be identified to distinguish, based on nationality, who could cross the borders to seek refuge. Moreover, differential treatment grounded exclusively or to a decisive extent on race or ethnicity is not capable of being objectively justified. Therefore, “any race-based restrictions on entry or humanitarian assistance by State parties are thus clearly discriminatory, irrespective of justification”¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Kienast & Vedsted-Hansen, 2024, p. 21.

¹⁵⁹ Kienast, Feith Tan & Vedsted-Hansen, 2022.

¹⁶⁰ 2022, p. 253.

¹⁶¹ 2023, p. 442.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ 2022.

¹⁶⁴ Prantl & Kysel, 2022.

Despite recognizing the importance of ECHR in guaranteeing non-discrimination on prohibited grounds, some challenges still remain in relation to the protection of asylum seekers, mainly related to the practical obstacles of challenging border practices in Courts¹⁶⁵. The complexity of proving the indirect discriminatory effect of a measure on the grounds of race and ethnicity¹⁶⁶ is one of these difficulties, as well as barriers faced by asylum seekers to access justice. Bearing these challenges in mind, Costello points to the effects of these impediments in “obscuring the processes whereby lives are lost and access to protection precluded”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Costello, 2016, p. 249.

¹⁶⁶ Heschl, 2023, p. 14.

¹⁶⁷ Costello, 2016, p. 249.

Conclusion

State practices approaching access to international protection usually grant divergent responses to different categories of refugees. This was exacerbated with the activation of the TPD to respond to the displacement of persons fleeing the war in Ukraine, which granted them an almost automatic right to enter and stay in the territory of the Union, as well as the possibility to choose the country in which they wanted to reside.

Since States retain a degree of discretion to impose measures related to immigration control, it is hard to challenge the application of temporary protection. Also, political reasons that go beyond the analysis of this work also permeated the activation of the Directive. Although scholars diverge in relation to the lawfulness of the scope of temporary protection — as defined in the TPD and in the decision that activated it — there is consensus that differentiations based exclusively on nationality would be extremely hard for States to justify.

Taking into account the strong condemnation of racial discrimination, differential treatment based exclusively or to a certain extent on race and ethnicity is not liable to be justified. So, regarding the reports of third country citizens who were violently prevented from crossing the border and access protection, these measures are very likely to be considered discriminatory if they are taken to the scrutiny of human rights Courts and bodies.

This work aims to contribute to the reinforcement of non-discrimination rules to the protection of refugees, by scrutinizing States policies regarding access to protection. As sustained by Prantl & Kysel, recurring to non-discrimination law could “foster better protection of refugees and other migrants in the current crisis and in the future, strengthening non-discrimination’s rightful place as a key tool for advancing the rights of people crossing borders.”¹⁶⁸

Nonetheless, it is acknowledged that several obstacles hinder the possibility of asylum seekers to reach the Courts, which may limit the impact of these norms to challenge discriminatory practices. The implementation of safe possibilities to ensure safe access to EU territory for asylum seekers, for instance by granting humanitarian visas, is likely to have a greater impact on tackling discrimination.

As warned by Costello & Foster, there is also the risk that imposing a duty of equal treatment becomes “a pretext for levelling down, or even lead to withdrawal of certain benefits altogether, or the creation of even more opaque processes”.¹⁶⁹ In spite of that, it is recognized the importance of legal argumentation as a tool to challenge discrimination in refugee protection.

¹⁶⁸ 2022.

¹⁶⁹ 2022, p. 258.

Bibliography

- ACHIUME, E. T. (2021). Race, Refugees, and International Law. In C. Costello, M. Foster, & J. McAdam (Eds.). *The Oxford handbook of international refugee law*. Oxford University.
- ACHIUME, T. (2022). Racial borders. *The Georgetown Law Journal*, vol. 110, no. 3. <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/in-print/volume-110/volume-110-issue-3-may-2022/racial-borders/>.
- AFRICAN UNION. (2022). *Statement of the African Union on the reported ill treatment of Africans trying to leave Ukraine*. <https://au.int/sites/default/files/pressreleases/41534-pr-english.pdf>.
- AL JAZEERA. (2022, June 30). *Poland completes Belarus border wall to keep asylum seekers out*. <https://www.aljazeera.com/news/2022/6/30/poland-belarus-border-completed-wall-to-keep-asylum-seekers-out>.
- AMNESTY INTERNATIONAL. (2016, April 1). *Turkey: Illegal mass returns of Syrian refugees expose fatal flaws in EU-Turkey deal*. <https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2016/04/turkey-illegal-mass-returns-of-syrian-refugees-expose-fatal-flaws-in-eu-turkey-deal/>
- AMNESTY INTERNATIONAL. (2022, April 11). *Poland/Belarus: New evidence of abuses highlights “hypocrisy” of unequal treatment of asylum seekers*. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/04/poland-belarus-new-evidence-of-abuses-highlights-hypocrisy-of-unequal-treatment-of-asylum-seekers/>.
- CHART OF signatures and ratifications of Treaty 177. (n.d.). Council of Europe. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=177>.
- CHETAIL, V. (2014). Are refugee rights human rights? An unorthodox questioning of the relations between refugee law and human rights law. In R. Rubio-Marín (ed.). *Human rights and immigration. Collected Courses of the Academy of European Law*, pp. 19-72. Oxford Academic. <https://academic.oup.com/book/11474/chapter/160184799>.
- COMMITTEE on the Elimination of Racial Discrimination. (2022). *Racial discrimination against persons fleeing from the armed conflict in Ukraine, Statement 1 (2022)*. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-03/Statement-racial-discrimination-against-persons-conflict-Ukraine.pdf?symbolno=INT/CERD/SWA/9532&Lang=en>
- COMMUNICATION from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 23 September 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0609>.
- CONVENTION and protocol relating to the status of refugees with an introductory note by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. <https://www.unhcr.org/fr-fr/en/media/convention-and-protocol-relating-status-refugees>.
- COSTELLO, C. (2016). *The human rights of migrants and refugees in European law*. Oxford University Press.

- COSTELLO, C. & FOSTER, M. (2022). (Some) refugees welcome: When is differentiating between refugees unlawful discrimination? *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 22, no. 3, pp. 244-280. <https://doi.org/10.1177/13582291221116476>.
- COUNCIL DIRECTIVE 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, [2001] OJ L212/12. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055>.
- COUNCIL IMPLEMENTING DECISION (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC, and having the effect of introducing temporary protection, [2022] OJ L 71/1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382>.
- COUNCIL OF EUROPE. (1950). *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG.
- CRAIG, S. & ZWAAN, K. (2019). Legal overview. In N. Gill & A. Good (eds.). *Asylum determination in Europe*, pp. 27-49. Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1007/978-3-319-94749-5_2.
- CRENSHAW, K. (1991). Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, vol. 43, no. 6. <https://doi.org/10.2307/1229039>.
- DIRECTIVE 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), [2011] OJ L 337/9. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:en:PDF>.
- DIRECTIVE 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), [2013] OJ L 180/60. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32013L0032>.
- DURIEUX, J.-F. (2021). Temporary protection and temporary refuge. In C. Costello, M. Foster, & J. McAdam (eds.). *The Oxford handbook of international refugee law*. Oxford University.
- EUROPEAN COMMISSION. (2022). *Temporary protection*. https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/common-european-asylum-system/temporary-protection_en.
- EUROPEAN COUNCIL on Refugees and Exiles (ECRE). (2014). *Mind the gap: An NGO perspective on challenges to accessing protection in the common European asylum system, Annual Report 2013|2014*. https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2020/11/aida_annual_report_2013-2014_o.pdf.
- EUROPEAN COUNCIL on Refugees and Exiles (ECRE). (2015). *“Safe countries of origin”: A safe concept?* AIDA Legal Briefing No. 3 September 2015. <https://ecre.org/wp-content/uploads/2016/06/AIDA-Third-Legal-Briefing-Safe-Country-of-Origin.pdf>.
- EUROPEAN COURT of Human Rights. (2022). Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention.

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.

EUROPEAN PARLIAMENT resolution of 29 April 2015 on the latest tragedies in the Mediterranean and EU migration and asylum policies (2015/2660(RSP)), OJ C 346/47 (2016). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52015IP0176>.

EUROPEAN UNION. (2012). *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. 2012/C 326/02. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

REGULATION (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), OJ L 180/31 (2013). <https://www.refworld.org/legal/regislation/council/2013/en/14874>.

EUROPEAN UNION Agency for Asylum. (n.d.). *What we do*. European Union Agency for Asylum. <https://euaa.europa.eu/about-us/what-we-do>.

EUROPEAN UNION Agency for Asylum. (2023). *Providing temporary protection to displaced persons from Ukraine, a year in review*. Publications Office of the European Union. https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2023-03/2023_temporary_protection_year_in_review_EN.pdf.

EUROPEAN UNION Agency for Fundamental Rights. (2023). *Asylum and migration: Progress achieved and remaining challenges, Overview 2015 – March 2023*. Publications Office of the European Union. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2023-asylum-migration-progress-challenges_en.pdf.

EUROPEAN UNION Agency for Fundamental Rights & Council of Europe. (2013). *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*. Publications Office of the European Union. https://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders_en.pdf.

EUROPEAN UNION Agency for Fundamental Rights & Council of Europe. (2018). *Handbook on European non-discrimination law*. Publications Office of the European Union. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/494aec98-2803-11e8-ac73-01aa75ed71a1/language-en>.

GOODWIN-GILL, G. & MCADAM, J. (2021). *The refugee in international law* (4th ed.). Oxford University Press.

GUILD, E. (2001). *Moving the borders of Europe*. <https://cmr.jur.ru.nl/cmr/docs/oratie.eg.pdf>

HAMILTON, L. (2020). *(Re)Conceptualising vulnerability in international refugee law and practice: an exploration of the value of a more dynamic approach to vulnerability in refugee status determination* [PhD Thesis]. <https://aran.library.nuigalway.ie/handle/10379/15944>.

HARVEY, C. (2015). Time for reform? Refugees, asylum-seekers, and protection under international human rights law. *Refugee Survey Quarterly*, vol. 34, no. 1, pp. 43-60. <https://academic.oup.com/rsq/article/34/1/43/1579088>.

- HATHAWAY, J. (2021). The structure of entitlement under the Refugee Convention. In *The rights of refugees under international law* (pp. 173-311). Cambridge University Press. https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1269&context=book_chapters.
- HESCHL, L. (2023). Non-discrimination and the differential treatment of persons in need of protection. *Graz Law Working Paper* No. 13-2023. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4504074.
- HUMAN RIGHTS Watch. (2022, October 24). *Turkey: Hundreds of refugees deported to Syria*. <https://www.hrw.org/news/2022/10/24/turkey-hundreds-refugees-deported-syria>.
- KIENAST, J., FEITH TAN, N., & VEDSTED-HANSEN, J. (2022, April 27). Preferential, differential or discriminatory? EU protection arrangements for persons displaced from Ukraine. *ASILE*. <https://www.asileproject.eu/preferential-differential-or-discriminatory-eu-protection-arrangements-for-persons-displaced-from-ukraine/>.
- KIENAST, J., & VEDSTED-HANSEN, J. (2024). Differential treatment and temporary protection arrangements: Discrimination or legitimate distinctions? *European Journal of Migration and Law*, vol. 26, no. 1, pp. 1-25. <https://doi.org/10.1163/15718166-12340166>.
- KOSTAKOPOULOU, D. (2023). Temporary protection and EU solidarity: Reflecting on European racism. In S. Carrera & M. Ineli-Ciger (eds.) *EU responses to the large-scale refugee displacement from Ukraine: An analysis on the Temporary Protection Directive and its implications for the future EU asylum policy* (pp. 436-445). European University Institute. <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/75377/ASILE%20E-Book.pdf?sequence=7&isAllowed=y>.
- KRIVENKO, E. (2022). Reassessing the relationship between equality and vulnerability in relation to refugees and asylum seekers in the ECtHR: The MSS case 10 years on. *International Journal of Refugee Law*, vol. 34, no. 2, pp. 192-214. <https://academic.oup.com/ijrl/article/34/2/192/6657770>.
- LEE, E. (2017). Non-discrimination in refugee and asylum law (against travel ban 1.0 and 2.0). *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 31, no. 3.
- MCADAM, J. (2022, March 4). Europe triggers “temporary protection” for Ukraine war refugees. *The Interpreter*. <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/europe-triggers-temporary-protection-ukraine-war-refugees>.
- MOLE, N. & MEREDITH, C. (2010). *Asylum and the European Convention on Human Rights*. Council of Europe Publishing. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Pub_coe_HFfiles_2000_09_ENG.
- PETERSEN, N. (2018). The principle of non-discrimination in the European Convention on Human Rights and in EU Fundamental Rights Law. In Y. Nakanishi (Ed.), *Contemporary issues in human rights law* (pp. 129-142). Springer. https://doi.org/10.1007/978-981-10-6129-5_7.
- PRANTL, J. & KYSEL, I. M. (2022, May 2). Generous, but equal treatment? Anti-discrimination duties of states hosting refugees fleeing Ukraine. *EJIL:Talk!* <https://www.ejiltalk.org/generous-but-equal-treatment-anti-discrimination-duties-of-states-hosting-refugees-fleeing-ukraine/>.
- REGULATION (EU) 2018/1806 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 November 2018 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when

- crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement (codification), [2018] OJ L 303/39. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2018/1806/oj>.
- SKORDAS, A. (2023). Temporary protection and European racism. In S. Carrera & M. Ineli-Ciger (eds.). *EU responses to the large-scale refugee displacement from Ukraine: An analysis on the Temporary Protection Directive and its implications for the future EU asylum policy* (pp. 419–435). European University Institute. <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/75377/ASILE%20E-Book.pdf?sequence=7&isAllowed=y>.
- STORGAARD, L. (2016, March 9). Enhancing and diluting the legal status of subsidiary protection beneficiaries under Union law – the CJEU judgment in Alo and Osso. *EU Law Analysis*. <https://eulawanalysis.blogspot.com/2016/03/enhancing-and-diluting-legal-status-of.html>.
- TONDO, L. (2022, March 4). Embraced or pushed back: on the Polish border, sadly, not all refugees are welcome. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/global-development/commentisfree/2022/mar/04/embraced-or-pushed-back-on-the-polish-border-sadly-not-all-refugees-are-welcome>.
- TSOURDI, E. & Costello, C. (2023). “Systemic violations” in EU Asylum Law: Cover or catalyst? *German Law Journal*, vol. 24, no. 6, pp. 982–994. <https://doi.org/10.1017/glj.2023.59>.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). (2009). *General comment no. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/GC/20, 2 July 2009. <https://www.refworld.org/legal/general/cescr/2009/en/68520>.
- UN General Assembly. (1948). *Universal declaration of human rights*. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- UN General Assembly. (1966a). *International covenant on civil and political rights*. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.
- UN General Assembly. (1966b). *International covenant on economic, social and cultural rights*. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.
- UN Human Rights Committee (HRC). (1986, April 11). *CCPR general comment no. 15: The position of aliens under the covenant*. <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1986/en/38724>.
- UN Human Rights Committee (HRC). (1989, November 10). *CCPR general comment No. 18: Non-discrimination*. <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1989/en/6268>.
- UNHCR Executive Committee. (2000). *Interception of asylum-seekers and refugees: The international framework and recommendations for a comprehensive approach*, EC/50/SC/CRP.17. <https://www.refworld.org/reference/annualreport/unhcr/2000/en/65894>.
- UNHCR Executive Committee. (2004). *Conclusion on international cooperation and burden and responsibility sharing in mass influx situations*. No. 100 (LV) – 2004. <https://www.unhcr.org/publications/conclusion-international-cooperation-and-burden-and-responsibility-sharing-mass-influx>

- UNITED NATIONS High Commissioner for Refugees. (2006). *Human rights and refugee protection, Self-study module 5*, vol. I. <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/45a7acb72.pdf>
- UNITED NATIONS High Commissioner for Refugees (UNHCR). (2019). *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status and guidelines on international protection under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees*. <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2019/en/123881>
- UNITED NATIONS Human Rights Committee. (2004). Concluding observations: Lithuania, CCPR/CO/80/LTU. <https://www.refworld.org/policy/polrec/hrc/2004/en/17045>.
- UNITED NATIONS Human Rights Council. (2021). *Report on means to address the human rights impact of pushbacks of migrants on land and at sea: report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Felipe González Morales*. <https://digitallibrary.un.org/record/3928693?v=pdf>.

Table of cases

- Case Aden Ahmed v. Malta (Application no. 55352/12), (European Court of Human Rights, July 23, 2013). [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-122894%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-122894%22]).
- Case Biao v. Denmark (Application no. 38590/10), (European Court of Human Rights, May 24, 2016). [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-163115%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-163115%22]).
- Case C-175/11, H.I.D. and B.A v. Refugee Applications Commissioner and others, (Court of Justice of the European Union, January 31, 2013). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=133247&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=694818>.
- Case C-638/16, X and X v. État belge, (Court of Justice of the European Union, March 7, 2017). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=188626&doclang=EN>
- Case Gaygusuz v. Austria (Application no. 17371/90), (European Court of Human Rights, September 16, 1996). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-58060%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-58060%22]).
- Case Hirsi Jamaa and Others v. Italy (Application no. 27765/09), (European Court of Human Rights February 23, 2012). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-109231%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-109231%22]).
- Case Horváth and Kiss v. Hungary (Application no. 11146/11), (European Court of Human Rights, January 29, 2013). [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-116124%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-116124%22]).
- Case M.S.S. v. Belgium and Greece (Application no. 30696/09), (European Court of Human Rights, January 21, 2011). [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-103050%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-103050%22])
- Case Mahamed Jama v. Malta (Application no. 10290/13), (European Court of Human Rights, November 26, 2015). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-158877%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-158877%22]).
- Case Memedova and Others v. North Macedonia (Applications no. 42429/16 and 2 others), (European Court of Human Rights, October 24, 2023). [https://hudoc.echr.coe.int/#%22itemid%22:\[%22001-228661%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#%22itemid%22:[%22001-228661%22]).
- Case Molla Sali v. Greece (Application no. 20452/14), (European Court of Human Rights, December 19, 2018). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-188985%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-188985%22]).

Case O.M. v. Hungary (Application no. 9912/15), (European Court of Human Rights, July 5, 2016).
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-164466%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-164466%22]})

Case T-192/16, NF v. European Council, (Court of Justice of the European Union, February 28, 2017).
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188483&doclang=EN>.

Case Timishev v. Russia (Applications nos. 55762/00 and 55974/00), (European Court of Human Rights, December 13, 2005). [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-71627%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-71627%22]}).

Cases C-443/14 and C-444/14, Kreis Warendorf v. Ibrahim Alo & Amira Osso v. Region Hannover, (Court of Justice of the European Union, March 1, 2016).
<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ecj/2016/en/109466>.

Opinion of Advocate General Cruz Villalón, Joined Cases C-443/14 and C-444/14 Kreis Warendorf v. Ibrahim Alo and Amira Osso v. Region Hannover, (Court of Justice of the European Union October 6, 2015).
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=169142&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=466249#Footnote43>.

**O Regulamento Governação de Dados e a proteção de dados
pessoais**

Alguns desafios de interoperabilidade

Juliana Catarina Sousa Pinto

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Filipa Urbano Calvão

Agradecimentos

Aos meus pais, por serem os pilares inabaláveis da minha vida. Obrigada por todo o esforço que fizeram pela minha formação.

Ao Paulo, pelo amor e apoio ao longo desta jornada. A tua presença foi o conforto que me impulsionou nos momentos de dúvida.

À Professora Doutora Filipa Calvão, cuja orientação e conhecimentos partilhados foram fundamentais para a conclusão desta investigação.

À FUTURA, por cultivar o meu interesse pela proteção de dados e por proporcionar a oportunidade de aprofundar, diariamente, os meus conhecimentos nesta tão especial área do Direito.

Resumo

A presente dissertação tem como objetivo analisar de forma abrangente a interação entre o Regulamento Governação de Dados (RGD) e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), com um foco específico nas questões relacionadas com a reutilização de dados pessoais detidos por organismos do setor público e com o altruísmo de dados. Procura identificar obstáculos e incoerências que emergem da interoperabilidade entre os regulamentos, formulando perguntas e propondo soluções para os dilemas de proteção de dados pessoais que daí decorrem. Através desta abordagem, almeja-se contribuir para o melhor entendimento do quadro normativo da UE no que tange à proteção de dados pessoais no contexto da estratégia europeia para os dados.

Palavras-chave: Regulamento Governação de Dados; RGD; RGPD; reutilização de dados; altruísmo de dados; proteção de dados pessoais.

Abstract

This dissertation aims to comprehensively analyse the interaction between the Data Governance Act (DGA) and the General Data Protection Regulation (GDPR), with a specific focus on issues related to the re-use of personal data held by public sector bodies and data altruism. It seeks to identify inconsistencies and challenges arising from the interoperability between the regulations, formulating questions and proposing solutions to the dilemmas of personal data protection that arise from this interaction. Through this approach, it aims to contribute to a better understanding of the EU regulatory framework regarding the protection of personal data in the context of the European data strategy.

Keywords: Data Governance Act; DGA; GDPR; data re-use; data altruism; personal data protection.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art(s).	Artigo(s)
CE	Comissão Europeia
cfr.	Confrontar
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
CRP	Constituição da República Portuguesa
DP	Dados Pessoais
EEE	Espaço Económico Europeu
EDPB	European Data Protection Board
EDPS	European Data Protection Supervisor
EM(s)	Estado(s) Membro(s)
GT art. 29.º	Grupo de Trabalho do Artigo 29.º
LADA	Lei de Acesso aos Documentos Administrativos
OADR	Organização de Altruísmo de Dados Reconhecida
OSP	Organismo do Setor Público
p.	Página(s)
PME	Pequena Média Empresa
RGD	Regulamento Governação de Dados
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
v.	Ver
v.g.	Por exemplo, <i>verbi gratia</i>

Índice

1. Introdução	5
2. Enquadramento: o Regulamento Governação de Dados	6
2.1. Contexto: a estratégia europeia para os dados	6
2.2. Objeto e âmbito de aplicação do Regulamento Governação de Dados	7
2.3. O Regulamento Governação de Dados e o RGPD: convergência ou conflito?	8
3. A reutilização de dados pessoais detidos por organismos do setor público	9
3.1. Condições para a reutilização de dados pessoais	11
3.2. Desafios da anonimização: como distinguir dados não pessoais de dados pessoais	12
3.3. E quando a anonimização não é possível?	14
4. Altruísmo de dados	16
4.1. O conceito de altruísmo de dados	17
4.2. As organizações de altruísmo de dados	19
4.2.1. Obrigações das organizações de altruísmo de dados	19
4.2.2. Atividades das organizações de altruísmo de dados	21
4.3. Fundamento de licitude para o altruísmo de dados	23
4.4. O tratamento posterior dos DP no âmbito do altruísmo de dados	25
4.5. Direitos do titular dos dados	27
4.6. A ambiguidade do conceito “interesse geral”	29
5. O equilíbrio entre o direito fundamental à proteção de dados e o incentivo à partilha de dados pessoais	31
6. Conclusão	33
Bibliografia	34

1. Introdução

No epicentro da atual revolução tecnológica, os dados emergem como o principal catalisador do avanço económico e social¹. Embora frequentemente comparados ao “petróleo”², os dados destacam-se por serem uma fonte inesgotável de valor, com a singular capacidade de serem utilizados, reutilizados, agregados e combinados de maneiras infinitas de forma a impulsionar a inovação³. Deste modo, se utilizados de forma eficiente, os dados têm o potencial de transformar todos os aspetos da sociedade, nomeadamente aprimorar a qualidade dos cuidados de saúde, otimizar a eficiência dos sistemas de transporte e reduzir os custos associados aos serviços públicos.

Reconhecendo os desafios e o valor intrínseco dos dados, a UE lançou, em 2020, a estratégia europeia para os dados⁴, que visa criar um mercado único para os dados, facilitando a sua livre circulação entre os EM. Esta estratégia representa um marco crucial na jornada da UE que tem como objetivo “tornar-se um modelo de liderança para uma sociedade que, graças aos dados, estará habilitada a tomar melhores decisões – nas empresas e no setor público”⁵.

O RGD⁶ foi o primeiro regulamento a ser publicado no âmbito da estratégia para os dados e vem reconhecer não só a importância estratégica dos DP, mas também a imperativa necessidade de orientar os rumos tecnológicos futuros, onde os dados assumirão um protagonismo ainda mais significativo.

Neste âmbito, surge a importante questão da interoperabilidade entre o RGD e o RGPD⁷, dado que o RGD também regula o tratamento de DP. Na presente dissertação visamos explorar a interação entre os dois diplomas, bem como as eventuais inconsistências, concentrando-nos, sobretudo, nas questões relacionados com a reutilização de DP detidos por OSP e com o altruísmo de dados⁸. Deixaremos para futuras investigações, dada a sua própria complexidade,

¹ CE, 2020b, p. 1.

² Carrière-Swallow, 2019, p. 1.

³ V. Vestager, 2021: “Data is not oil – it is a renewable resource that can be pooled, shared, reused ...”. Este esforço da CE para democratizar o acesso aos dados abre o caminho para um futuro onde a tecnologia serve a humanidade e não o contrário (CE, 2020a, p. 17).

⁴ Este esforço da CE para democratizar o acesso aos dados abre o caminho para um futuro onde a tecnologia serve a humanidade e não o contrário (CE, 2020a, p. 17).

⁵ A estratégia europeia para os dados assenta em quatro pilares fundamentais: (i) promover um quadro de governação transetorial para o acesso e a utilização dos dados; (ii) investir em dados e no reforço das capacidades e infraestruturas da Europa para alojamento, tratamento e utilização de dados e interoperabilidade; (iii) capacitar as pessoas, investir em competências e nas PME; e (iv) estabelecer espaços comuns europeus de dados em setores estratégicos e domínios de interesse público (v. CE, 2020b, pp. 12-22).

⁶ Regulamento (UE) 2022/868 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2022 relativo à governação europeia de dados e que altera o Regulamento (UE) 2018/1724 (Regulamento Governação de Dados).

⁷ Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

⁸ Deste modo, o âmbito deste trabalho limita-se à análise dos aspetos do RGD relacionados com a proteção de DP, os quais representam um aspeto chave do regulamento.

os problemas e desafios relacionados com os serviços de intermediação dos dados, as transferências internacionais de dados e a criação do comité europeu da inovação de dados⁹.

2. Enquadramento: o Regulamento Governação de Dados

2.1. Contexto: a estratégia europeia para os dados

O RGD, proposto pela CE em 2020 e aprovado pelo PE em 2022, é aplicável desde setembro de 2023. O RGD tem como base jurídica os arts. 4.º/2/3 e 114.º do TFUE. Ao ser concebido como um regulamento, tem aplicabilidade direta nos EM, mitigando a morosidade inerente ao processo de implementação, evitando, em princípio, discrepâncias entre os EM e facilitando a criação de espaços comuns europeus de dados¹⁰. O RGD enquadra-se na estratégia europeia para os dados e a sua adoção surge como resposta à constatação de que, na UE, existem algumas barreiras à partilha e ao acesso a dados, que a CE pretende ultrapassar.

Efetivamente, tem-se assistido a uma concentração do poder e da capacidade tecnológica para o tratamento de dados nas mãos de um restrito número de entidades dominantes, as *Big Tech*¹¹, o que suscita obstáculos significativos, especialmente no que concerne ao desenvolvimento tecnológico para fins de interesse público¹². Por outro lado, no relatório da avaliação de impacto da proposta do RGD, apontou-se o “problema” de os titulares dos dados não confiarem na partilha dos seus DP¹³. De facto, a falta de confiança dos titulares dos dados e a complexidade dos regimes jurídicos e técnicos que regem a partilha dos dados têm limitado o potencial da sua utilização na economia europeia. Adicionalmente, a crescente abundância de dados tem sido acompanhada por desafios em termos de garantir o acesso aos mesmos, bem como a sua qualidade e fiabilidade¹⁴. Neste sentido, a criação de um mercado europeu para os dados¹⁵ marca um ponto de viragem fundamental no panorama económico e social da UE. A estratégia europeia tem como principal objetivo facilitar a livre circulação e sem entraves de

⁹ O caminho que conduziu ao atual RGD é fruto da reforma legislativa já iniciada em 2009 pela CE, que culminou na adoção do RGPD em 2016, que representa expoente máximo desse processo (Moniz, 2023, pp. 7 e 8).

¹⁰ Para aproveitar o potencial dos dados em prol da economia e da sociedade europeias, a estratégia europeia para os dados propôs a criação de espaços europeus comuns de dados em diversos domínios estratégicos, incluindo saúde, agricultura, indústria transformadora, energia, mobilidade, finanças, administração pública, competências e a nuvem europeia para a ciência aberta. Além disso, surgiram espaços de dados em áreas adicionais, como os meios de comunicação social e o património cultural. Estes espaços de dados serão progressivamente interligados para formar um mercado único de dados, potenciando ainda mais a cooperação e a partilha de informação entre os diferentes setores e partes interessadas (CE, 2020b).

¹¹ De facto, apesar da crescente produção diária de dados, a verdade é que o controlo sobre esses dados está maioritariamente concentrado nas designadas *Big Tech* (Birch, 2022, p. 8).

¹² Esta realidade reforça o desequilíbrio de poder nas sociedades modernas e prejudica a inovação, uma vez que está centrada nos lucros económicos e tem uma relevância limitada para o bem comum (Micheli, 2023, p. 3).

¹³ CE, 2020a, pp. 3-4.

¹⁴ Streinz, 2021, p. 43.

¹⁵ “Os recentes avanços legislativos (...) em particular, o Regulamento de Governação de Dados, evidenciam a adoção de um modelo de mercado minimamente estruturado – aquele a que chamamos mercado 1.0” (Carneiro, 2023, p. 156).

dados dentro do EEE, criando um ambiente propício para o desenvolvimento de negócios transfronteiriços e a oferta de serviços mais adaptados às necessidades individuais dos titulares dos dados¹⁶.

Posto isto, as metas do RGD são ambiciosas¹⁷. Com o RGD, a UE reconheceu a necessidade urgente de criar um quadro regulamentar claro que aumente a confiança dos titulares dos dados e, conseqüentemente, promova a partilha de dados de forma segura e transparente, enquanto respeita os direitos fundamentais dos cidadãos europeus, especialmente o direito fundamental à proteção de DP¹⁸.

2.2. Objeto e âmbito de aplicação do Regulamento Governação de Dados

Nos termos do art. 1.º do RGD, que define o objeto e âmbito de aplicação do regulamento, o RGD regula quatro áreas: (1) a disponibilização de dados do setor público para reutilização; (2) a regulamentação da prestação de serviços de intermediação de dados¹⁹; (3) um regime para as organizações altruístas de dados; e (4) a criação de um comité europeu da inovação de dados²⁰. Assim, num único regulamento, regula-se três áreas diferentes – os dados abertos, a economia dos dados e o altruísmo dos dados – que, aparentemente, não têm conexão entre si, mas, estão ligadas pelo objetivo comum de promover a partilha de dados existentes e a subsequente reutilização desses dados.

O RGD define dados²¹ como “qualquer representação digital de atos, factos ou informações e qualquer compilação desses atos, factos ou informações, nomeadamente sob a forma de gravação sonora, visual ou audiovisual”²². Deste modo, a definição de “dados” do RGD abrange o conceito de “DP” conforme estipulado pelo RGPD, segundo o qual os DP são informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável. Aliás, o art. 2.º/3 do RGD remete explicitamente para a definição de DP prevista no RGPD²³.

¹⁶ Hoerning, 2023, pp. 5-9.

¹⁷ Fischer, 2021, pp. 6-9.

¹⁸ CE, 2020b, pp. 1-2.

¹⁹ O RGD define os prestadores de serviços de intermediação de dados como aqueles que fornecem “um serviço que visa estabelecer relações comerciais para efeitos de partilha de dados entre um número indeterminado de titulares dos dados e detentores dos dados, por um lado, e utilizadores de dados (...)” (art. 2.º/11 do RGD). De acordo com a CE, estas entidades são cruciais para garantir a concorrência justa e a disponibilidade de dados entre países e setores, especialmente para *start-ups* e PME. O RGD implementou um mecanismo de controlo para estes intermediários baseado no registo obrigatório e na supervisão *ex post* pelas autoridades competentes, incluindo sanções por infrações, aplicáveis a estas entidades (v. capítulo III – arts. 10.º a 15.º do RGD).

²⁰ O comité europeu da inovação de dados (EDIB) é um órgão técnico composto por especialistas representando as autoridades competentes, juntamente com outras instituições europeias e órgãos especializados. As principais tarefas do EDIB serão aconselhar e auxiliar a CE, bem como propor orientações para os espaços de dados europeus comuns (v. capítulo VI – arts. 29.º a 30.º do RGD).

²¹ Na verdade, a legislação da UE carece de uma definição uniforme de “dados”. O RGD vem acrescentar mais uma camada de inconsistências entre várias leis secundárias ao estabelecer uma definição adicional (v. Streinz, 2021, pp. 22-23).

²² Art. 2.º/1 RGD.

²³ Art. 4.º/1 do RGPD.

Assim, para se concretizar a visão da CE que “assenta nos valores e direitos fundamentais europeus, bem como na convicção de que o ser humano é e deve permanecer no centro”²⁴, as disposições previstas no RGD devem estar em conformidade com o disposto no RGPD, sempre que esteja em causa a regulação do tratamento de DP.

2.3. O Regulamento Governação de Dados e o RGPD: convergência ou conflito?

O conceito “GDPR mimesis”²⁵ tem sido objeto de discussão no contexto da regulamentação de dados na UE, referindo-se à tendência do quadro normativo pós-RGPD “imitar” este regulamento. O RGD é um exemplo claro do fenómeno em análise, demonstrando paralelismos significativos com o RGPD, que atualmente é a pedra angular do regime geral de proteção de DP²⁶. Na verdade, o RGD remete várias vezes para o disposto no RGPD, especialmente nos casos que envolvem conceitos chave como “dados pessoais”, “consentimento”, “titular dos dados” e “tratamento”, assim como no que diz respeito aos princípios fundamentais de proteção de dados²⁷.

Por um lado, o paralelismo entre o RGD e o RGPD traz vantagens consideráveis. Ao adotar uma abordagem consistente com o RGPD, o RGD promove a harmonização e a coerência das normas de proteção de dados em toda a UE, o que proporciona segurança jurídica e facilita a conformidade e a compreensão das obrigações regulatórias. Além disso, o paralelismo, à partida, fortalece a proteção dos direitos dos titulares de dados, assegurando que os princípios fundamentais do RGPD são aplicados de forma abrangente em todas as áreas abordadas pelo RGD. Por outro lado, o paralelismo entre os dois regulamentos também apresenta desvantagens. Efetivamente, ao seguir os moldes do RGPD, o RGD pode falhar em abordar questões específicas e emergentes relacionadas com o incentivo à partilha e à disponibilização de dados²⁸. Esta tendência de replicação normativa sem uma integração substancial tem sido objeto de crítica, alertando para os riscos de uma “mimesis” regulatória que não considera adequadamente as especificidades contextuais e os desafios emergentes da sociedade digital²⁹. Adicionalmente, embora o RGD remeta várias vezes para as disposições do RGPD, é fundamental compreender que cada regulamento possui contextos e objetivos

²⁴ CE, 2020b, p. 4.

²⁵ Papakonstantinou & Hert, 2021, p. 1 e Miadzvetskaya, 2023, pp. 14-19.

²⁶ Moniz, 2023, p. 7 e 8.

²⁷ Referências no RGD ao RGPD: considerando 4, 7, 8, 15, 30, 31, 35, 44, 46, 50, 51 e arts. 1.º/3, 2.º, 5.º/6, 9.º/2, 10.º/b) e 25.º/3. Por outro lado, o art. 2.º do RGD introduz um novo conjunto de conceitos: “detentores de dados”, “utilizadores de dados”, “dados” ou “organizações de altruísmo de dados”, etc.

²⁸ Papakonstantinou & Hert defendem que a “mimese” do RGPD é, em última análise, prejudicial – “o RGPD é um instrumento jurídico extremamente bem-sucedido que tem uma vida e uma história próprias. A proteção de DP da UE está atualmente ocupada a inclinar o planeta para uma proteção mais forte da privacidade dos indivíduos ao abrigo do dilúvio tecnológico. Este lugar está, portanto, ocupado. Qualquer nova iniciativa regulatória da UE terá de criar a sua própria história” (Papakonstantinou & Hert, 2021, p. 8).

²⁹ Cfr. Hert, 2023, pp. 95-132.

próprios, os quais, como veremos, podem divergir em determinados pontos e, até, ser conflitantes.

Neste contexto, tal como referido na exposição de motivos que acompanha o texto da proposta do RGD, “a interação com a legislação em matéria de dados pessoais reveste-se de especial importância”³⁰. Neste sentido, o art. 1.º/3 do RGD dispõe que “o direito da União e nacional em matéria de proteção de dados pessoais são aplicáveis a todos os dados pessoais tratados no âmbito do presente regulamento. Em especial, o presente regulamento aplica-se sem prejuízo dos Regulamentos (UE) 2016/679 (...). Em caso de conflito entre o presente regulamento e o direito da União em matéria de proteção de dados pessoais (...), prevalece o direito da União ou o direito nacional aplicável em matéria de proteção de dados pessoais”³¹. Ora, o próprio RGD reconhece a proteção de DP como um elemento fundamental para promover a confiança dos indivíduos e das organizações com vista a facilitar a partilha e a disponibilidade de dados para beneficiar a economia digital.

Deste modo, na medida em que o RGPD deve ser aplicado sempre que houver tratamento de DP, nas próximas secções exploraremos a interação entre o RGD e o RGPD, especialmente no contexto da reutilização de DP detidos por OSP³² e no contexto da partilha altruísta de dados³³, com o objetivo de avaliar a compatibilidade da aplicação dos regulamentos.

3. A reutilização de dados pessoais detidos por organismos do setor público

O capítulo II do RGD tem como principal objetivo desbloquear o potencial associado à reutilização de determinadas categorias de dados protegidos detidos por OSP³⁴. Os OSP, definidos no RGD como “o Estado, as autoridades regionais ou locais, os organismos de direito público ou as associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou por um ou mais desses organismos de direito público”³⁵, desempenham um papel crucial na produção e recolha de grandes volumes de dados, representando, assim, uma aposta estratégica para promover a reutilização. O art. 2.º/ 2 do RGD define reutilização como “a utilização, por pessoas singulares ou coletivas de dados detidos por organismos do setor público, para fins comerciais ou não comerciais diferentes da missão de serviço público para a qual foram recolhidos”.

A questão da reutilização de dados detidos por OSP não é nova. Aliás, a Diretiva Dados Abertos³⁶ versa exatamente sobre essa questão. Em Portugal, a transposição desta Diretiva

³⁰ CE, 2020b, p. 1.

³¹ Art. 1.º/3 do RGD.

³² V. ponto 3 da presente dissertação.

³³ V. ponto 4 da presente dissertação.

³⁴ Capítulo II (arts. 3.º a 9.º) do RGD.

³⁵ Art. 2.º/17 do RGD.

³⁶ Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público.

deu-se através da alteração à LADA³⁷, reforçando assim os princípios dos dados abertos e da transparência administrativa. Perante este cenário, torna-se relevante questionar os limites da aplicação da Diretiva Dados Abertos e do RGD no que diz respeito à reutilização de DP detidos por OSP. O RGD esclarece que o seu Capítulo II sobre a “reutilização de determinadas categorias de dados protegidos detidos por organismos do setor público (...) aplica-se aos dados (...) protegidos por motivos de: (...) proteção dos dados pessoais, na medida em que os dados em causa não sejam abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE) 2019/1024”³⁸. Por sua vez, a referida Diretiva “(...) não é aplicável a (...) documentos cujo acesso é excluído ou restrito por força dos regimes de acesso por motivos de proteção de dados pessoais, e partes de documentos acessíveis por força desses regimes que contêm dados pessoais cuja reutilização foi definida por lei como incompatível com a legislação relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, ou como comprometedora da proteção da privacidade e integridade da pessoa em causa, nomeadamente em conformidade com o direito nacional ou da União relativo à proteção dos dados pessoais”³⁹. Ora, embora à primeira vista possa parecer que existe uma sobreposição entre o RGD e a Diretiva Dados Abertos, o legislador esclarece que o RGD abrange as categorias de dados detidos por OSP que são expressamente excluídas pela Diretiva. Concretamente, aplica-se a dados que não são acessíveis por motivos de confidencialidade comercial ou estatística e os que estão protegidos pela legislação de proteção de dados pessoais⁴⁰. Deste modo, o RGD amplia significativamente o escopo da reutilização de DP, aplicando-se nos casos em que tal reutilização não seria possível ao abrigo da Diretiva⁴¹. Adicionalmente, o RGD procura reduzir a disparidade entre os EM no que concerne à regulação da reutilização de dados detidos por OSP⁴².

³⁷ A Lei n.º 68/2021, de 26 de agosto, aprovou os princípios gerais em matéria de dados abertos e transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informação do setor público, alterando a Lei

n.º 26/2016, de 22 de agosto. V. art. 2.º da LADA: “as entidades sujeitas às regras e princípios da administração aberta devem assegurar que os documentos e dados que produzam ou disponibilizem sejam, sempre que possível, abertos desde a sua conceção, tendo em vista a sua disponibilização futura aos cidadãos e organizações sociais”.

³⁸ V. art. 3.º/1/d) do RGD. Especificamente, o RGD incide sobre os dados detidos por OSP protegidos por motivos de confidencialidade comercial (incluindo segredos comerciais, profissionais e empresariais), confidencialidade estatística, proteção da propriedade intelectual e proteção dos DP. O EDPB-EDPS criticam a redação do art. 3.º/1 do RGD, uma vez que agrupa sob a mesma categoria de “direitos protegidos” a proteção de dados pessoais, os direitos de propriedade intelectual e a confidencialidade comercial. No parecer conjunto, argumentaram que esta formulação sugere a ideia de que a regulação da proteção de dados impede a livre circulação dos mesmos, em vez de estabelecer as regras para o livre fluxo de DP, protegendo simultaneamente os direitos e interesses das pessoas envolvidas (v. EDPB-EDPS, 2021, p. 19).

³⁹ Art. 1.º da Diretiva Dados Abertos.

⁴⁰ Concretizando, apesar de a Diretiva Dados Abertos não excluir automaticamente a reutilização de DP detidos por OSP, o RGD vem complementar a Diretiva Dados Abertos. Neste sentido, o considerando 9 do RGD dispõe que “os Estados-Membros deverão incentivar os organismos do setor público a criarem e disponibilizarem os dados em conformidade com o princípio “abertos desde a conceção e por defeito” referido no art. 5.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2019/1024 (...)”. Deste modo, o RGD pretende encontrar um equilíbrio entre o incentivo à disponibilização de DP detidos por OSP para reutilização e os interesses dos titulares dos dados. Cfr. considerando 6 RGD.

⁴¹ Cfr. considerandos 9 e 10 do RGD e considerando 52 da Diretiva Dados Abertos.

⁴² Note-se que o RGD não abrange os dados detidos por empresas públicas, organismos de radiodifusão de serviço público e suas filiais, instituições culturais e estabelecimentos de ensino, dados protegidos por razões de segurança pública e defesa nacional, bem como os dados que não se enquadrem no âmbito das missões de serviço público dos OSP em questão.

O RGD introduz também um novo ator no âmbito da reutilização de dados, os organismos competentes. O art. 7.º especifica que os EM são obrigados a designar organismos competentes específicos⁴³, que têm como objetivo ajudar os OSP nas novas incumbências, decorrentes do capítulo II do RGD, nomeadamente, prestar orientações técnicas para o armazenamento e tratamento de dados, ajudar com a anonimização, supressão, aleatorização de dados e outras técnicas que garantam a privacidade, confidencialidade, integridade e acessibilidade dos DP⁴⁴. Além disso, o art. 6.º abre a porta à cobrança de taxas pelos OSP que autorizem a reutilização de dados e, o art. 9.º estabelece como regra um prazo de decisão de dois meses a contar da data do pedido de reutilização.

Dito isto, os DP detidos por OSP estão abrangidos pelo capítulo II do RGD e, conseqüentemente, a reutilização de tais DP deve estar sujeita às disposições do RGPD. No entanto, como veremos, o alcance das obrigações impostas aos OSP no que diz respeito à disponibilização para reutilização de DP não é claro. Assim, cabe-nos agora analisar quais as condições de reutilização de DP detidos por OSP nos termos do RGD.

3.1. Condições para a reutilização de dados pessoais

A reutilização deve ser realizada em conformidade com uma série de condições estabelecidas no art. 5.º do RGD. Desde logo, as condições para a reutilização devem cumprir os princípios de não discriminação, transparência e proporcionalidade, além de serem justificadas no que respeita às categorias de dados, às finalidades da reutilização e à natureza dos dados cuja reutilização é permitida⁴⁵. Adicionalmente, devem ser publicadas as condições exigidas para autorizar a reutilização, bem como o procedimento para solicitar a mesma⁴⁶.

Ao analisar o n.º 3 do art. 5.º do RGD, surgem algumas questões de interpretação acerca da obrigação de os OSP cumprirem os requisitos delineados nessa norma, relativamente à anonimização dos dados. Concretamente, o referido preceito dispõe que “os organismos do setor público asseguram (...) que a natureza protegida dos dados seja preservada. Podem estabelecer os seguintes requisitos: o acesso para fins de reutilização de dados só deve ser concedido se o organismo do setor público ou o organismo competente, na sequência de um pedido de reutilização, tiver assegurado que os dados foram anonimizados, no caso dos dados pessoais” (sublinhado nosso). Ora, é complexo compreender como é que as expressões sublinhadas, aparentemente contraditórias (“podem”/“devem”), são implementadas na

⁴³ Nos termos do art. 7.º/5 do RGD, o EM deve notificar a CE da identidade dos organismos competentes designados até 24 de setembro de 2023. Até ao dia de hoje, não temos conhecimento que Portugal tenha nomeado a autoridade competente, existindo apenas a Portaria n.º 10/2024, que dispõe que a Agência para a Modernização Administrativa, I. P. (AMA, I. P.) garante a implementação do Regulamento (UE) 2022/868, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2022, relativo à governação europeia de dados

⁴⁴ Art. 7.º/4/c) do RGD.

⁴⁵ Art. 5.º/2 do RGD.

⁴⁶ Art. 5.º/1 do RGD.

prática⁴⁷. Na nossa perspetiva, a palavra “podem” (opção facultativa) deveria ser substituída por “devem” (obrigação legal), de forma a dissipar quaisquer incertezas quanto à obrigação dos OSP de anonimizarem os DP antes de os disponibilizarem para reutilização. De facto, consideramos que a anonimização dos DP detidos por OSP, tal como definidos no art. 3.º/1/d) do RGD, é uma medida crucial para assegurar a adequada e efetiva proteção dos DP⁴⁸.

Todavia, questão diferente será saber se as técnicas de anonimização empregadas pelos OSP são eficazes de forma a tornarem os DP em “dados anonimizados” e, por isso, não sujeitos ao RGPD. De facto, a discussão relativamente à fronteira entre DP e dados anónimos não é nova. O próprio RGPD, além do disposto no considerando 26 e no art. 4.º/1, não fornece orientações sobre as condições necessárias para determinar a anonimização dos dados. Ora, o RGD, ao adotar uma definição de dados bastante ampla⁴⁹, não resolveu o debate quanto à dificuldade de distinguir claramente os conceitos de “dados não pessoais” e “DP”, sendo que esta distinção se afigura de especial relevância no que diz respeito à reutilização de dados detidos por OSP⁵⁰.

Deste modo, na medida em que o RGD estabelece, ao longo do seu texto, regras diferentes consoante os tratamentos envolvam DP ou dados não pessoais⁵¹, consideramos importante tecer algumas considerações sobre o conceito de anonimização.

3.2. Desafios da anonimização: como distinguir dados não pessoais de dados pessoais?

Para que se aplique o regime excecional do RGPD para os dados anonimizados nos termos do qual esses dados são excluídos da proteção do RGPD, é necessário que seja objetivamente demonstrado que não existe capacidade material para associar os dados anonimizados a uma pessoa singular determinada, direta ou indiretamente, mesmo que através da utilização de outros conjuntos de dados, informações ou medidas técnicas que possam estar disponíveis para terceiros⁵². O principal ponto de debate⁵³ resulta do crescimento do potencial de re-identificação dos titulares dos dados na sequência do avanço das tecnologias

⁴⁷ Carovano, 2023, p. 9.

⁴⁸ Dito isto, o art. 5.º/3/b) e c) do RGD também prevê que os OSP podem/devem assegurar um ambiente de tratamento seguro, seja remoto ou físico.

⁴⁹ V. art. 2.º/1 do RGD e cfr. Purtova, 2018.

⁵⁰ Neste sentido, o EDPB-EDPS considera que a confusão entre os dois conceitos é um dos principais motivos que está na origem das inconsistências entre o RGD e o RGPD (v. EDPB-EDPS, 2021, p. 16).

⁵¹ Baloup, 2021, p. 9.

⁵² Os dados apenas são anonimizados e, por isso, não sujeitos às disposições do RGPD, quando a anonimização é irreversível. No entanto, quanto mais dados forem combinados com outras informações disponíveis, mais difícil será garantir a anonimização devido ao aumento do risco de re-identificação para os titulares dos dados (Henriksen-Bulmer, 2016, pp. 1184-1192).

⁵³ De facto, muitas das soluções para esta, e outras, discussões serão determinadas pela jurisprudência, particularmente pelo TJUE. Por exemplo, numa decisão proferida em abril de 2023 (SRB v. EDPS, 2023), o tribunal estabeleceu que a transmissão de dados pseudonimizados a um destinatário que não possui meios adicionais para reidentificar a pessoa singular referida não qualifica esses dados como dados pessoais, contribuindo para a melhor compreensão da aplicação prática do disposto no RGPD.

e da inteligência artificial, que permitem, em muitas situações, que exista uma probabilidade razoável de re-identificação dos titulares⁵⁴. Efetivamente, quanto maior for a quantidade de informações disponíveis e mais frequente for a partilha e reutilização de dados, mais complexo se torna garantir a preservação da anonimização⁵⁵.

Dessa forma, no contexto da reutilização de DP detidos por OSP, consideramos que a pseudonimização, por si só, não é suficiente⁵⁶. A pseudonimização, ao reduzir a possibilidade de associação entre um conjunto de dados e a identidade original de um titular representa uma medida de segurança útil, porém, não consubstancia um método de anonimização de DP, pois ainda existe a possibilidade de re-identificação dos indivíduos com o uso de informações adicionais⁵⁷. Por conseguinte, os “dados pseudonimizados” são, ainda, DP.

Todavia, de forma contraditória a este entendimento, o RGD abrange a possibilidade de a reutilização versar sobre dados não anonimizados nos casos em que a anonimização comprometer a utilidade dos dados para o reutilizador. Concretamente, o considerando 15 afirma que “antes de serem transmitidos, os dados pessoais deverão ser anonimizados, de modo a impedir a identificação dos titulares dos dados (...). Nos casos em que o fornecimento de dados anonimizados (...) não responda às necessidades do reutilizador, sob reserva de terem sido cumpridos todos os requisitos para a realização de uma avaliação de impacto em matéria de proteção de dados e a consulta da autoridade de controlo, nos termos dos arts. 35.º e 36.º do Regulamento (UE) 2016/679, e os riscos para os direitos e interesses dos titulares dos dados tenham sido considerados mínimos, poderá ser permitida a reutilização dos dados nas instalações ou de forma remota num ambiente de tratamento seguro. Tal poderá consistir num mecanismo adequado para a reutilização de dados pseudonimizados”⁵⁸. Na nossa perspetiva, a utilização dos conceitos de pseudonimização e anonimização de forma indiscriminada, sem considerar as diferenças nos efeitos na esfera jurídica dos titulares consoante a utilização de um ou outro mecanismo e sem fornecer orientações claras sobre quando e como cada um deve

⁵⁴ V. considerando 26 do RGD.

⁵⁵ Atualmente, a crescente interconexão e digitalização dos dados conduz a que informações anteriormente consideradas não identificáveis podem, de facto, revelar a identidade de um indivíduo quando combinadas ou analisadas em conjunto (v. GT do art. 29.º, 2014).

⁵⁶ Neste sentido, o próprio n.º 5 do art. 5.º do RGD dispõe que “os reutilizadores ficam proibidos de reidentificar qualquer titular dos dados a quem os dados digam respeito”, o que implica que o reutilizador dos dados receba os dados do OSP já anonimizados.

⁵⁷ O art. 4.º/5 do RGPD define “pseudonimização” como “o tratamento de dados pessoais de forma que deixem de poder ser atribuídos a um titular de dados específico sem recorrer a informações suplementares, desde que essas informações suplementares sejam mantidas separadamente e sujeitas a medidas técnicas e organizativas para assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular identificada ou identificável”.

⁵⁸ Em virtude da consciência dos riscos associados, o regime jurídico dos dados pseudonimizados não os exclui completamente da proteção do RGPD. Por outras palavras, os dados pseudonimizados continuam a ser considerados dados pessoais e, por isso, estão abrangidos pela legislação de proteção de dados (Torbay, 2020, p. 57).

ser utilizado, pode acarretar incertezas jurídicas e comprometer a aplicação consistente do RGD⁵⁹.

Deste modo, a não ser que exista um fundamento de licitude válido que legitime o tratamento de DP, consideramos que a reutilização de dados, tal como regulada pelo capítulo II do RGD, deveria versar apenas sobre dados anonimizados. Na doutrina nacional, Luís Colaço Antunes defende que há casos em que a figura do segredo administrativo é necessária, sendo que o segredo constitui um “instrumento de desenvolvimento da função administrativa e de defesa dos espaços de autonomia e de privacidade”⁶⁰. Já Alexandre Sousa Pinheiro sustenta a importância de estabelecer uma relação entre os arts. 268.º/2⁶¹ e 35.º da CRP sempre que esteja em causa o tratamento de DP⁶². Por outras palavras, deve existir um equilíbrio entre o princípio da transparência e a proteção de DP, sendo que a proteção dos DP deve ser encarada como um limite ao direito de acesso à informação administrativa⁶³.

Perante estas inconsistências, torna-se evidente a necessidade de esclarecer e harmonizar as disposições do RGD quanto à distinção entre DP e dados não pessoais, bem como entre pseudonimização e anonimização. Além disso, é crucial garantir que os OSP têm os recursos necessários para anonimizar efetivamente os DP que disponibilizam para reutilização⁶⁴.

3.3. E quando a anonimização não é possível?

Nos termos do considerando 15 do RGD, existem situações em que a reutilização pode versar sobre dados pseudonimizados. Nestes casos, como vimos, consideramos que o tratamento de DP deve estar obrigatoriamente sujeito às disposições do RGPD, nomeadamente ao princípio da licitude⁶⁵. Neste sentido, o art. 5.º/6 do RGD estipula que “sempre que a reutilização de dados não possa ser autorizada em conformidade com as obrigações estabelecidas nos n.ºs 3 e 4 do presente art. e não exista base jurídica para a transmissão de dados ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679, o organismo do setor público envida todos os esforços, nos termos do direito da União e nacional, para ajudar os potenciais reutilizadores a obter o consentimento dos titulares dos dados (...)” (sublinhado nosso).

⁵⁹ É frequente que ocorra confusão entre os termos “pseudonimização” e “anonimização”. Efetivamente, não são raros os casos em que um conjunto de dados é descrito como “anonimizado” quando, na verdade, ainda contém DP que apenas estão pseudonimizados (v. ICO, 2022, p. 3).

⁶⁰ Antunes, 1993, p. 16.

⁶¹ O art. 268.º/2 da CRP estabelece um direito abrangente, assegurando a todos os cidadãos a possibilidade de acesso a arquivos e registos administrativos, independentemente da existência de um procedimento administrativo em curso, v. Amaral, 2017, p. 599.

⁶² Pinheiro, 2016, p. 35.

⁶³ O acesso a documentos nominativos (art. 3.º/1/b) da LADA), ou seja, que incluam DP, não deve ser diretamente permitido. Requer-se uma análise cuidadosa, utilizando critérios definidos para tal efeito. Cfr. Coutinho, 2017, p. 152.

⁶⁴ Cfr. Buttow, 2023, pp. 12-15.

⁶⁵ Art. 5.º/1/a) do RGPD.

Ora, a norma em análise não deixa claro qual é o papel do OSP no apoio aos reutilizadores para a obtenção do consentimento para a finalidade de reutilização no caso em que não exista outro fundamento de licitude que legitime a reutilização dos DP. No texto da proposta do RGD, o art. 5.º/6 dispunha que, nos casos em que a reutilização não possa ser concedida “o organismo do setor público deve ajudar os reutilizadores a obter o consentimento dos titulares dos dados” (sublinhado nosso). Neste sentido, as autoridades de controlo e de supervisão consideraram que a disposição estabelecia uma obrigação vinculativa para os OSP em apoiar na obtenção do consentimento⁶⁶. No entanto, na versão final do RGD, o legislador substituiu a expressão “o organismo do setor público deve ajudar” por “o organismo do setor público envida os esforços necessários” (sublinhado nosso). Esta alteração contribui para aumentar a ambiguidade em torno do conteúdo do art. 5.º/6 do RGD⁶⁷.

Ainda no que diz respeito à posterior obtenção do consentimento para a reutilização, levanta-se a questão de saber qual é o fundamento de licitude, ao abrigo do RGPD, para entrar em contacto com os titulares dos dados para obter o seu consentimento, questão que não é esclarecida no RGD. Adicionalmente, o texto do RGD não esclarece claramente quem é responsável por obter um consentimento válido nos termos do art. 7.º do RGPD. Essa falta de clareza pode levar a ambiguidades e incertezas quanto às responsabilidades das partes envolvidas. Se a responsabilidade recair sobre os OSP, é importante considerar o desequilíbrio de poder que muitas vezes existe na relação entre o titular dos dados e as autoridades públicas. Esse desequilíbrio pode dificultar a obtenção de um consentimento genuíno e livremente dado pelos titulares dos dados, comprometendo, assim, a conformidade com os princípios de proteção de dados e os direitos dos indivíduos⁶⁸.

Neste contexto, é ainda crucial salientar que os requisitos delineados nos n.ºs 3 e 4 do art. 5.º do RGD, que abrangem o acesso e reutilização de dados num ambiente de tratamento seguro, não devem ser interpretados como substitutos de um fundamento de licitude válido para o tratamento. Pelo contrário, devem ser vistos como condições cumulativas que devem ser atendidas juntamente com a necessidade de existir, pelo menos, um dos fundamentos de licitude previstos no art. 6.º do RGPD⁶⁹.

Portanto, torna-se crucial esclarecer o teor do n.º 6 do art. 5.º do RGD, estabelecendo de forma clara qual seria o fundamento jurídico para o tratamento de DP necessário para

⁶⁶ EDPB-EDPS, 2021, pp. 39-35.

⁶⁷ Esteves, 2023, p. 223.

⁶⁸ No mesmo sentido, veja-se o considerando 43 do RGPD: “A fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir um fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa (...)”. Neste exemplo, as autoridades públicas devem recorrer a outros fundamentos, nomeadamente, às alíneas c) e e) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD (v. Moniz, 2023, pp. 73 e 74 e GT29, 2018, pp. 7 e 8).

⁶⁹ Gerritsen, 2023, p. 4.

estabelecer contacto com os titulares dos dados para a finalidade de obter o consentimento⁷⁰. Além disso, é imperativo estabelecer os perfis de responsabilidade decorrentes desta nova regulação tanto para os OSP quanto para os organismos competentes e reutilizadores de dados, especialmente em situações em que a anonimização não foi adequadamente realizada ou verificada, o ambiente de tratamento seguro não foi configurado, ou os requisitos necessários para um consentimento válido não foram atendidos.

4. Altruísmo de dados

O RGD veio, pela primeira vez, regulamentar a possibilidade de os titulares disponibilizarem voluntariamente os seus DP para fins altruístas⁷¹. Esta possibilidade é especificamente regulada pelo capítulo IV do RGD⁷² que estabelece as diretrizes para o registo das organizações de altruísmo de dados. Este capítulo abrange também a criação do manual de regras, os requisitos de conformidade exigidos para estas organizações, a designação das autoridades competentes neste âmbito e a implementação do formulário europeu de consentimento para o altruísmo de dados⁷³.

O art. 2.º/16 do RGD define o altruísmo de dados como “(...) a partilha voluntária de dados, com base no consentimento dos titulares dos dados para o tratamento dos respetivos dados pessoais ou na autorização, por parte de outros detentores dos dados, da utilização dos seus dados não pessoais, sem que esses titulares ou detentores procurem ou recebem uma gratificação que vá além de uma compensação geral pelos custos em que incorrem ao disponibilizarem os seus dados, para fins de interesse geral, previstos no direito nacional, se aplicável, tais como os cuidados de saúde, a luta contra as alterações climáticas, a melhoria da mobilidade, a facilitação do desenvolvimento, produção e divulgação de estatísticas oficiais, a melhoria da prestação dos serviços públicos, a elaboração de políticas públicas ou a investigação científica de interesse geral”⁷⁴.

Para compreender o objeto e âmbito do altruísmo de dados, é necessário, desde logo, esclarecer o que se entende por “autorização do detentor dos dados”. O RGD define “detentor dos dados” no seu art. 2.º/8) como “uma pessoa coletiva, incluindo organismos do setor público e organizações internacionais, ou uma pessoa singular que não seja o titular dos dados no que diz respeito aos dados específicos em causa, que, em conformidade com o direito da União ou direito nacional aplicáveis, tem o direito de conceder acesso a determinados dados

⁷⁰ Cordeiro, 2023, pp. 117 e ss.

⁷¹ Na verdade, à luz do RGPD, já era possível que os titulares dos dados consentissem o tratamento dos seus DP, por exemplo, para fins de investigação científica. Neste sentido, o RGD vem apenas formalizar e regulamentar a partilha voluntária de dados (v. Halvorson, 2014, pp. 1 e 2 e EDPB-EDPS, 2021, p. 39).

⁷² Cfr. arts. 16.º a 25.º do RGD.

⁷³ Bulla, 2022, pp. 20-38.

⁷⁴ Art. 2.º/16 do RGD.

personais ou dados não pessoais ou de os partilhar”. Esta definição levanta algumas dúvidas⁷⁵, sobretudo no que concerne à abrangência e legitimidade da autorização do detentor de dados. Ao longo do texto do RGD, não fica claro, em muitos casos⁷⁶, se a autorização dos detentores dos dados abrange o tratamento de DP, dados não pessoais, ou ambos. No entanto, o caso do altruísmo de dados é uma exceção positiva, na medida em que o RGD esclarece que os detentores dos dados só podem autorizar a partilha dos seus dados não pessoais para fins altruístas, excluindo explicitamente dessa autorização os DP.

Posto isto, sucintamente, o altruísmo de dados fundamenta-se na autorização concedida pelos detentores para a partilha dos seus dados não pessoais ou no consentimento dos titulares para a partilha dos seus DP, para fins de interesse geral e sem fins lucrativos⁷⁷.

Considerando que a partilha voluntária de DP com as organizações de altruísmo de dados consubstancia um tratamento de DP, o RGD dispõe que o direito da União em matéria de proteção de DP é aplicável a esses tratamentos⁷⁸. Portanto, é fundamental analisar as questões de proteção de DP que emergem da partilha voluntária de dados com base no consentimento dos titulares para fins de interesse geral. Nas páginas seguintes, exploraremos a relação entre o Capítulo IV do RGD e o RGPD, analisando como a aplicação simultânea das normas estabelecidas pelos regulamentos se materializa na prática.

4.1. O conceito de altruísmo de dados

Dado o carácter inovador do termo “altruísmo” no contexto da legislação sobre proteção de DP, é prudente, desde logo, fazer uma distinção clara entre este conceito e outras expressões semelhantes que possam causar confusão.

Em primeiro lugar, o conceito “altruísmo de dados” previsto no RGD não se confunde com a noção conexa “doação de dados”. Com efeito, a palavra “doação” foi deliberadamente evitada pelo legislador no RGD, uma vez que a doação implica a transferência de propriedade e o direito fundamental à proteção de DP é inalienável⁷⁹. Adicionalmente, no contexto do regime da doação, uma vez efetuada a doação, o doador perde o controlo sobre o bem doado. Em contrapartida, no domínio do altruísmo de dados, o titular que partilha os seus DP tem o direito de ser informado sobre os termos e condições em que os seus DP serão tratados. Além disso, o titular dos dados mantém a prerrogativa de revogar o seu consentimento a qualquer

⁷⁵ Vardanyan defende que interpretação sistemática das normas citadas pode conduzir a uma situação em que a “autorização” do RGD e o “consentimento” do RGPD se tornam conceitos concorrentes (Vardanyan 2022, p. 101).

⁷⁶ Por exemplo, em situações em que os dados são utilizados para fins comerciais, no âmbito dos serviços de intermediação dos dados (capítulo III do RGD). Nestes casos, a ambiguidade do que se entende por “autorização dos detentores dos dados” pode levar a interpretações variadas e a potenciais violações dos direitos dos titulares dos dados.

⁷⁷ Veil, 2021, p. 2.

⁷⁸ Art. 1.º/3 do RGD e EDPB-EDPS, 2021, p. 40.

⁷⁹ Hansen, 2021, p. 17.

momento, conferindo-lhe, assim, um controlo permanente e efetivo sobre a utilização dos seus DP⁸⁰.

Por outro lado, o altruísmo de dados também não deve ser confundido com o conceito “solidariedade de dados”. Efetivamente, enquanto o altruísmo de dados parte do pressuposto que, ao agir de forma altruísta, as pessoas estão a ajudar os outros em detrimento dos seus próprios interesses individuais, a solidariedade em matéria de dados baseia-se na convicção de que fazer algo pelos outros não necessariamente tira algo da pessoa que o faz⁸¹. Em poucas palavras, a solidariedade tem como foco a distribuição equitativa dos riscos e benefícios das práticas digitais, facilitando apenas os tratamentos de dados que têm potencial para criar valor público⁸². Por outro lado, como veremos, o altruísmo de dados baseia-se no conceito de interesse geral.

De uma perspetiva técnica, o altruísmo dos dados pode ser descrito como a partilha voluntária de DP para o benefício da sociedade. Ilustrando, vários exemplos de altruísmo surgiram durante a pandemia de Covid-19, onde foram desenvolvidas várias aplicações⁸³ para diminuir o risco de contaminação, contribuindo para proteger a saúde pública⁸⁴. Em Portugal, a aplicação STAYAWAY, que visava contribuir para a interrupção das cadeias de infeção, tinha uma vertente voluntária, dando a possibilidade de o utilizador controlar os DP tratados pela aplicação em várias etapas⁸⁵. Neste sentido, a pandemia de Covid-19 serviu como exemplo paradigmático que evidenciou a necessidade de regulamentar o tratamento de DP sob a ótica do altruísmo de dados⁸⁶. O RGD emerge como resposta a esta necessidade premente, visando estabelecer uma cultura de partilha de dados para fins altruístas. De forma a atingir esse objetivo e a promover a confiança dos titulares, o RGD introduziu um novo interveniente na cadeia de valor associada aos dados – as organizações de altruísmo de dados⁸⁷.

4.2. As organizações de altruísmo de dados

No contexto do altruísmo de dados, diversos intervenientes desempenham papéis significativos, cada um contribuindo para a dinâmica da partilha de dados. Em concreto, o altruísmo de dados pode implicar a intervenção dos seguintes atores: (i) o titular dos DP; (ii) o

⁸⁰ Adicionalmente, ao contrário do que acontece com as doações, a partilha altruísta de dados permite que os dados possam ser utilizados por várias partes ao mesmo tempo, sem perda de utilidade para nenhum dos intervenientes. V. Paal, 2023, p. 1323.

⁸¹ Um dos principais objetivos da solidariedade dos dados é garantir que uma parte justa dos lucros resultantes da utilização comercial de dados seja devolvida às pessoas que tornaram possível o uso dos dados em primeiro lugar (Prainsack, 2023, pp. 1 e 2).

⁸² Para mais desenvolvimentos sobre a teoria da solidariedade dos dados, v. Prainsack, 2022.

⁸³ Outros exemplos (não exaustivos) de aplicações através das quais os titulares fornecem os seus dados pessoais de forma voluntária para fins de interesse geral: Open SCHUFA; SmartCitizen e Europe Plan Against Cancer.

⁸⁴ CE, 2019, p. 17.

⁸⁵ CNPD, 2020, pp. 1 e 8.

⁸⁶ Kamocki, 2023, p. 2.

⁸⁷ De acordo com a CE, prevê-se que até ao ano de 2028 existam cerca de 1250 organizações a facilitar o altruísmo de dados, com a participação de cerca de 5 milhões de cidadãos e 500 empresas. Cfr. CE, 2020b, pp. 32 e ss.

detentor dos dados não pessoais; (iii) as organizações de altruísmo de dados; (iv) os utilizadores de dados; e (v) a autoridade competente para o registo⁸⁸. Neste âmbito, as organizações de altruísmo de dados ocupam uma posição central, desempenhando um papel fundamental na facilitação e promoção de práticas transparentes e éticas de partilha de dados.

O capítulo IV do RGD estabelece um sistema de registo voluntário⁸⁹, no qual as entidades que realizem atividades de altruísmo de dados se podem inscrever para se registarem como “organização de altruísmo de dados reconhecida na União” (OADR). O principal objetivo destas normas é permitir que os titulares dos dados (e os detentores, no caso dos dados não pessoais) partilhem os seus dados para fins de interesse geral com maior transparência e confiança.

Para que o altruísmo de dados se concretize, é necessário que cada EM designe uma ou mais autoridades competentes para o registo das OADR. Para esse efeito, os EM podem criar uma ou mais entidades ou recorrer a entidades já existentes. Todavia, estas entidades devem ser distintas e não relacionadas com qualquer OADR e funcionar de forma independente das mesmas⁹⁰. As autoridades competentes devem exercer as suas tarefas de forma imparcial e transparente, devendo ter à sua disposição os recursos financeiros e humanos necessários para levar a cabo essas tarefas⁹¹.

4.2.1. Obrigações das organizações de altruísmo de dados

Para assegurar a integridade e a confiança no seu funcionamento, as OADR devem cumprir um conjunto de obrigações, conforme delineado pelo RGD.

Em primeiro lugar, as OADR devem operar sem fins lucrativos, garantindo assim que as suas atividades são conduzidas exclusivamente em prol do bem comum, sem qualquer motivação financeira. Além disso, devem ser juridicamente independentes de qualquer entidade que opere com fins lucrativos e realizar as suas atividades de altruísmo de dados através de uma estrutura separada das suas outras atividades, de forma a assegurar a imparcialidade e a independência das suas operações⁹². Dito isto, as OADR distinguem-se dos prestadores de serviços de intermediação de dados previstos no capítulo III do RGD, na medida em que estes últimos visam “estabelecer relações comerciais para efeitos de partilha de dados entre um número indeterminado de titulares dos dados e detentores dos dados, por um lado, e utilizadores de dados, por outro, através de meios técnicos, jurídicos ou outros (...)”.

⁸⁸ Paseri, 2024, p. 136.

⁸⁹ V. art. 18.º do RGD.

⁹⁰ Art. 23.º do RGD.

⁹¹ Bencze, 2023 p. 23.

⁹² Note-se que ao longo de todo o diploma nunca é definido, de forma clara, o conceito de “organização de altruísmo de dados”, nem das atividades por elas levadas a cabo. Considerando, por exemplo, a exigência de as organizações de altruísmo de dados realizarem as suas atividades de altruísmo de dados através de uma estrutura separada das suas outras atividades, é imperativo saber qual é o âmbito exato das “atividades de altruísmo de dados” (Baloup, 2021, p. 44).

Pelo contrário, o altruísmo de dados consiste na partilha de dados sem a intenção de obter recompensas financeiras, ou seja, não são estabelecidas relações comerciais entre os intervenientes⁹³.

Em segundo lugar, para serem reconhecidas, as OADR devem atender a um conjunto de requisitos de transparência, nomeadamente, manter registos completos e atualizados sobre os tratamentos de dados e, apresentar um relatório anual de atividades à autoridade competente⁹⁴. Adicionalmente, devem oferecer garantias específicas para proteger os direitos e interesses dos titulares dos dados, nomeadamente prestar informações relevantes sobre o tratamento de DP aos titulares dos dados, não utilizar os DP para outros objetivos que não os de interesse geral com os quais o titular dos dados consentiu, implementar os instrumentos necessários para obter e retirar o consentimento, e implementar as medidas de segurança necessárias e adequadas⁹⁵. Por último, deverão, ainda, cumprir o conjunto de regras previstos no art. 22.^o⁹⁶.

Após cumprir todos os requisitos necessários, as organizações que pretendam realizar atividades altruístas de dados podem registar-se como OADR, o que lhes confere o direito de utilizar um logótipo comum, sendo incluídas no registo público da CE e no registo nacional do EM correspondente⁹⁷.

No entanto, é importante salientar que as OADR que efetuem tratamentos de DP devem, para além das obrigações adicionais decorrentes do RGD, cumprir também as obrigações estabelecidas pelo RGPD⁹⁸. Esta sobreposição de obrigações levanta a questão de saber se alguma entidade se irá sujeitar ao cumprimento adicional dos requisitos do RGD, quando, em muitas situações, poderiam realizar os mesmos tratamentos ao abrigo do RGPD. De acordo com a Boris Paal, como apenas as entidades que cumprem as obrigações previstas no RGD se podem registar enquanto OADR, os custos decorrentes dessas obrigações adicionais são compensados com a reputação e confiança comprovadas que as organizações alcançam quando recebem a certificação formal e o logótipo comum⁹⁹. Ainda assim, consideramos que este “rótulo” pode ter um efeito contraproducente ao objetivo de fomentar a partilha de dados. De

⁹³ V. art. 2.^o/11/16 do RGD.

⁹⁴ Art. 20.^o do RGD.

⁹⁵ Art. 21.^o do RGD.

⁹⁶ O art. 22.^o do RGD estipula um “conjunto de regras” que deverá ser adotado pela CE, através de atos delegados, em cooperação com as OADR e com as partes interessadas. O futuro manual de regras deverá estabelecer os requisitos de informação adequados para garantir que o consentimento dos titulares dos dados é informado (n.º 1, alínea a)), as medidas técnicas e de segurança a adotar pelas OADR (n.º 1, alínea b)) e os roteiros de comunicação (n.º 1, alínea c)) e as recomendações sobre as regras de interoperabilidade (n.º 1, alínea d)). O art. 18.^o/e) do RGD dispõe que as OADR devem cumprir com o “conjunto de regras” até 18 meses após a entrada em vigor dos atos delegados.

⁹⁷ O logótipo comum e os registos auxiliam os titulares dos dados a identificar as organizações confiáveis para a partilha altruísta de dados. V. art. 17.^o do RGD.

⁹⁸ De acordo com Veil, só no RGPD existem 68 obrigações aplicáveis às OADR nos casos em que estas efetuem tratamentos de DP (Veil, 2021, p. 6).

⁹⁹ Cfr. Paal, 2023, p. 1326. Como vimos, as obrigações adicionais são, essencialmente, manter e atualizar os registos das atividades, o relatório anual, as obrigações adicionais de informar os titulares e estar em conformidade com as regras a definir nos termos do art. 22.^o/1 do RGD.

facto, como consequência das regras do RGD, as organizações de altruísmo de dados não registadas podem ser percebidas como menos confiáveis em comparação às OADR, mesmo estando em conformidade com as disposições do RGD. Isso parece injusto, especialmente considerando que o registo em análise é voluntário¹⁰⁰.

Assim, o capítulo IV do RGD impõe uma série de obrigações às OADR sem proporcionar benefícios visíveis ou tangíveis para essas entidades¹⁰¹. Esta abordagem levanta questões importantes sobre a eficácia do regulamento em incentivar a partilha de dados altruístas. Além disso, como veremos, a falta de uma definição clara das atividades

das OADR no RGD amplia essas preocupações, abrindo espaço para interpretações diversas e potencialmente conflitantes das obrigações impostas às organizações.

4.2.2. Atividades das organizações de altruísmo de dados

No que diz respeito às atividades de tratamento de dados realizadas pelas OADR, o considerando 50 do RGD estipula que “as organizações de altruísmo de dados reconhecidas deverão poder recolher dados relevantes diretamente de pessoas singulares e coletivas ou tratar dados recolhidos por terceiros”¹⁰². Além disso, nos termos do art. 20.º/2/c) do RGD, como vimos, as OADR devem elaborar um relatório anual de atividades, sendo que esse relatório deve conter “uma lista de todas as pessoas singulares e coletivas às quais foi permitido tratar os dados detidos pela entidade”¹⁰³. Com base nos preceitos citados, é possível depreender que as OADR podem levar a cabo as seguintes atividades de tratamento de dados: (i) recolher e armazenar os dados para fins de interesse geral; (ii) tratar os dados recolhidos para fins de interesse geral; e, (iii) permitir a terceiros tratar os dados recolhidos para fins de interesse geral¹⁰⁴.

Neste sentido, apenas a última das atividades acima elencadas implica a intermediação¹⁰⁵. Surge, portanto, a indagação sobre como os titulares dos dados podem depositar confiança na capacidade das OADR de garantir que os terceiros com quem partilham os dados cumpram integralmente as normas de proteção de DP. Efetivamente, uma das principais questões que daqui pode emergir é se os titulares podem confiar que os terceiros

¹⁰⁰ Na verdade, organizações não governamentais (ONGs), fundações, iniciativas ad hoc e outros responsáveis pelo tratamento com fins altruístas podem até ficar em desvantagem em comparação com responsáveis pelo tratamento registados, uma vez que podem sentir a pressão de se registar como OADR para evitar serem considerados “menos confiáveis” (Veil, 2021, p. 8).

¹⁰¹ Paal, 2023, p. 1325.

¹⁰² Considerando 50 do RGD.

¹⁰³ Obrigação semelhante à prevista no art. 30.º do RGPD, nos termos do qual “cada responsável pelo tratamento e, sendo caso disso, o seu representante conserva um registo de todas as atividades de tratamento sob a sua responsabilidade”.

¹⁰⁴ Micheli, 2023, pp. 21-22.

¹⁰⁵ Cfr. Ditzfurth, 2022, pp. 290-291.

tratarão os seus DP apenas nas condições e para as finalidades para as quais deram o seu consentimento¹⁰⁶.

O texto da proposta do RGD tentou acautelar esta questão no seu então art. 19.º, estabelecendo uma espécie de “obrigação de fiscalização” para as organizações de altruísmo de dados, nomeadamente para garantir que os dados partilhados altruisticamente “(..) não são utilizados para outros fins que não os objetivos de interesse geral para que o tratamento foi autorizado”¹⁰⁷. Ora, da interpretação do art. 19.º da proposta do RGD depreende-se que as OADR foram inicialmente concebidas como “supervisoras e aplicadoras”, incumbindo-lhes verificar e fiscalizar o cumprimento das disposições previstas no RGD, nomeadamente verificar se os terceiros cumprem os princípios fundamentais relativos ao tratamento de DP previstos no art. 5.º do RGPD¹⁰⁸. No entanto, a verdade é que, esta “obrigação de fiscalização” não foi transposta para a versão final do RGD. Por sua vez, de acordo com o atual art. 21.º/2 do RGD, as OADR têm apenas a obrigação de não utilizar “(...) os dados com outros objetivos que não os de interesse geral com os quais o titular dos dados (...) autoriza o tratamento”¹⁰⁹. Assim, ao não existir qualquer referência à obrigação de fiscalização, presume-se que as OADR apesar de terem a obrigação de não utilizarem os DP disponibilizados pelos titulares dos dados para outras finalidades que não as de interesse geral com que o titular consentiu, estão isentas de controlar se os terceiros a quem disponibilizam os DP tratam os DP de acordo com as leis de proteção de dados aplicáveis¹¹⁰. Esta análise levanta preocupações quanto ao princípio da responsabilidade previsto no art. 5.º/2 do RGPD, especialmente porque, como veremos, o fundamento de licitude para a partilha de DP para fins altruístas é, em princípio, o consentimento dos titulares dos dados.

4.3. Fundamento de licitude para o altruísmo de dados

No que diz respeito ao fundamento de licitude para o tratamento de DP para fins altruístas, o considerando 50 do RGD dispõe que “(...) regra geral, o altruísmo de dados deverá

¹⁰⁶ CE, 2020a, pp. 71-81.

¹⁰⁷ V. art.19.º/ (2) da Proposta do RGD.

¹⁰⁸ Os princípios relativos ao tratamento de dados pessoais ((i.) licitude, lealdade e transparência; (ii.) limitação das finalidades; (iii) minimização dos dados; (iv) exatidão; (v.) limitação da conservação; (vi.) integridade e confidencialidade; e, (vii.) responsabilidade previstos no art. 5.º e no considerando 39 do RGPD são o “coração” do regime geral de proteção de DP. Cfr. Moniz, 2023, p. 65.

¹⁰⁹ Ver art. 21.º/2 do RGD.

¹¹⁰ É crucial destacar que as responsabilidades adicionais impostas pelo RGD às OADR não se estendem aos utilizadores dos dados. Por exemplo, embora as OADR sejam obrigadas a operar sem fins lucrativos, isso não implica que os utilizadores também devam fazê-lo. Reconhecemos que uma restrição tão rígida poderia limitar excessivamente as atividades das entidades. No entanto, também é importante considerar que os titulares dos dados podem não estar plenamente conscientes dos riscos envolvidos na partilha dos seus DP com os subsequentes intervenientes da cadeia de dados. Uma possível solução poderia ser a implementação de obrigações de transparência específicas para com os titulares dos dados. Além de serem informados sobre os destinatários dos dados e as categorias de DP por estes tratados, os titulares dos dados poderiam também ser informadas sobre a natureza empresarial do utilizador dos dados (ou seja, se tem fins lucrativos ou não), bem como das suas atividades. Cfr. Baloup, 2021, pp. 44-46.

basear-se no consentimento dos titulares dos dados (...)”¹¹¹. Tem vindo a ser defendido que este consentimento configura um “novo modelo de consentimento”¹¹², mas a verdade é que o RGD dispõe que o consentimento no âmbito do altruísmo dos dados deve estar em conformidade com os requisitos para um consentimento válido na aceção do RGPD¹¹³. Além da questão supra, o art. 2.º, 5 do RGD remete para o RGPD quanto à definição aplicável de consentimento¹¹⁴. Assim, coloca-se a questão de como são cumpridos os requisitos para um consentimento válido ao abrigo do RGPD no contexto da partilha altruísta de dados, especialmente no que concerne à informação que deve ser prestada ao titular dos dados e às finalidades específicas para as quais os dados são recolhidos.

Efetivamente, o RGD vem ressuscitar a discussão em torno do consentimento enquanto base de licitude¹¹⁵. A utilização do consentimento como fundamento de licitude para alguns tratamentos de DP tem sido desde há muito criticada¹¹⁶. Menezes Cordeiro critica a atribuição de um lugar de destaque ao consentimento no âmbito dos fundamentos de licitude do RGPD por diversas razões, nomeadamente, por se traduzir, muitas das vezes, numa falsa ideia de controlo sobre os DP que o titular dos dados disponibiliza e porque a maioria das pessoas se limita a consentir sem o fazer conscientemente, sendo que os titulares não compreendem realmente o que estão a consentir¹¹⁷. De acordo com os pontos de vista mais cétricos¹¹⁸, há poucas razões para acreditar que, no âmbito da partilha de dados para fins altruístas, o consentimento cumpra integralmente os requisitos previstos no art. 4.º/11 do RGPD, isto é, seja “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita”¹¹⁹, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”¹²⁰.

De acordo com o art. 25.º e considerando 52 do RGD, para facilitar a recolha de dados com base no altruísmo, as organizações de altruísmo de dados devem utilizar um formulário europeu de consentimento para o altruísmo de dados que visa permitir a obtenção do

¹¹¹ Consideramos que a expressão “regra geral” merecia, neste âmbito, uma interpretação textual. Cfr. considerandos 45, 46 e 52 e arts. 2.º, 16, 21.º/5 e 25.º do RGD.

¹¹² Lalova-Spinks, 2023, p. 5.

¹¹³ Cfr. arts. 7.º e 9.º do RGPD.

¹¹⁴ Cfr. art. 2.º/5 do RGD e art. 4.º/11 do RGPD.

¹¹⁵ Uma das alterações mais significativas introduzidas pelo RGPD, em contraste com a Diretiva 95/46/CE, foi a mudança de paradigma que reduziu a ênfase no consentimento como base legal predominante, substituindo a abordagem baseada no consentimento que se revelou ineficaz. Para mais detalhes, consultar Solove, 2012, pp. 180 ss.

¹¹⁶ Cfr. Cordeiro, 2021, p. 111 e Custers, 2013, p. 437.

¹¹⁷ Cfr. Cordeiro, 2020, p. 169. No entanto, embora estas críticas sejam válidas, a solução oposta, isto é, a de caber ao legislador determinar que dados pessoais podem ser partilhados e em que termos é suscetível de críticas ainda mais onerosas. Cfr. Cordeiro, 2020, p. 170.

¹¹⁸ Ruohonen, 2021, pp. 441 e ss.

¹¹⁹ A expressão “explícita” encontra-se apenas na versão portuguesa do RGPD, resultando de um erro de tradução, pelo que onde consta explícita deve ler-se inequívoca (v. Moniz, 2023, p. 172).

¹²⁰ Para o consentimento ser válido, deve cumprir uma série de requisitos, nomeadamente: (i.) ser livre, específico e informado; (ii.) o titular deve poder revogar o seu consentimento a qualquer momento. De facto, a necessidade de obter o consentimento agrava, só por si, os deveres dos responsáveis pelo tratamento, devendo garantir uma proteção mais efetiva dos titulares dos dados.

consentimento para o tratamento de DP num formato uniforme, promovendo a confiança dos titulares¹²¹. No entanto, é crucial ressaltar que o formulário não cumpre automaticamente os requisitos do consentimento previstos pelo RGPD. De acordo com o GT do art. 29.º para o consentimento ser informado é necessário, pelo menos, que o titular dos dados tenha acesso às seguintes informações: “(i) identidade do responsável pelo tratamento; (ii) finalidade de cada uma das operações de tratamento em relação às quais se procura obter o consentimento; (iii) que tipo de dados serão recolhidos e utilizados; (iv) a existência do direito de retirar o consentimento; (v) quando pertinente, informações acerca da utilização dos dados para decisões automatizadas, e; (iv.) sobre os possíveis riscos de transferências de dados devido à inexistência de uma decisão de adequação e de garantias adequadas, tal como previsto no art. 46.º”¹²².

O requisito “específico” do consentimento decorre do art. 6.º/1/a) do RGPD e pode ser dividido em três dimensões: (i) especificação em função da finalidade como salvaguarda contra o desvirtuamento da função; (ii.) granularidade nos pedidos de consentimento; e (iii.) separação clara entre as informações relacionadas com a obtenção do consentimento para a atividade de tratamento de dados e as informações sobre outras questões¹²³. No que diz respeito à primeira dimensão, afigura-se de especial relevância no contexto do altruísmo dos dados, analisarmos as questões jurídicas que emergem dos casos em que não é possível, no momento da recolha do consentimento, definir as finalidades do tratamento¹²⁴.

De acordo com a interpretação do EDPB¹²⁵, em determinadas situações excecionais relacionadas com a investigação científica, onde não é possível identificar todas as finalidades do tratamento no momento da recolha dos DP, o considerando 33 do RGPD permite uma descrição mais geral da finalidade¹²⁶. Portanto, quando as finalidades de um determinado projeto de investigação científica não podem ser totalmente especificadas à partida, o responsável pelo tratamento deve procurar outras formas de garantir que os requisitos essenciais do consentimento sejam cumpridos, por exemplo, permitindo que os titulares consintam apenas com determinada área específica da investigação cujos contornos já estão

¹²¹ O formulário europeu de consentimento para o altruísmo de dados é apenas uma ferramenta que visa facilitar a partilha de DP, não sendo o fundamento de licitude para esse tratamento. Além disso, o formulário não coloca as OADR numa posição privilegiada comparativamente com outros responsáveis pelo tratamento de dados, apenas as confronta com termos gerais do consentimento. Cfr. Micheli, 2023, p. 4649 e Paal, 2023, pp. 1324-1325.

¹²² GT do art. 29.º, 2020, pp. 14 e 15.

¹²³ Reforçando este entendimento, o art. 5.º/1/b) do RGPD dispõe que os DP devem ser recolhidos para finalidades determinadas, apenas podendo ser tratados à luz desses fins. V. GT do art. 29.º, p. 13.

¹²⁴ Agravando esta questão, o RGD vem ainda complicar a compreensão das noções de “finalidade” e “operação de tratamento”. Nos termos do RGPD, o consentimento está associado a uma ou mais *finalidades* específicas (art. 6.º/1/a) do RGD). No entanto, o n.º 3 do art. 25.º do RGD dispõe que “(...) os titulares dos dados possam dar e retirar o seu consentimento relativamente a uma *operação* específica de tratamento de dados, em conformidade com os requisitos do Regulamento (UE) 2016/679” (itálico nosso). Ora, somos da opinião que os dois conceitos – operação e finalidade – não são equivalentes, uma vez que podem ser efetuadas várias operações de tratamento para uma única finalidade.

¹²⁵ EDPB-EDPS, 2021, pp. 7 e ss.

¹²⁶ Note-se, todavia, que esta exceção não pode aplicar-se a projetos futuros que ainda nem sequer estão definidos. Cfr. EDPB-EDPS, 2021, p. 9.

bem definidos no momento da recolha dos DP¹²⁷. No mesmo sentido, o considerando 50 do RGD vem complementar o disposto pelo RGPD, afirmando que “as finalidades de investigação científica podem basear-se no consentimento para determinados domínios da investigação científica, desde que sejam respeitados padrões éticos reconhecidos para a investigação científica, ou apenas para certos domínios ou partes de projetos de investigação”¹²⁸. No entanto, o RGD não fornece qualquer clarificação adicional sobre a possibilidade da utilização do consentimento mais geral¹²⁹. Deste modo, consideramos que os titulares dos dados devem saber para que fins os seus DP serão utilizados e não devem ser influenciados a partilhar mais dados do que os necessários para a finalidade pretendida, meramente por estar em causa uma partilha altruísta de dados¹³⁰.

Deste modo, a conformidade com todas as obrigações relativas ao consentimento, conforme delineado no art. 7.º do RGPD, revela-se uma tarefa ainda mais desafiadora no contexto do altruísmo de dados. Este cenário suscita diversas questões complexas que não encontram respostas explícitas no texto do RGD.

4.4. O tratamento posterior dos DP no âmbito do altruísmo de dados

A utilização, no considerando 50 do RGD, da expressão “regra geral” parece significar que, embora o consentimento seja o fundamento de licitude preferencial para o tratamento de DP para fins altruístas, não é o único fundamento de licitude possível. Esta interpretação levanta alguma confusão uma vez que, parece contraproducente existir uma partilha altruísta de dados sem que o titular dos DP tenha partilhado, voluntariamente, os seus DP com a organização de altruísmo de dados. No entanto, se olharmos da perspetiva do tratamento posterior dos DP¹³¹, pode existir uma justificação plausível para a expressão “regra geral”.

Relativamente ao tratamento posterior de DP, o considerando 50 do RGD remete para o art. 5.º/1/b) e 89.º/1 do RGPD, reforçando a presunção de compatibilidade de certas finalidades prevista no RGPD. Neste sentido, de acordo com o RGD, “(...) o tratamento posterior para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos não deverá

¹²⁷ É importante ressaltar que esta exceção delineada no considerando 33 não deve ser interpretada como uma brecha que permite ao responsável pelo tratamento desviar-se do princípio fundamental da limitação das finalidades e da obrigação de especificidade que deve cumprir ao recolher o consentimento dos titulares dos dados (GT do art. 29.º, 2020, pp. 35 e 36).

¹²⁸ V. considerando 50 do RGD.

¹²⁹ Conforme destacado pelo EDPB-EDPS no documento “Joint Opinion 03/2021”, as considerações referentes ao então considerando 38 da proposta do RGD (agora considerando 50) deveriam ser incorporadas na parte substantiva do regulamento, especialmente no que diz respeito à definição de consentimento amplo. Além disso, essa definição deveria incluir uma distinção clara entre (i.) consentimento para áreas específicas da investigação científica; (ii.) tratamento adicional para fins científicos, históricos ou estatísticos; e (iii.) tratamentos para fins de interesse geral. No entanto, a versão final do RGD não incorporou as considerações do EDPB-EDPS, não refletindo o conteúdo do considerando 50 na parte substantiva do Regulamento (v. EDPB-EDPS, 2021, pp. 41 e 42).

¹³⁰ CE, 2020b, pp. 27 e ss.

¹³¹ Embora existam várias designações (tratamento subsequente, finalidade secundária...), a expressão “tratamento posterior” foi a usada pelo TJUE no Ac. Digi, C-77/21.

(...) ser considerado incompatível com as finalidades iniciais”¹³². No entanto, o capítulo IV do RGD não fornece qualquer orientação adicional sobre o tratamento posterior de DP no âmbito do altruísmo de dados.

Uma interpretação restrita do RGPD significaria que a recolha de DP por organizações de altruísmo de dados poderia ser considerada como finalidade inicial, enquanto qualquer outra operação de tratamento posterior efetuada com esses DP constituiria um tratamento posterior ou utilização secundária¹³³. Neste sentido, ao disponibilizar a terceiros os DP partilhados pelos titulares dos dados numa base altruística, a organização de altruísmo de dados estaria a levar a cabo um tratamento posterior. Isto significaria que, antes de partilharem os dados com terceiros, as organizações de altruísmo de dados teriam de efetuar o teste da compatibilidade previsto no art. 6.º/4 do RGPD¹³⁴.

No entanto, o consentimento para altruísmo de dados, conforme delineado no considerando 50 e no art. 25.º do RGD, parece abranger os tratamentos de DP realizados por terceiros¹³⁵. Nesta ótica, as atividades de tratamento levadas a cabo pelos utilizadores de dados, que receberam DP das organizações de altruísmo de dados, parecem estar incorporadas na finalidade inicial, uma vez que a intenção de disponibilizar esses DP para fins altruístas constituiu a razão principal para a obtenção do consentimento¹³⁶. Adotando-se esta interpretação, as normas do RGPD relativas ao tratamento posterior de dados não se aplicariam¹³⁷. Neste sentido, sustentamos a visão de que o objetivo subjacente à estratégia europeia para os dados, que visa facilitar o acesso aos dados, só será verdadeiramente concretizado se prevalecer esta interpretação, desde que se assegure, simultaneamente, o respeito pelos princípios fundamentais de proteção de dados. No entanto, é crucial considerar que tudo depende da informação que é prestada ao titular dos dados no momento em que este dá o seu consentimento.

Chegados a este ponto, consideramos que é essencial encontrar uma resposta para a questão de como distinguir a finalidade inicial dos tratamentos posteriores no contexto do altruísmo de dados, sob pena de colocarmos em causa a segurança jurídica. Como vimos, as duas interpretações possíveis das regras do RGD conduzem a dois entendimentos opostos da forma como o RGPD deve ser aplicado pelas organizações de altruísmo de dados, ou seja, ou

¹³² Cfr. considerando 50 do RGPD e Cordeiro, 2020, p. 158.

¹³³ V. Shabani, 2020, pp. 128-134.

¹³⁴ O teste da compatibilidade exige uma avaliação minuciosa de vários fatores, nomeadamente: o contexto da recolha dos DP, as expectativas razoáveis das pessoas em causa relativamente à reutilização dos dados, o impacto do tratamento posterior dos dados nos titulares e as garantias adotadas pelo responsável pelo tratamento para assegurar a licitude do tratamento (v. Cordeiro, 2021, pp. 167 e ss.).

¹³⁵ Reforçando esta posição está o facto de os titulares dos dados poderem revogar o seu consentimento de operações de tratamento específicas. Deste modo, o consentimento fornecido pelo titular dos dados parece abranger os tratamentos realizados pelos utilizadores de dados. Cfr. art. 25.º do RGD.

¹³⁶ Becker, 2022, pp. 135 e ss.

¹³⁷ Veja-se o art. 6.º/4 do RGPD, que densifica o princípio da limitação das finalidades na sua dimensão relativa aos tratamentos subsequentes. O art. estabelece uma série de requisitos exemplificativos que o responsável pelo tratamento deve cumprir para aferir se determinada finalidade subsequente é compatível com a finalidade inicial. Cfr. Cordeiro, 2020, pp. 119 e 120.

as disposições sobre o tratamento subsequente dos dados teriam de ser cumpridas por estas organizações, ou não.

4.5. Direitos do titular dos dados

Ao explorarmos a interoperabilidade entre o RGD e o RGPD, é fundamental analisar como é que o capítulo IV do RGD se articula com o capítulo III do RGPD, que se dedica aos “direitos do titular dos dados”¹³⁸.

O considerando 52 do RGD dispõe que “a fim de promover a confiança e de proporcionar segurança jurídica adicional e facilidade de utilização no que toca ao processo de concessão e de retirada do consentimento deverá ser elaborado e utilizado, no contexto da partilha altruísta de dados, um formulário europeu de consentimento para o altruísmo de dados”. Além disso, o art. 22.º do RGD determina que a CE deve adotar atos delegados para completar o regulamento, incluindo a definição de requisitos técnicos e de segurança adequados, bem como os instrumentos para dar e retirar o consentimento.

Ora, das cláusulas acima citadas, é óbvio que o RGD enfatiza o direito de o titular de dados retirar o seu consentimento no âmbito do altruísmo de dados. Todavia, o RGD não tece quaisquer considerações quanto à forma como os titulares poderão exercer os restantes direitos previstos no referido capítulo III do RGPD, nomeadamente, o direito de acesso, retificação, apagamento e portabilidade. Esta opção do legislador pode sugerir que as disposições do RGPD relativamente ao exercício de direitos devem ser aplicadas na íntegra, sem qualquer recomendação ou obrigação adicional decorrente do altruísmo de dados.

No entanto, considerando as especificidades das relações jurídicas em análise, defendemos que o RGD deveria detalhar de forma mais explícita a obrigação das OADR cumprirem as regras para o exercício dos direitos dos titulares dos dados decorrentes do RGPD. Nesse sentido, seria adequado que o art. 22.º acima citado estipulasse que a CE, além de adotar um conjunto de regras para a obtenção e revogação do consentimento, também esclarecesse os mecanismos através dos quais os direitos dos titulares dos dados podem ser exercidos no contexto do altruísmo de dados.

No que diz respeito ao direito de retirar o consentimento¹³⁹, embora não esteja explicitamente incluído no capítulo dedicado aos direitos dos titulares dos dados, o art. 7.º/3 do RGPD estabelece que o titular tem o direito de revogar o consentimento previamente concedido para o tratamento dos seus DP. Consequentemente, o responsável pelo tratamento não deve, em qualquer circunstância, criar entraves ao exercício deste direito. Aliás, o consentimento deve ser tão fácil de retirar como foi de dar¹⁴⁰, devendo o titular dos dados ser

¹³⁸ Arts. 12.º a 23.º do RGPD.

¹³⁹ V., v.g., o considerando 46, 52, o art. 21.º/3 e o art. 22.º/1/a)/b) do RGD.

¹⁴⁰ V. art. 7.º/3 do RGPD.

informado, previamente à recolha do consentimento, da possibilidade de o retirar, sem que, todavia, seja comprometida a licitude das operações já realizadas ao abrigo do consentimento inicial¹⁴¹. Importa também mencionar que o titular tem o direito de solicitar o apagamento dos seus dados ao abrigo do art. 17.º do RGPD, que confere ao titular a faculdade de “obter do responsável pelo tratamento dos seus dados pessoais”¹⁴². No entanto, a aplicação destes direitos pode suscitar questões complexas no contexto do altruísmo de dados, especialmente quando os dados são usados para fins de investigação científica. Na verdade, o apagamento de dados já utilizados em pesquisas em andamento pode, em certas circunstâncias, ser praticamente inviável¹⁴³.

Adicionalmente, dada a complexidade das relações jurídicas que emergem da prática de altruísmo de dados, é fundamental estabelecer mecanismos que garantam que todos os intervenientes sejam notificados sobre o exercício dos direitos pelo titular dos dados. Caso contrário, tal exercício pode não ter um impacto prático, uma vez que os intervenientes não notificados da revogação ou apagamento podem, inadvertidamente, continuar o tratamento de DP sem um fundamento legal válido¹⁴⁴. Por exemplo, o n.º 2 do art. 17.º do RGPD estipula que, quando o titular dos dados solicita o apagamento de dados pessoais que foram tornados públicos pelo responsável pelo tratamento, este deve tomar todas as medidas razoáveis para informar os responsáveis que estão efetivamente a tratar esses DP, para que removam quaisquer ligações a esses dados, bem como quaisquer cópias ou reproduções dos mesmos¹⁴⁵. Além disso, o art. 19.º do RGPD obriga o responsável pelo tratamento a notificar os destinatários aos quais os DP foram divulgados de qualquer eliminação realizada em resposta a um pedido do titular, a menos que tal notificação seja impossível ou implique um esforço desproporcionado. Neste contexto, defendemos que estas obrigações sejam igualmente impostas ao responsável pelo tratamento envolvido na partilha altruísta de dados, seja este um terceiro ou a OADR, garantindo assim que os direitos dos titulares dos dados sejam rigorosamente protegidos.

Em suma, a interação entre o RGD e o RGPD requer clarificação, particularmente em relação à gestão eficaz do consentimento e à implementação do direito ao apagamento. Contudo, ainda é prematuro avaliar a eficácia dos mecanismos para a revogação do

¹⁴¹ Alves, 2023, pp. 65 e 66.

¹⁴² O direito ao apagamento é o reflexo da jurisprudência do TJUE na decisão *Google Spain*, C-131/12, que reconheceu ao titular dos dados o direito “a ser esquecido” ou à supressão.

¹⁴³ Lalova-Spinks expressa reservas sobre a eficácia do mecanismo de altruísmo de dados em simplificar o quadro normativo para a partilha de DP no âmbito da investigação científica. Há uma preocupação generalizada entre os investigadores de que tal mecanismo possa, paradoxalmente, complicar os procedimentos de consentimento e intensificar a carga burocrática (para mais desenvolvimentos, v. Lalova-Spinks, 2023, p. 4; Castela, 2023 e Gefenas, 2022).

¹⁴⁴ Baloup, 2021, pp. 38 e ss.

¹⁴⁵ Cordeiro, 2020, pp. 274 e 275.

consentimento, dado que os atos delegados previstos no art. 22.º do RGD ainda não foram adotados¹⁴⁶.

4.6. A ambiguidade do conceito “interesse geral”

No contexto do RGD, a partilha altruísta de dados deve contribuir para objetivos de “interesse geral”. No entanto, o texto do RGD apenas fornece alguns exemplos não exaustivos¹⁴⁷ de possíveis objetivos de interesse geral, sendo que a definição do conceito permanece uma questão em aberto que suscita dúvidas¹⁴⁸.

Uma das principais questões que surge diz respeito à possível relação entre o conceito de “interesse geral” estabelecido pelo RGD e o fundamento de licitude “interesse público” previsto no art. 6.º/1/e) do RGPD. Efetivamente, a escolha do termo “geral” em vez de “público” no RGD carece de justificação nos documentos que acompanharam a proposta do regulamento¹⁴⁹. Aliás, a avaliação de impacto e a exposição de motivos contribuíram para a ambiguidade e incerteza do conceito “interesse geral”, uma vez que utilizam um terceiro termo quando se referem ao altruísmo de dados – “bem comum”¹⁵⁰. Consideramos que a intenção do legislador foi desassociar o altruísmo de dados do fundamento de licitude “interesse público” previsto no RGPD, uma vez que a utilização desse conceito poderia levar a potenciais equívocos quanto ao fundamento de licitude a ser utilizado para a partilha altruísta de dados – se o consentimento (art. 6.º/1/a) do RGPD) ou o interesse público (art. 6.º/1/e) do RGPD).

Por outro lado, embora o RGD disponha que “os Estados-Membros podem definir políticas nacionais para o altruísmo de dados”, não fica claro se é imperativo implementar e esclarecer a noção de “fins de interesse geral” e, em caso afirmativo, quem seria responsável por essa definição e de que maneira seria feita. Embora seja compreensível que os EM reivindiquem competências neste aspeto, a falta de clareza e a possibilidade de divergências nas implementações nacionais podem comprometer o principal objetivo das disposições de

¹⁴⁶ De qualquer das maneiras, o responsável pelo tratamento, seja ele a OADR ou um terceiro, deverá sempre tomar as precauções devidas para permitir o exercício de direitos adequado por partes dos titulares dos dados. Cfr. Moniz, 2023, pp. 169 e ss.

¹⁴⁷ Por exemplo, o considerando 45 do RGD dispõe que “esses objetivos deverão incluir os cuidados de saúde, a luta contra as alterações climáticas, a melhoria da mobilidade, a facilitação do desenvolvimento, produção e divulgação de estatísticas oficiais, a melhoria da prestação de serviços públicos ou a preparação de políticas públicas. O apoio à investigação científica também deverá ser considerado um objetivo de interesse geral”.

¹⁴⁸ Na opinião conjunta, o EDPB e o EDPS consideraram que a CE deveria definir melhor o conceito de interesse geral no âmbito do altruísmo de dados, uma vez que “a falta de definição pode conduzir a incertezas jurídicas, bem como a um menor nível de proteção de DP na UE” (v. EDPB-EDPS, 2021, p. 41). Neste sentido, a versão final do RGD oferece mais especificações em comparação com a versão anterior, mas, ainda assim, continuam a existir muitas dúvidas sobre a definição do conceito “interesse geral”.

¹⁴⁹ É importante observar que o termo “interesse geral” é utilizado ao longo do texto do RGD, abrangendo outros temas além do altruísmo de dados. No entanto, em nenhum momento é oferecida uma definição precisa desse conceito. Por exemplo, o considerando 13 do RGD refere que “os organismos do setor público deverão respeitar o direito da concorrência ao estabelecerem os princípios de reutilização dos dados que detêm, evitando celebrar acordos que possam ter por objetivo ou efeito a criação de direitos exclusivos de reutilização de certos dados. Tais acordos só deverão ser possíveis quando tal se justifique e seja necessário para a prestação de um serviço ou o fornecimento de um produto no interesse geral” (sublinhado nosso).

¹⁵⁰ Cfr. CE, 2019, pp. 27 e ss., e CE, 2020c.

altruísmo de dados – construir confiança para que os titulares dos dados se sintam seguros ao partilhar os seus DP de forma altruísta para o bem comum.

Investigações recentes têm-se empenhado em elucidar o conceito de altruísmo de dados e, consequentemente, a definir o que se entende por interesse geral, explorando várias perspetivas sobre como o enquadramento normativo poderia efetivamente incentivar a partilha de dados¹⁵¹. Neste contexto, destaca-se a teoria da solidariedade dos dados¹⁵², que propõe que o estímulo à partilha de dados se baseie no princípio da solidariedade, em vez do altruísmo. Segundo esta perspetiva, o critério principal para promover a partilha de dados em prol do bem comum é discernir entre tratamentos de dados que geram valor público significativo sem representar riscos inaceitáveis para os indivíduos, dos tratamentos de dados que não geram tal valor. Assim, esta teoria centra-se na criação de valor público através da utilização de dados, em vez de apenas visar a contribuição para o interesse geral (conceito subjetivo), como propõe o altruísmo de dados no RGD. Ao adotar o valor público como critério central para a governação de dados, estabelece-se um critério objetivo, impulsionando o progresso social e aproveitando o potencial dos dados para melhorar a vida das pessoas e das comunidades¹⁵³.

Em suma, a definição do conceito de “interesse geral” desempenha um papel crucial na operacionalização do altruísmo de dados. Ao adotar-se uma definição ampla e sem identificar limites claros, há o risco de muitos casos serem englobados no conceito de “interesse geral”, resultando no que se denomina “Mathew Effect”¹⁵⁴. Este fenómeno implica que as grandes empresas já estabelecidas, com amplos recursos à disposição, possam facilmente argumentar que os seus tratamentos de DP visam fins de interesse geral, quando, na verdade, estão associados a objetivos comerciais. Neste contexto, defendemos que a utilização de dados para fins altruístas deveria ser orientada pelo princípio de que apenas as partilhas que efetivamente geram valor público significativo (e não causem danos injustificados) devem ser incentivadas. Em vez de utilizar o critério de “interesse geral”, que, tal como existe no RGD, é vago e demasiado abrangente, é crucial adotar uma abordagem mais precisa e criteriosa na definição dos objetivos do altruísmo de dados, avaliando cuidadosamente os riscos e benefícios envolvidos.

¹⁵¹ Cfr. Prainsack, 2022, p. 11.

¹⁵² V. ponto 4.1. da presente dissertação, que desenvolve o conceito de altruísmo de dados e a teoria da solidariedade em comparação com o altruísmo.

¹⁵³ Para ajudar a avaliar o valor público dos tratamentos de DP, um grupo de investigadores da universidade de Viena lançou uma ferramenta para avaliar os riscos e os benefícios de casos específicos de utilização dos dados – o PLUTO. A ponderação dos riscos e benefícios realizada pela ferramenta resulta numa pontuação que indica o valor público da utilização de dados. O PLUTO teve a sua estreia durante o evento de lançamento do Laboratório de Digital Transformations for Health Lab (DTH-Lab) organizado no World Health Summit 2023 (15-17 de outubro, Berlim).

¹⁵⁴ O “Mathew Effect” consiste no fenómeno segundo o qual “os ricos ficam mais ricos e os pobres ficam mais pobres”. Para mais desenvolvimentos, v. Perc, 2014, pp. 1-2.

5. O equilíbrio entre o direito fundamental à proteção de dados e o incentivo à partilha de dados pessoais

O RGD constitui uma mudança no paradigma regulatório da UE, ao promover ativamente a partilha de DP como forma de impulsionar a economia digital¹⁵⁵.

De facto, uma das principais questões que se levanta é o facto do RGD ver os dados como um objeto, o que contrasta com a abordagem do RGPD. Enquanto o foco principal do RGPD é garantir o cumprimento do direito à proteção dos DP, estabelecendo, para isso, requisitos rigorosos para o tratamento desses dados, o RGD parece apoiar a ideia de que os dados podem ser tratados como uma mercadoria negociável¹⁵⁶. Por um lado, ao incentivar a partilha e a utilização de dados, a UE abre novos horizontes para a inovação, para o desenvolvimento de novos serviços e produtos e para a melhoria da tomada de decisão baseada em dados. Por outro lado, esta mudança exige uma gestão cuidadosa para assegurar que a partilha de dados não compromete a proteção dos titulares dos dados.

No que diz respeito a este último desafio, embora o RGD reconheça a prevalência do RGPD em caso de conflito, o equilíbrio entre os objetivos de fomentar a partilha de dados do RGD e a necessidade de garantir a conformidade com os princípios fundamentais de proteção de dados estabelecidos no RGPD, é crucial para evitar conflitos e garantir a segurança e a privacidade dos cidadãos europeus. Neste sentido, a declaração europeia sobre os direitos e princípios digitais reforça que a transformação digital deve ter o ser humano como centro das prioridades e preconiza a necessidade de uma conformidade das estratégias de transformação digital com os direitos fundamentais dos cidadãos¹⁵⁷. Deste modo, consideramos que, tanto a reutilização de DP detidos por OSP, como a partilha altruísta de dados, devem sempre ter por base os princípios fundamentais da proteção de dados previstos no art. 5.º do RGPD¹⁵⁸.

Outra questão que suscita preocupações e que evidencia a possibilidade de colocar a proteção de DP em segundo plano diz respeito aos desafios práticos da implementação do RGD, especialmente no que diz respeito às autoridades nacionais de proteção de dados. De facto, os deveres das autoridades nacionais de proteção de dados aumentam com o RGD. Por exemplo, de acordo com o considerando 15 do RGD, antes de fornecerem acesso a DP para posterior reutilização por terceiros, os OSP devem realizar avaliações de impacto e consultar as autoridades de controlo, em conformidade com os arts. 35.º e 36.º. O RGD refere também, no considerando 26, que os organismos competentes que prestam apoio aos OSP, não devem ter uma função de controlo, sendo que essa função está reservada às autoridades de controlo

¹⁵⁵ Costa, 2023, p. 622.

¹⁵⁶ Este entendimento é reforçado pelas definições “detentores dos dados” e “utilizadores dos dados” previstas no art. 2.º/8/9 do RGD, respetivamente.

¹⁵⁷ No Capítulo V, dedicado à segurança, proteção e capacitação, em particular no que se refere à privacidade e ao controlo individual dos dados, é reconhecido que o direito à proteção de dados pessoais engloba o controlo sobre a forma como os dados são utilizados e partilhados (cfr. CE, 2022).

¹⁵⁸ EDPB-EDPS, 2021, pp. 9-19.

nos termos do RGPD. Ora, tendo em conta os problemas de recursos, coordenação e outras dificuldades já enfrentadas pelas autoridades de controlo na UE e, em particular, em Portugal, surge uma preocupação pertinente sobre como as disposições estipuladas no RGD serão, de facto, implementadas e executadas na prática¹⁵⁹.

Em suma, é de especial importância garantir que seja alcançado um equilíbrio entre o objetivo do RGD de promover a economia e o mercado de dados e o cumprimento das disposições estabelecidas pelo RGPD. Como as autoridades de controlo e de supervisão¹⁶⁰ têm vindo a salientar, a necessidade de aumentar os níveis de disponibilidade de DP em prol do mercado único digital, não pode traduzir-se na subversão da tutela do direito à proteção de DP. De facto, a proteção de DP deve constituir a base fundamental do RGD, assegurando que os direitos fundamentais dos cidadãos não sejam subordinados aos interesses económicos do mercado nem à procura pela prosperidade económica da União.

Na conceptualização da estratégia europeia para os dados, a CE compreendeu a necessidade de salvaguardar que os titulares estejam munidos dos mecanismos adequados para controlar os seus DP, de forma a aumentar a sua confiança no comércio jurídico, e, assim, contribuir com a partilha dos seus DP¹⁶¹. Contudo, essa confiança não resulta automaticamente de normas legais formais ou de direitos abstratos, sendo necessário garantir que os mecanismos previstos sejam efetivos e compreensíveis na prática¹⁶². Como observamos, a ambiguidade e incoerência de algumas das disposições do RGD no que diz respeito ao tratamento de DP dificultam a prossecução desse equilíbrio, levantando preocupações quanto a um possível retrocesso na confiança dos titulares de dados, conquistada gradualmente ao longo dos últimos anos pelo RGPD¹⁶³.

¹⁵⁹ Além disso, nos casos em que os EM nomeiem, quando possível, autoridades ou organismos competentes diferentes das autoridades de proteção de dados, pode criar uma complexidade significativa para os intervenientes digitais e para os titulares dos dados, além de comprometer a consistência na aplicação das disposições do RGPD. Por outro lado, ao deixar à descrição dos EM a referida designação dos organismos competentes, também existe o risco de inconsistências e divergências nas abordagens regulatórias em toda a União. Cfr. Ruohonen, 2022, p. 106.

¹⁶⁰ EDPB-EDPS, 2021, pp. 42-44.

¹⁶¹ CE, 2020b e considerando 16 do RGD.

¹⁶² Cfr. Edwards & Veale, 2028, p. 7. Os autores alertam para a chamada “transparency fallacy”, isto é, a ilusão de proteção criada por direitos que, embora formalmente previstos, são difíceis de exercer ou pouco úteis na prática.

¹⁶³ A falta de clareza e de harmonização entre os diplomas legais é motivo suficiente para a perda da confiança dos cidadãos no mercado e nas políticas da União (v. Carneiro, 2023, p. 177).

6. Conclusão

No cenário atual, onde a digitalização permeia todos os aspetos da sociedade, a disponibilização e partilha de DP desempenham um papel vital no desenvolvimento económico e social. Neste contexto, o RGD emerge como uma peça fundamental da estratégia europeia para os dados, visando criar as condições necessárias ao desenvolvimento de um sistema confiável de partilha de DP.

No entanto, é crucial reconhecer os desafios e ambiguidades legais que surgem da interoperabilidade entre o RGD e o RGPD. Questões como a delimitação de DP e dados não pessoais, a falta de orientações claras para a reutilização de DP detidos por OSP e a incerteza em torno de conceitos jurídicos como “altruísmo de dados” e “interesse geral” levantam preocupações significativas quanto à possível erosão das garantias que o RGPD oferece.

Portanto, torna-se evidente que o RGD apresenta desafios consideráveis na sua articulação com o RGPD, suscitando interpretações diversas e prejudiciais do ponto de vista da proteção de DP. Para mitigar essas preocupações, é fundamental consolidar e esclarecer as questões levantadas ao longo da presente dissertação, garantindo a conformidade e complementaridade entre o RGD e o RGPD. De facto, consideramos que o sucesso do RGD dependerá da robustez do quadro legal, que deve fomentar não apenas inovação e o desenvolvimento económico, mas também a proteção do direito fundamental à proteção de DP.

Concluindo, é de extrema importância que a UE reafirme o seu compromisso com a proteção de dados¹⁶⁴, assegurando que o avanço em direção a uma economia digital próspera não seja feito à custa dos direitos individuais e da privacidade dos cidadãos. Assim, o grande desafio reside em garantir que a inovação tecnológica e a proteção de dados caminhem lado a lado, em benefício de toda a sociedade.

¹⁶⁴ O RGPD permitiu “colocar os DP e o seu tratamento no centro das preocupações jurídicas”, sendo que a UE assume um papel de liderança no domínio da proteção de dados (v. Cordeiro, 2020, p. 9).

Bibliografia

- AMARAL, D. F. (2017). *Curso de direito administrativo*, vol. II. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, C. J. (1993). *Mito e realidade da transparência administrativa. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- BALOUP, J., BAYAMLIOĞLU, E., BENMAYOR, A., DUCUING, C., DUTKIEWICZ, L., LALOVA-SPINKS, T., MIADZVETSKAYA, Y. & PEETERS, B. (2021). *White Paper on the Data Governance Act*. CiTiP Working Paper 2021. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3872703.
- BECKER, R., CHOKOSHVILI, D., COMANDÉ, G., DOVE, E. S., HALL, A., MITCHELL, C., MOLNÁRGÁBOR, F., NICOLÁS, P., TERVO, S. & THOROGOOD, A. (2022). Secondary use of personal health data: when is it “further processing” under the GDPR, and what are the implications for data controllers? *European Journal of Health Law*, vol. 30, no. 2, pp. 129-157. https://brill.com/view/journals/ejhl/30/2/article-p129_1.xml.
- BENCZE, L., BECZE, O., BÓDI, A., et al. (2023). Report on lessons learned to be applied and recommendations for data altruism practices in the implementation of construction of national and European health data spaces (including broad consent). TEHDAS – Joint Action Towards the European Health Data Space. <https://tehdas.eu/app/uploads/2023/09/tehdas-recommendations-for-data-altruism-practices.pdf>.
- BIRCH, K. & BRONSON, K. (2022). Big Tech. *Science as Culture*, vol. 3, no. 1, pp. 1-14. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09505431.2022.2036118>.
- BULLA, Z., GLUHAK, Ž., KOVÁCS, R., MADDOCKS, J., PAVEŠKOVIĆ, T., PIRTIVAARA, M. & RICHARDS, R. (2022). Primary recommendations to foster GDPR-compliant data altruism mechanisms for the EHDS. Milestone 8.6, TEHDAS – Joint Action Towards the European Health Data Space. <https://tehdas.eu/app/uploads/2022/12/primary-recommendations-to-foster-gdpr-compliant-data-altruism-mechanisms-for-the-ehds.pdf>.
- BUTTOW, C. & WEERTS, S. (2023). Managing public sector data: National challenges in the context of European Union’s new data governance models. *Information Polity*, vol. 1, no. 16. <https://journals.sagepub.com/doi/10.3233/IP-230003>.
- CARRIÈRE-SWALLOW, Y. & HAKSAR, V. (2019). The economics and implications of data: An integrated perspective. *Departmental Paper* n.º 2019/013. Washington, D.C.: International Monetary Fund. <https://www.imf.org/en/Publications/Departmental-Papers-Policy-Papers/Issues/2019/09/20/The-Economics-and-Implications-of-Data-An-Integrated-Perspective-48596>.
- CARNEIRO, P. (2023). Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e o mercado de dados – Mercado de dados 1.0 e a licitude da partilha de dados (pessoais) através de serviços de intermediação de dados no âmbito do Regulamento de Governação de Dados, por via do consentimento do titular dos dados – uma imposição de base legal? *Anuário de proteção de dados*, 2023, pp. 145-178. https://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2023/12/Anuario-de-protecao-de-dados_2023_2-prova-145-178.pdf.

- CAROVANO, G., & FINCK, M. (2023). Regulating data intermediaries: The impact of the Data Governance Act on the EU's data economy. *Computer Law & Security Review*, vol. 50, Art. 105830. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105830>.
- CASTELA, E. & BRANCO DA COSTA, T. (2023). A investigação clínica na era do altruísmo dos dados: Algumas considerações em torno da proteção de dados pessoais. *Anuário de Proteção de Dados*, 2023, vol. 2, pp. 249-282. https://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2023/12/Anuario-de-protecao-de-dados_2023_2-prova-145-178.pdf.
- CORDEIRO, A. B. M. (2020). *Direito da proteção de dados: À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. B. M. (2023). *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina.
- COSTA, T. (2022). O altruísmo (económico?) de dados: Breves considerações sobre o espaço europeu de dados de saúde e a proteção de dados pessoais. In A. S. P. Oliveira & P. Jerónimo (coords.). *Liber amicorum Benedita Mac Crorie*, vol. II, pp. 613-643. Braga: UMinho Editora. <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82206>.
- COUTINHO, J. (2017). A transparência administrativa e o acesso à informação pessoal. In *IX Encontro de Professores de Direito Público*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora.
- DITFURTH, L. & LIENEMANN, G. (2022). The Data Governance Act: Promoting or restricting data intermediaries? *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 23, no. 4, pp. 270-295. <https://ssrn.com/abstract=4272920>.
- EDWARDS, L. & VEALE, M. (2018) Enslaving the algorithm: From a “right to an explanation” to a “right to better decisions”? *IEEE Security & Privacy*, vol. 16, no. 3, pp. 46-54. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3052831.
- ESTEVES, B., RODRÍGUEZ-DONCEL, V., PANDIT, H. J. & LEWIS, D. (2023). Semantics for implementing data reuse and altruism under EU's Data Governance Act. In M. Acosta et al. (eds.). *Knowledge graphs: Semantics, machine learning, and languages*, pp. 210-219. IOS Press. <https://doras.dcu.ie/28955/>.
- FINCK, M. & PALLAS, F. (2020). They who must not be identified – Distinguishing personal from non-personal data under the GDPR. *International Data Privacy Law*, vol. 10, no. 1, pp. 1-36. <https://academic.oup.com/idpl/article/10/1/11/5802594>.
- FISCHER, B. & PISKORZ-RYŃ, A. (2021). Artificial intelligence in the context of data governance. *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 35, no. 3, pp. 419-428. <https://doi.org/10.1080/13600869.2021.1950925>
- GEFENAS, E., LEKSTUTIENE, J., LUKASEVICIENE, V., HARTLEV, M., MOURBY, M. & Ó CATHAOIR, K. (2022). Controversies between regulations of research ethics and protection of personal data: Informed consent at a cross-road. *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 25, no. 1, pp. 23-30. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34787769/>.
- GERRITSEN, J.B.A. (2023). The Data Governance Act (DGA): Modern, yet irrelevant? Legal beetle. <https://legalbeetle.com/wp-content/uploads/Joost-Gerritsen-Legal-Beetle-DGA-modern-yet-irrelevant.pdf>.

- HALVORSON, G. C. & NOVELLI, W. D. (2014). Data altruism: Honoring patients' expectations for continuous learning. *NAM Perspectives*. <https://nam.edu/perspectives/data-altruism-honoring-patients-expectations-for-continuous-learning/>.
- HANSEN, J., VERHELJ, R., WILSON, P. & VAN VEEN, E.-B. (2021). Assessment of the EU Member States' rules on health data in the light of GDPR. European Commission, Directorate-General for Health and Food Safety. https://health.ec.europa.eu/publications/assessment-eu-member-states-rules-health-data-light-gdpr_en.
- HENRIKSEN-BULMER, J. & JEARY, S. (2016). Re-identification attacks: A systematic literature review. *International Journal of Information Management*, vol. 36, no. 6, pp. 1184-1192. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0268401215301262>.
- HERT, P. (2023). Post-GDPR lawmaking in the digital data society: Mimesis without integration. Topological understandings of twisted boundary setting in EU data protection law. In Curtin, D. & Catanzariti, M. (eds.). *Data at the boundaries of European law*, pp. 95-132. Oxford: Oxford University Press.
- HOERNIG, S. & ILHARCO, A. (2023). European data strategy: Regulatory & policy aspects. *Policy Paper* no. 26. Lisbon: Institute of Public Policy. <https://www.ipp-jcs.org/wp-content/uploads/2023/08/IPP-Paper-EU-Data-Strategy-v6-3.pdf>.
- INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE (ICO). (2022). Chapter 3: Pseudonymisation. Draft anonymization, pseudonymization and privacy enhancing technologies guidance. <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/4019579/chapter-3-anonymisation-guidance.pdf>.
- KAMOCKI, P., LINDÉN, K., PUKSAS, A. & KELLI, A. (2023). EU Data Governance Act: Outlining a potential role for CLARIN. In T. Erjavec & M. Eskevich (eds.). *Selected papers from the CLARIN Annual Conference 2022*. Linköping: Linköping University Electronic Press. <https://ecp.ep.liu.se/index.php/clarin/article/view/728>.
- LALOVA-SPINKS, T., MESZAROS, J. & HUYS, I. (2023). The application of data altruism in clinical research through empirical and legal analysis lenses. *Frontiers in Medicine*, vol. 10, no. 1141685. <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fmed.2023.1141685/full>.
- MIADZVETSKAYA, Y. (2023). Data Governance Act: On international transfers of non-personal data and GDPR mimesis. *European Data Protection Law Review*, vol. 9, no. 1, pp. 13-26. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4444051.
- MICHELI, M., FARRELL, E., CARBALLA SMICHOWSKI, B., POSADA SANCHEZ, M., SIGNORELLI, S. & VESPE, M. (2023). *Mapping the landscape of data intermediaries – Emerging models for more inclusive data governance*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC133988>.
- MONIZ, G. C. (2023). *Manual de introdução à proteção de dados pessoais*. Almedina.
- PAAL, B. P. & CANTÜRK, B. C. (2023). The concept of data altruism in comparison of the Data Governance Act and the General Data Protection Regulation. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2, pp. 1317-1330. https://dosya2.gsu.edu.tr/page/2024/1/31/gsuhfd_c-22_s-2_aralik2023_dergi-569.pdf.

- PAPAKONSTANTINO, V. & HERT, P. (2021). Post GDPR EU laws and their GDPR mimesis: DGA, DSA, DMA and the EU regulation of AI. *European Law Blog*. <https://www.europeanlawblog.eu/pub/post-gdpr-eu-laws-and-their-gdpr-mimesis-dga-dsa-dma-and-the-eu-regulation-of-ai/release/1>.
- PASERI, L. (2024). The ethical and legal challenges of data altruism for the scientific research sector. In M. Arias-Oliva, J. Pelegrin-Borondo, K. Murata, A. M. Lara Palma & M. Ollé Sensé (eds.), *Smart ethics in the digital world: Proceedings of the ETHICOMP 2024*, pp. 137-141. Universidad de La Rioja. https://iris.unito.it/retrieve/ff3cc810-e53e-4dfd-b87a-e20989182b9d/Paseri_2024ETHICOMP.pdf.
- PERC, M. (2014). The Matthew effect in empirical data. *Journal of the Royal Society Interface*, vol. 11, no. 98, art. 20140378. <https://doi.org/10.1098/rsif.2014.0378>.
- PINHEIRO, A. (2018). *Privacy e proteção de dados pessoais: A construção dogmática do direito à identidade informacional*. AAFDL.
- PURTOVA, N. (2018). The law of everything: Broad concept of personal data and future of EU data protection law. *Law, Innovation and Technology*, vol. 10, no. 1, pp. 40-81. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17579961.2018.1452176>.
- PRAINSACK, B. (2022). Data solidarity: A blueprint for governing health futures. *The Lancet Digital Health*, vol. 4, no. 10, pp. 726-728. <https://www.thelancet.com/journals/landig/article/PIIS2589-7500%2822%2900189-3/fulltext>.
- PRAINSACK, B. & EL-SAYED, S. (2023). Beyond individual rights: How data solidarity gives people meaningful control over data. *The American Journal of Bioethics*, vol. 23, no. 10, pp. 1-3. <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/15265161.2023.2256267>.
- RUOHONEN, J. & HJERPPE, K. (2022). The GDPR enforcement fines at glance. *Information Systems*, vol. 106, no. 101876. <https://doi.org/10.1016/j.is.2021.101876>.
- SHABANI, M. & YILMAZ, M. S. (2022). Lawfulness in secondary use of health data: Interplay between three regulatory frameworks of GDPR, DGA & EHDS. *Technology and Regulation*, pp. 128-134. <https://doi.org/10.26116/techreg.2022.013>.
- SOLOVE, D. J. (2013). Introduction: Privacy self-management and the consent dilemma. *Harvard Law Review*, vol. 126, no. 7, pp. 1880-1903. <https://harvardlawreview.org/print/vol-126/introduction-privacy-self-management-and-the-consent-dilemma/>.
- STREINZ, T. (2021). The evolution of European data law. In P. Craig & G. de Búrca (eds.), *The evolution of EU law*, 3.^a ed., pp. 902-936. Oxford: Oxford University Press. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3762971.
- TORBAY, A. C. (2020). A anonimização enquanto mecanismo de proteção de dados pessoais à luz da atual conjuntura legislativa europeia. *Anuário de Proteção de Dados*, pp. 49-78. <https://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2022/10/2.-Augusto-Cesar-Torbay.pdf>.
- VARDANYAN, L. & KOCHARYAN, H. (2022). The GDPR and the DGA proposal: Are they in controversial relationship? *European Studies – The Review of European Law, Economics and Politics*, vol. 9, no. 1, pp. 91-109. <https://sciendo.com/article/10.2478/eustu-2022-0004>.

VEIL, W. (2022). Data altruism: how the EU is screwing up a good idea. *AlgorithmWatch*.
<https://algorithmwatch.org/en/eu-and-data-donations/>.

VESTAGER, M. (2021). Data is not oil – it is a renewable resource that can be pooled, shared, reused. X (anteriormente Twitter). <https://twitter.com/vestager/status/1390257079374557184>.

Jurisprudência e outros documentos oficiais

Acórdão Conselho Único de Resolução contra Autoridade Europeia para a Protecção de Dados (AEPD). T-557/20. (Tribunal Geral (oitava secção alargada), 26 de abril de 2023). <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/a59bac6e-0e41-11ee-b12e-01aa75ed71a1/language-en>.

Acórdão Digi Távközlési és Szolgáltató Kft. v. Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság. C-77/21 (TJUE, 20 de outubro de 2022). <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/a324fb78-5057-11ed-92ed-01aa75ed71a1/language-pt>.

Acórdão Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. C-131/12 (TJUE, 13 de maio de 2014). <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>.

CNPD. (2020). Deliberação/2020/277. https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.cnpd.pt/umbraco/surface/cnpdDecision/download/121773&ved=2ahUKEwiOobuZurqFAxVZh_oHHR-zDsoQFnoECA4QAw&usg=AOvVawoqX9ZVS3HFRdLiHstIB8kh.

COMISSÃO EUROPEIA. (2019). Impact Assessment on enhancing the use of data in Europe: Report on Task 1 – Data governance SMART 2019/0024. https://www.asktheeu.org/request/budget_and_planning_information#incoming-30449.

COMISSÃO EUROPEIA. (2020a). Commission Staff Working Document: Executive summary of the impact assessment report accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0295&from=EN>.

COMISSÃO EUROPEIA. (2020b). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: Uma estratégia europeia para os dados. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0066>.

COMISSÃO EUROPEIA. (2020c). Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à governação de dados (Regulamento Governação de Dados). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0767>.

COMISSÃO EUROPEIA. (2022). Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital. https://direito.up.pt/digeucit/wp-content/uploads/sites/968/2022/12/Declaracao-Europeia-sobre-os-direitos-e-principios-para-a-decada-digital_PT.pdf.

EDPB-EDPS (2021). Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act). https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpbedps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-032021-proposal_en.

EDPS. Summary of the Opinion of the European Data Protection Supervisor on EDPS Opinion on the European strategy for data, 2020/C 322/04, Official Journal of the European Union. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2020_322_R_0004.

GT do artigo 29.º. (2014). Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques. https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf.

GT do artigo 29.º (2020). Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679. https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_pt.pdf.

Access to justice and fundamental rights
for Indigenous peoples in Africa

Lætitia Madeleine Nathalie Kœchlin

Under the supervision of Professor
Maria Isabel Tavares

À mon frère, Cyrille

“For to be free is not merely to cast off one’s chains, but to live in a way that respects and enhances the freedom of others”.
Nelson Mandela

Acknowledgements

I would like to thank my supervisor Professor Maria Isabel Tavares who guided me through the writing of my dissertation by refocusing my thinking on the essentials and helped me come up with ideas for the subjects I wanted to highlight.

I also would like to thank Professor Adam David Dubin who helped me find other ways to think of certain issues.

To my brother and my parents, who are always there for me and my projects, whatever happens, and for their unconditional love and support. To my family and my friends, who, no matter the distance that separate us, are always close to me.

Lastly, I want to thank the Catholic University of Porto who broadened my spirit and my way of thinking.

Abstract

This paper aims to draw attention on the issues faced by Indigenous communities in Africa and propose strategies for their empowerment and well-being. It analyses the historical context, legal frameworks, and socio-cultural factors that affect these communities. By analysing case studies and best practices, this study aims to identify effective ways for empowering Indigenous peoples and ensuring that their rights are upheld. Notwithstanding the implementation of international HR standards in a multilateral context with international courts such as the International Criminal Court, the International Court of Justice, the International Criminal Tribunal for Rwanda, or the United Nations HRC, among other international judicial systems; only the regional judicial systems will be analysed in this paper, as the goal of this discussion is regarding the impact of its jurisprudence on African Indigenous peoples' fundamental rights.

Keywords: Indigenous peoples; Africa; fundamental rights; justice; CSOs; NGOs; discrimination.

Abbreviations and acronyms

ACHPR	African Charter on Human and Peoples' Rights
CAR	Central African Republic
CBD	Convention on Biological Diversity
CIJ	Customary and Informal Justice
CSO	Civil Societies Organizations
DRC	Democratic Republic of Congo
FPIC principle	Free, prior and informed consent principle
GA	General Assembly
HR	Human Rights
HRC	HR Council
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
IL	International Law
ILO	International Labor Organization
NGO	Non-Governmental Organizations
OAU	Organization of African Unity
UN	United Nations
UNDRIP	United Nations Declaration on the Rights of Indigenous peoples
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund

Index

1. Introduction	8
2. Historical context	9
2.1. Historical landscape of indigenous fundamental rights in Africa	9
2.2. The complexity to define Indigenous peoples	10
2.3. The principle of self-determination	12
3. Legal framework	14
3.1. Universal protection of fundamental rights	14
3.1.1. Treaties drafted within The United Nations	14
3.1.2. Treaties drafted within the ILO	15
3.2. Regional protection of fundamental rights	17
3.2.1. Treaties drafted within the OAU	17
3.2.2. African constitutions	18
4. Indigenous rights in IL under juridical systems	19
4.1. International, regional and CIJ Systems	19
4.2. Regional jurisprudence on the protection and development of Indigenous peoples' rights	21
4.2.1. The Endorois case	21
4.2.2. The Ogiek case	24
4.3. HRC's resolutions	27
5. Access to justice for Indigenous peoples	28
5.1. Access to justice for specific groups	30
5.1.1. Indigenous women	30
5.1.2. Indigenous children and youth	31
5.2. Improving fundamental rights and access to justice for indigenous peoples	34
5.2.1. Initiatives promoting access to justice and legal assistance	34
5.2.2. CSOs in international advocacy coalitions	35
5.2.3. Transitional justice mechanisms and restorative justice	35
6. Indigenous empowerment	37
6.1. The protection of indigenous lands within international treaties	37
6.2. The recognition of the FPIC principle	38
6.3. The need to protect Indigenous lands as a way to preserve the environment	39
6.4. Geographical perspective	40
7. Conclusion	42
Bibliography	43

1. Introduction

Human Rights¹ have been existing since forever, they are grounded in humanity. Every ancient civilization that ever existed knew that the human being is inherently entitled to a dignified life, filled with the inalienable sacrality of human life. The only difference between ancient times and modern society is that whereas the fundamental rights concept is now institutionalized through written international and domestic laws, ancient civilizations applied them selectively because of the prevailing economic modes of production and the attendant relations of production they were familiar with. HR are human existence. It is now widely established and accepted that HR are applicable to everyone regardless of obstructive factors such as race, class, gender, religion, ethnicity, sex...

In the world, there are over 4,000 Indigenous idioms out of the 7,000 spoken, half of which are set to disappear by 2100.² Indigenous populations represent only 6.2% of the world's population belonging to over 5,000 different groups but 19% of the number of people living in extreme poverty worldwide. Indigenous peoples' territories cover 28% of the earth's surface and contain 11% of the planet's forests. They are the guardians of most of the planet's remaining biodiversity. Indigenous peoples' food systems show high levels of self-sufficiency, ranging from 50% to 80% of food and resource production.³

Africa's colonial history plays a significant role regarding Indigenous peoples' rights, and even more regarding their right to land. During the pre-colonial period, African populations were governed by customs and not by laws. During the colonial period, the organic development of African laws was interrupted, as the colonialists' countries did not respect the existing ethnic divisions, the religions, and languages. The colonial legacy – apart from lasting long after independence – has had a major influence in the style of governance prevalent in Africa.⁴ Indigenous peoples live on all continents, there is no legal definition of Indigenous peoples under IL, not even in the UNDRIP. It is estimated that around fifty million Indigenous peoples live on the African continent grouped together in over fifty different communities,⁵ where they often face difficulties such as discrimination, non-recognition of their rights to land and natural resources, and severe economic, social and cultural marginalization. In many parts of Africa, Indigenous communities are being driven off their ancestral lands to make way for wildlife reserves, tourist resorts or the extraction of natural resources.⁶

¹ HR are based on important values such as human dignity, the rule of law, democracy, freedom, equality and justice.

² Comprendre la pauvreté – Peuples autochtones, 2023.

³ Journée internationale des peuples autochtones, 2024.

⁴ See Muiu, 2010, p. 1318. Independence for African countries is a three-stage process: the first entails the physical removal of colonial powers from African countries, the second is the ongoing struggle against neocolonialism, and the final stage entails economic independence and unity for all Africans.

⁵ Development and indigenous peoples in Africa, 2016, pp. 10-11.

⁶ See Gilbert, 2017, p. 657. All these issues have been analysed in a report from 2003 by the Working Group on Indigenous Populations / Communities of the African Commission on Human and Peoples' Rights which provides a profound analysis of the situation of Indigenous peoples in Africa.

The African Commission through its Working Group of Experts on Indigenous Communities / Populations set out four criteria defining Indigenous peoples; (1) occupation and use of a specific territory; (2) the voluntary perpetuation of cultural distinctiveness; (3) self-identification as a distinct collectivity, as well as recognition by other groups; (4) an experience of subjugation, marginalization, dispossession, exclusion or discrimination.⁷

2. Historical context

2.1. Historical landscape of indigenous fundamental rights in Africa

The definition and scope of Indigenous peoples' rights are usually contentious in most African countries. At the national level, many States are still reluctant to recognize the specific rights of Indigenous peoples⁸ – indeed, States have strived for a homogenous system that is driven by national interests but neglects the identities to make-up these interests. The colonial history of the continent plays a significant role regarding Indigenous peoples' rights, and especially regarding their right to land.⁹ Indeed, colonial rules have a considerable negative impact on land rights for most Indigenous peoples. A critical issue for many Indigenous peoples is their lack of formal and official title which proves their land ownership. Under IL, there is now a strong jurisprudence emerging from the Inter-American Court of HR, highlighting that possession should constitute title to land property. There is a need to adopt a strategy for pluralization,¹⁰ which is based on the different cultures and identities that make up a State including Indigenous populations.

Barnard¹¹ makes an interesting observation on the relationship between Indigenous rights and HR; he notes that the core components in the indigenous rights discourse are Indigenous populations' right to land and their right to access natural resources. He indicates then the need to utilize the existent HR structure to promote and protect Indigenous rights. The issue of equality and non-discrimination plays a crucial role as it forms the basis of current HR discourse. These developments are particularly significant as they represent a major force towards inclusiveness, and the aim is for national systems to adopt such a perspective on the interests of different groups, particularly Indigenous populations and rights protection. The relationship between HR and ethno-cultural diversity is a complex one, requiring diverse

⁷ See Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 2010 and see the explication of the case in chapter 4.4.1. in this dissertation.

⁸ Gilbert, 2017, p. 658.

⁹ Gilbert, 2017, p. 666.

¹⁰ See Vieyetz, 2014, p. 2. Against the process of nationalization of rights, it is necessary to give the correspondent importance in international and domestic law to the concept of minority and to identify and use different kind of policies and legal instruments for the accommodation of diversity.

¹¹ Barnard, 1992.

implementation strategies shaped by national political, cultural and social systems. Its existence depends on existing mechanisms to support the protection of HR.¹²

2.2. The complexity to define Indigenous peoples

During the colonial period, the word Indigenous was used for the people inhabiting or existing in land from the earliest times or from before the arrival of colonialists. The first organization to expand this concept was the Pan-American Union in 1938, where it declared that Indigenous people were descendants of the first inhabitants of the land. It was further examined by the General Assembly in 1949 whom recommended a study of the ‘Social Problems of the Aboriginal Populations and Other Under-Developed Social Groups of the American Continent’. In 1960, the United Nations adopted resolution 1514¹³ which granted the independence to colonial countries and peoples and characterized the foreign rule as a violation of the HR, affirmed the right to self-determination and called for an end of the colonial rule. Between the 1960s and 1970s, an international level Indigenous activism arose.

In 1971, the United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities commissioned a study on the discrimination against Indigenous peoples. The report, written by José Martínez Cobo published in 1983, was indicative of the difficulty in defining Indigenous people. The common experience of oppression by dominant societies and resistance to forced assimilation was emphasized in the report. Despite the lack of an authoritative definition, there are criteria that help to define Indigenous peoples.¹⁴ On an individual basis, an Indigenous person is one who belongs to these Indigenous populations through self-identification as Indigenous and is recognized and accepted by these populations as one of its members – acceptance by the group.¹⁵ This preserves for these communities the sovereign right and power to decide who belongs to them, without external interference.

¹² Makumbe, 2018, pp. 160-161. It is not a simple process but rather a recurring attempt to reconcile somewhat contradictory rights with the aim of including all people and ensuring that the rights of different groups are recognized and protected.

¹³ See (XV), 14 December 1960.

¹⁴ See José R. Martínez Cobo, 1987, para. 379-380. Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop, and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems. This historical continuity may consist of the continuation, for an extended period reaching into the present, of one or more of the following factors: (a) Occupation of ancestral lands, or at least of part of them; (b) Common ancestry with the original occupants of these lands; (c) Culture in general, or in specific manifestations (such as religion, living under a tribal system, membership of an Indigenous community, dress, means of livelihood, life-style, etc.); (d) Language (whether used as the only language, as mother-tongue, as the habitual means of communication at home or in the family, or as the main, preferred, habitual, general or normal language); (e) Residence in certain parts of the country, or in certain regions of the world; (f) Other relevant factors.

¹⁵ Cher Weixia Chen, 2023, p. 4.

Indigenous peoples are distinct social and cultural groups that share collective ancestral ties to the lands and natural resources where they live, occupy or from which they have been displaced.¹⁶ In addition to the criteria stressed above, the United Nations Permanent Forum on Indigenous peoples defined some more criteria such as a strong link to territories and surrounding natural resources; distinct social, economic and political systems; and distinct language, culture and beliefs.¹⁷ During the process of the UNDRIP's adoption, a formal definition of Indigenous peoples needed to be set; as there was no such definition under IL. Over the course of international discussion and debate, four themes emerged as being important criteria in conceptualizing indigeneity; the priority in time, the perpetuation of cultural distinctiveness, the self-identification and recognition by other actors, the experience of subjugation, marginalization or discrimination.¹⁸

Unfortunately, the predominant approach by African governments is the suppression of diversity through assimilation, with a focus on developing and integrating peoples who are seen as primitive. These post-colonial development strategies mimic those of imperial states as well as various postcolonial development initiatives funded and led by the international organizations. The continent's complicated history makes identifying as Indigenous in Africa a complex exercise. There are tensions fuelled by issues of power, representation, and difference. In addition, the concept of indigeneity, originally championed by Indigenous peoples from the Americas and Australasia, had to be moulded and reframed to fit the African context as Indigenous peoples (re)asserted their agency previously been erased by the State.

It is therefore not that surprising that its applicability is questioned, despite the increasingly vocal engagement of the Indigenous community. This moulding of indigeneity to fit the African environment has led to scepticism among scholars who have pointed out that self-identification as Indigenous can – and possibly has been – used by groups who might not identify as Indigenous as a way to access the benefits of collective rights as a way to better access their natural resources and land rights. Important rights for Indigenous peoples have been guaranteed by international and regional legal instruments.¹⁹ Nevertheless the question has remained regarding if these protections are enough to protect Indigenous peoples or whether a separately formulated response to their situation is necessary and appropriate.²⁰

¹⁶ The land and natural resources on which they depend are linked to their identities, cultures, livelihoods, as well as their physical and spiritual well-being. They often subscribe to their customary leaders and organizations for representation that are distinct or separate from those of the mainstream society or culture. Many Indigenous peoples still maintain a language distinct from the official language(s) of the country or region they reside in. Indigenous peoples often lack formal recognition over their lands, territories and natural resources, are often last to receive public investments in basic services and infrastructure and face multiple barriers to participate fully in the economy, to have access to justice, and to participate in political processes and decision making.

¹⁷ Indigenous Peoples and the United Nations Human Rights System, 2013, pp. 2-3.

¹⁸ See also Article 33(1) of the UNDRIP as it states the indigenous peoples' right to determine their own identity.

¹⁹ See the legal framework chapter of this paper.

²⁰ The question here is regarding the necessary separate set of rights specifically for indigenous peoples.

Scholars have a divergent opinion on this matter, some would argue that Indigenous voices will get lost under a generalist HR system, whereas others believe that generalist HR are sufficient to meet the needs of Indigenous peoples.²¹ Another contentious issue concerning the content of “Indigenous rights” is the collective rights versus the individual rights. Collective rights have historically been incompatible with IL that is traditionally centred on individuals and States, and so, Indigenous rights – which include a set of collective rights – have been an uneasy fit for IL.

Nonetheless, with the emergence of third-generation rights – as they include solidarity rights – the international legal forum has grown to accept Indigenous group claims.²² Individual rights are those which belong to each person and which he or she can assert vis-à-vis the State, the community or other human being. Each individual can exercise these rights alone. But certain individual rights can only be exercised collectively – freedom of assembly, association or trade union freedom. Collective rights are those that belong to a group or collectivity and are intended to protect the integrity of that group or collectivity – for instance the right to development and the right of peoples to self-determination. The opposition between individual and collective rights is based on the way in which they are exercised: individual rights are those that each person can exercise alone, according to his or her own will. Conversely, collective rights can only be exercised if several people agree to use collectively – together and for the same purpose – the right that belongs to each of them.

2.3. The principle of self-determination

The principle of self-determination is among the most confusing and controversial concept with regard to Indigenous rights in IL. It is an important and contentious issue for Indigenous peoples and postcolonial nations and what this may mean in terms of juridical systems.

The right to self-determination originates from a lot of international instruments and covenants, such as the United Nations Charter,²³ the Universal Declaration of HR, the ICCPR and the ICESCR.²⁴ The UNDRIP²⁵ also refers to self-determination – which gives a strong

²¹ Cher Weixia Chen, 2023, p. 6.

²² See Cher Weixia Chen, 2023, pp. 11-12. In practice, collective rights have emerged and become increasingly acceptable under IL (Mazel, 2009). See Conventions No. 107 and 169, and the UNDRIP (Articles 3, 6, 26) – all affirms the collective indigenous rights to land, territories and resources. These collective rights are critical for indigenous peoples as such rights are essential to secure their cultural survival.

²³ See Article 1 of the United Nations Charter in which are stated four provisions that shows the purpose of the international body.

²⁴ See Article 1 of the ICCPR and the ICESCR.

²⁵ See Articles 3, 4, 11(1), 33 and 34 of the UNDRIP.

normative directive to provide for Indigenous control and participation in the justice processes by which they are affected.²⁶

At the regional scale, the ACHPR²⁷ affirms the right to self-determination. The principle of self-determination is also defined by several scholars, and they do not have the same opinion and definition of this principle. For instance, Cobo in its study from 1987 on the problem of discrimination against Indigenous populations wrote a definition for one of the most contested issues – still accurate nowadays – self-determination,²⁸ Wiessner has proposed also proposed his view of the self-determination principle and introduced a dichotomy between internal and external self-determination in the context of Indigenous peoples,²⁹ Kingsbury provided five categories regarding the exercise of self-determination.³⁰

The right to self-determination is a central right for Indigenous peoples from which all other rights are issued. In relation to access to justice, the principle of self-determination guarantees their right to maintain and strengthen Indigenous legal institutions and to apply their own customs and laws. Most of the articles written about the self-determination principle are from a public IL perspective; but self-determination is also analysed from three main standpoints: the creation of independent states, the free association of peoples within an existing state or the integration with another state.³¹ Indigenous and customary structures are typically seen by the government as rivals to formal institutions, and thus a threat to the authority of the State. Indeed, self-determination of Indigenous peoples is seen as a threat to political unity and territorial integrity, and by extension, a possible tool for secession.³²

Recognizing Indigenous nations will lead to ethnic conflict, the fear of loss of control over land and natural resources is likely an important factor. However, while denial of rights

²⁶ Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples: restorative justice, indigenous juridical systems and access to justice for indigenous women, children and youth, and persons with disabilities, 2014, p. 17.

²⁷ See article 20(1) of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

²⁸ See José R. Martínez Cobo, 1987, pp. 20, para. 269, 272, 273. In its report, Martinez states that self-determination is a basic pre-condition if indigenous peoples are to be able to enjoy their fundamental rights and determine their future, while at the same time preserving, developing and passing on their specific ethnic identity to future generations. He then argued for the fact that two categories of self-determination could exist, the internal as in a group possessing a definite territory may be autonomous in the sense of possessing a separate and distinct administrative structure and judicial system, determined by and intrinsic to that group; and the external – also known as secession – as in the right to constitute a State and to choose various forms of association with other political communities.

²⁹ See Wiessner, 1999. He defined the external self-determination as the right of peoples to freely determine their international status including the option of political independence, and the internal self-determination as the right to determine their form of government and their individual participation in the processes of power.

³⁰ See Kingsbury, 2001: (a) mandated/trust territories; (b) distinct political, geographic entities subject to a gross failure of the duties of the state; (c) other territories where self-determination is applied by the parties; (d) highest level constituent units of a federal state in the fact of dissolution; and (e) formerly independent entities reasserting their independence with the tacit consent of the state, where their incorporation into the state was illegal or of dubious legality.

³¹ See Nasirumbi, 2020, p. 500. Usually the concept of self-determination is looked by a public IL point of view, focusing on the peoples of a State seeking to free themselves from oppressive regimes – usually associated with colonialism; yet, indigenous peoples and colonial peoples are bearing similarities, leading to the fact that they should be considered within the meaning of colonial peoples to allow them to benefit from the right of self-determination.

³² Werner, 2023, p. 393.

can lead to violence, recognition of rights has rarely been indicative of conflict. Some small steps have been taken by States at the national policy level, although implementation is lagging. The moral basis for self-determination is widely recognized, but its validity in IL is still disputed.

Hence, it has not received much support by the great powers in the international system and therefore fails to attract committed efforts on the part of the United Nations to provide clear ways to resolve self-determination agitations regarding the provisions in its Charter on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples and other international instruments.³³ This new understanding of self-determination puts Indigenous peoples in the forefront in that they have the right to freely determine the way their lands and its natural resources should be used, protected, and respected on their own terms.³⁴ The African Charter in its Article 20 and more specifically 20(1) recognize the right to self-determination which is linked to the right to life. As the right to life is a right which cannot be derogated from, the right to self-determination cannot be subjected to restrictions or exceptions. This right includes the possibility to make your own policies, choose your political status and path of development. As said earlier, there are two aspects of the right to self-determination – mentioned in Article 20(2) of the African Charter – the external which refers to the rights of peoples to independence and sovereignty of colonized people and the internal [oppressed peoples] which refers to peoples within the State.

3. Legal framework

3.1. Universal protection of fundamental rights

3.1.1. Treaties drafted within the United Nations

The Charter of the United Nations is its founding document and was adopted on June the 26th of 1945.³⁵ The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination was adopted on December the 21st of 1965. As a third-generation HR instrument,³⁶ the Convention commits its members to the elimination of racial discrimination

³³ Mustafa, 1971.

³⁴ See Barrie, 2018. The right to self-determination has matured towards a right for indigenous peoples to control their lands and territories and supports indigenous peoples to be direct actors in their future.

³⁵ The United Nations' Charter establishes the purposes, governing structures and the overall framework of the United Nations and mandates the United Nations and its member states to maintain international peace and security, uphold IL, achieve "higher standards of living" for their citizens, address "economic, social, health, and related problems", and promote "universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion". As a Charter and constituent Treaty, its rules and obligations are binding on all members and supersede those of other treaties.

³⁶ See Young and Sing'Oei, 2014, p. 94. Many African nations are now enjoying third generation constitutions that have emerged out of transitions from military rule or other forms of political oppression and violence. These third-generation constitutions embrace third-generation human rights – collective rights (right to peace, right to development, right to environment, right to self-determination) – encompassing protections not only for civil and

and the promotion of understanding among all races. The Convention also requires its parties to criminalize hate speech and criminalize membership in racist organizations. The first legal instrument that can be used as a protection of Indigenous peoples is the ICCPR from 1966.³⁷ This covenant and the ICESCR from 1966 are built on the rights in the Universal Declaration of HR. Together, the Universal Declaration from 1948 and these two covenants form the International Bill of HR. These two international covenants were adopted by the General Assembly of the United Nations to shape further international HR; as the Universal Declaration of HR was adopted after the World War two, when a series of covenants and international instruments were adopted to articulate universal HR, this Universal Declaration provides the foundation for HR recognition and protection – it sets a tone on the universality of HR and their applicability to every human being, regardless of their political, cultural, racial or religious backgrounds. Two important Conventions need to be cited here, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women adopted on December the 18th of 1979 and the Convention on the Rights of the Child – the General Assembly adopted this Convention through its resolution 44/25 on November the 20th of 1989 – and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child adopted by the General Assembly on May the 25th of 2000, with the aim of abolishing the military exploitation of children.

The last international legal document to be adopted about Indigenous peoples' rights is the UNDRIP, which was adopted on September the 13th of 2007. This Declaration represented a transformative moment, despite its flaws. The meaning of the term Indigenous has been transformed by these international events and identifying as Indigenous is increasingly seen as positive.³⁸ Indeed, this document is the first international instrument with universal character to recognize specific rights for Indigenous people and has a major effect on the rights of Indigenous peoples worldwide.³⁹ As the UNDRIP is a Declaration of the United Nations, it is *prima facie* a non-binding instrument, nevertheless, it represents the dynamic development of international legal norms and reflects the commitment of states to move in certain directions, abiding by certain principles.⁴⁰

political rights – first generation of human rights – but also for economic and social rights – second generation of human rights.

³⁷ Phillips, 2015, pp. 124, 125. See Article 27 of the ICCPR, supports the rights of indigenous peoples to preserve and enjoy their culture.

³⁸ Werner, 2023, p. 379.

³⁹ Matos, 2018, p. 273.

⁴⁰ When countries adopt the UNDRIP, it establishes an important standard for the treatment of indigenous peoples and will undoubtedly be a significant tool towards eliminating human rights violations against the over 370 million indigenous people worldwide and assist them in combating discrimination and marginalization.

3.1.2. Treaties drafted within the ILO

In 1989, the ILO adopted Convention No. 169 ‘The Indigenous and Tribal Peoples Convention’ – which replaced Convention No. 107 from 1957 concerning the protection and integration of Indigenous and tribal and semi-tribal populations in independent countries ‘Indigenous and Tribal Populations Convention’ as the Convention was only ratified by twenty-seven countries – including six African – and as it was widely rejected by Indigenous peoples, who saw it as a threat to the preservation of their cultural identity.⁴¹ The Convention No. 107 was the first international legal instrument providing a definition for Indigenous peoples – called at that time ‘populations’ – they were defined in terms of their history of colonization, along with their social, economic and cultural distinctiveness.

Even though all its flaws, this Convention No. 107 was the first international document which conferred upon Indigenous peoples’ rights over the territories traditionally occupied by them.⁴² As contrary to the Convention No. 107, the Convention No. 169 permits to Indigenous and tribal peoples to enjoy the same rights and protections, but it was not widely ratified – only twenty-four countries are ratified it, including one African country – the Central African Republic.

In its Convention No. 169, the ILO puts great emphasis on Indigenous peoples’ rights to consultation, participation and consent.⁴³ The object here is to establish a dialogue between the State and the Indigenous peoples in finding appropriate solutions. The duty of States to consult Indigenous peoples in decisions that affect them and to ensure their participation is reflected in various provisions of the UNDRIP – Article 32 and in particular its second point “States shall consult and cooperate in good faith with the Indigenous peoples concerned [...] to obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources [...]”.⁴⁴ Since Governments have historically cut out Indigenous peoples from participating in the decision-making processes that affect them, the Convention No. 169 represents a country’s commitment to mending that relationship and to respecting Indigenous peoples’ identities, traditions, and rights to land and resources. It is indeed essential for Indigenous peoples to explore the opportunities of engagement to realize rights through this Convention, as it is the only binding one on the rights of Indigenous peoples in IL.

⁴¹ Werner, 2023, pp. 384-385. For the indigenous peoples, this Convention No. 107 was focusing on their assimilation, considering them as backward and temporary societies whose survival depended on their integration in the modern society.

⁴² Ormaza, 2012, pp. 249-250.

⁴³ C169 – Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989. Indeed, its Article 6(2) declares “The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures”.

⁴⁴ See United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007, Article 32.

The Convention simultaneously is a legal agreement and offers technical assistance to countries ratifying it. It is an invaluable resource to governments seeking to repair and improve their relationship with Indigenous peoples. It has been thirty-four years since this Convention No. 169 has been adopted and only twenty-four countries have ratified it; and as the ILO is celebrating its more than one hundred years existence – as it was established in 1919 – it is sort of a reminder to States to ratify this treaty.⁴⁵

3.2. Regional protection of fundamental rights

3.2.1. Treaties drafted within the OAU⁴⁶

The African [Banjul]⁴⁷ Charter on Human and People's Rights adopted on June the 27th of 1981 in Nairobi, Kenya at the OAU's eighteen summit, was the first declaration to be adopted regarding the Indigenous African peoples' HR. The African Charter only refers to the term 'peoples'; there is no use of the term 'Indigenous' – which is the term commonly used by the Western countries to describe the original inhabitants of the continents where they were more or less decimated by European invaders.⁴⁸ The notion of indigeneity has risen to political prominence as Indigenous peoples have fought for recognition of their rights.⁴⁹

Within the framework of the African regional system, the African Charter on the Rights and Welfare of the Child was adopted on July the 11th of 1990 and is the first regional instrument exclusively dedicated to the regulation of the rights of the minors; and the Protocol to the ACHPR on the Rights of Women in Africa – also known as the Maputo Protocol – adopted on July the 1st of 2003.⁵⁰ The last treaty adopted within the Organization of African Unity is the Protocol to the ACHPR on the Establishment of an African Court⁵¹ on Human and Peoples' Rights,⁵² adopted on June the 10th of 1998.⁵³ Other treaties of the system can be mentioned, such as the OAU's Convention Governing the Specific Aspects of Refugee

⁴⁵ Swartz, 2019.

⁴⁶ Legally replaced by the African Union (AU) in 2001.

⁴⁷ See Ngom, 1984, p. 68. In 1979, in Monrovia (Liberia), 25 heads of state attended. At this summit, a meeting of experts was set up to draw up a preliminary draft of the African Charter on Human and Peoples' Rights. One year later, a meeting was arranged in Banjul (Gambia), this ministerial conference was to adopt the draft African Charter on Human and Peoples' Rights, on the basis of a text drawn up by experts who had met earlier in Dakar (1978). The meeting was not very fruitful, and only the preamble and the first eleven articles were adopted.

⁴⁸ Shivji, 2023.

⁴⁹ Young & Sing'Oei, 2014, p. 103. The African Charter is among the most progressive human rights instruments in the world because of its clear recognition of not only civil-political and social-economic rights, but also Peoples' rights.

⁵⁰ Rodriguez, 2021, pp. 236-239.

⁵¹ On the contrary of the African Commission which competences are acknowledged by all the AU Member States, the African Court is less well-recognized, as the Protocol on the creation of the Court has only been ratified by 34 Member States.

⁵² See Mubiala, 2005, pp. 95, 96. The Protocol to the African Charter establishing the African Court on Human and Peoples' Rights entered into force with the ratification of 15 countries, which was achieved on January 25, 2004. However, the Court did not become fully operational until early 2009.

⁵³ Droits de l'homme en droit international, 2007, pp. 623-630.

Problems in Africa adopted on September the 10th of 1969; the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa adopted on October the 23rd of 2009; the African Charter on Democracy, Elections and Governance adopted on January the 30th of 2007; the Economic Community of West African States' 2001 Additional Protocol on the Place and Role in Promoting Democracy and Governance in West Africa.

3.2.2. African Constitutions

There are significant signs of the emergence of new legal frameworks to recognize and protect Indigenous peoples' rights across the continent. For instance, the new Constitution of Kenya, adopted in 2010, recognizes historically "marginalized group",⁵⁴ including Indigenous communities.

The Constitution of Cameroon also mentions in its Article 2 the protection of the rights of Indigenous people. In 2011, the Republic of Congo became the first country to adopt a specific law on Indigenous peoples: *Law on the Promotion and Protection of the Rights of Indigenous Populations in the Republic of Congo*.⁵⁵

In 2022, the DRC took a big leap forward in recognizing the customary rights of its Indigenous population by adopting a new law on the Promotion and Protection of the Rights of the Indigenous Pygmy Peoples. This historic law is the country's first ever legislation to formally recognize and safeguard the rights of Indigenous peoples, particularly their land rights.⁵⁶

The Constitution of the Republic of Benin makes the provisions of the African Charter on Human and Peoples' Rights an integral part of the national constitution – through its Constitution, the Republic of Benin makes clear how IL should be treated in and by its domestic courts.⁵⁷

The Constitution of the CAR states in its Article 6 the equality before the law of all human beings without distinction of race, ethnic origin, region, sex, religion, political affiliation or social position and the protection of the rights of Indigenous peoples and the guarantee of equality for all rights in all the domains for men and women.

Lastly, Malawi's Constitution adopted in 1998, shows the protection granted to everyone, none withstanding their origin, race, customs, ethnicity in its Chapter IV on HR and Chapter XI on the HR Commission. Several categories of Chapter IV must be highlighted; Section 26 of the Constitution provides that "every person shall have the right to use the

⁵⁴ See Kenya's Constitution's Chapter seventeen – general provisions; Article 260 – interpretation.

⁵⁵ N'Zobo, 2012. See Law no. 5-2011.

⁵⁶ Gauthier, 2022.

⁵⁷ It can be seen through the Preamble of Benin's Constitution specifically references the United Nations Charter, the Universal Declaration of Human Rights, and the UNDRIP; and in Benin's Constitution's Article 7.

language and to participate in the cultural life of his or her choice”⁵⁸ and then implies that the State has the obligation to refrain from interfering with the people’s choices regarding the use of their own languages and cultural practices; Section 28⁵⁹ concerns the right to property. It is up to NGOs and HR activists to advocate the advancement and implementation of these rights by the relevant state bodies, particularly the courts, which must in turn ensure that these rights have meaning and are better recognized for the population.⁶⁰

4. Indigenous rights in IL under juridical systems

4.1. International, regional and CIJ systems

Historically, law and legal institutions have played a significant role in the alienation and marginalization of Indigenous peoples – who are asking the same system that has contributed to that prejudice to determine whether the prejudice is justified. As said by the Expert Mechanism of the United Nations, access to justice requires the ability to seek and obtain remedies for wrongs through institutions of justice, formal or informal, in conformity with HR standards.⁶¹ It is essential for the protection and promotion of all other HR. The challenges faced by Indigenous peoples in freely exercising their juridical rights and pursuing juridical development within their societies are diverse and complex. In most cases, there is a gap between what international and national frameworks proclaim and the situation on the ground, as Indigenous juridical systems continue to be subordinated despite legal recognition.⁶² Often, the major challenge that remains is the formal recognition of Indigenous juridical systems and Indigenous peoples’ right to promote, develop and maintain them. An additional crucial hurdle is the financing of Indigenous juridical systems; without sufficient resources, these systems are not sustainable and their contribution to ensuring access to justice is compromised.

Access to justice, in addition of being a right, is also of paramount relevance as a means to obtain remedies. Barriers to this right and related remedies exist for Indigenous women, children, youth, and persons with disabilities, who face challenges including discrimination in the criminal justice system and overrepresentation among the incarcerated population.

This situation must be viewed from a global perspective, as access to justice is inextricably linked to other HR challenges that Indigenous peoples face, such as poverty, lack of access to health and education, and lack of recognition of their rights related to lands,

⁵⁸ See Malawi’s Constitution’s Section 26 – culture and language.

⁵⁹ See Malawi’s Constitution’s Section 28 – right to property.

⁶⁰ Chirwa, 2005, p. 241. Without litigation Constitutions will remain ineffectual.

⁶¹ Programming for justice: Access for all, 2005.

⁶² Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples: restorative justice, indigenous juridical systems and access to justice for indigenous women, children and youth, and persons with disabilities, 2014, pp. 8-9.

territories and resources.⁶³ The UNDRIP affirms the right of Indigenous people to maintain and strengthen their own juridical systems.⁶⁴ The Convention No. 169 also elaborates on the right of Indigenous peoples to maintain their customs and customary laws.⁶⁵ In the last few years, many communities have engaged with litigation as a potential way to achieve recognition of their rights and challenge the discrimination they face.

CIJ systems can play a crucial role in facilitating access to justice for Indigenous peoples, particularly in contexts where access to the State's justice system is limited due to distance, language barriers and systematic discrimination. These Indigenous juridical institutions can provide better access to justice because they may be geographically closer, resolve disputes more quickly, cost less, be less prone to corruption and discrimination, can be conducted by trusted people and are more familiar in terms of linguistic and cultural relevance and can be conducted by trusted people in a language that everyone understands and in a culturally accessible manner.⁶⁶ CIJ practices have existed for hundreds of years and are deeply rooted in the realities of the people they serve by prioritizing the needs of the community, making customary justice highly people-centred, collaborative and harmonious. Despite criticism of perpetuating existing power dynamics and conservative social norms, customary and informal justice systems remain a very important vehicle for addressing access to justice. CIJ's system practices remain the first point of contact for much of the world's population, but especially for women, the poor, minority groups and marginalized communities. It is estimated that 80% of the world's legal disputes are resolved outside formal court systems thanks to CIJ's systems. In 2003, the African Commission on Human and Peoples' Rights adopted some principles and guidelines on the right to a fair trial and legal assistance. Paragraph Q⁶⁷ on traditional courts⁶⁸ sets out the conditions that traditional Indigenous courts must meet in order to act and render justice. For instance, in Sierra Leone, most people have neither the time, money nor literacy skills to access formal justice structures, therefore, they rely on CIJ mechanisms.

Many African countries have recognized customary law within their constitutions or legal systems.⁶⁹ For instance, in Malawi, the interplay between customary and formal legal systems has evolved through various forms, it has opted for the creation of hybrid local courts

⁶³ For indigenous peoples in particular, effective access to justice has multiples pillars that should operate holistically to ensure that the most vulnerable groups in society can make use of the multiple systems they need to protect their rights.

⁶⁴ See UNDRIP's Articles 5, 27, 34, 40.

⁶⁵ See Convention No. 169's Articles 8(2) and 9(1).

⁶⁶ Access to justice for indigenous peoples ultimately depends on the interaction of these legal structures with their collective rights: the right to recognition, the right to land and natural resources, the right to development, the right to participation, the right to non-discrimination and substantive equality, and the right to be free from violence

⁶⁷ See Principles and guidelines on the right to a fair trial and legal assistance in Africa, paragraph Q.

⁶⁸ Traditional courts are defined in this guideline as "a body which, in a particular locality, is recognized as having the power to resolve disputes in accordance with local customs, cultural or ethnic values, religious norms or tradition". See Paragraph S, "use of terms".

⁶⁹ South Africa is a leading example of integrating traditional justice systems into a constitutional framework. Its constitution recognizes the role of traditional leadership and courts, see Chapter 12 'Traditional leaders' and section 211 "Recognition".

that combine characteristics of regular state courts and customary fora to be the main avenue of customary law cases. In 2011, Malawi's Parliament promulgated the Local Courts Act, which aimed to establish hybrid courts combining state and customary elements to improve access to justice. However, the Act faced a lot of criticism and has not been fully implemented yet.⁷⁰

All justice systems, whether formal or informal, have shortcomings. It is therefore particularly important to examine how CIJ systems deal with vulnerable and marginalized groups within their respective communities; some CIJ systems reinforce damaging including female genital mutilation and forced marriage, they are also often seen as rooted in tradition and slow to change, and many are criticized for their lack of appeal procedures and exclusion of young people, women, and vulnerable groups.⁷¹ To prevent abuses and ensure that customary courts operate within the bounds of the law, countries can establish oversight mechanisms such as a review body or appeal system that ensures decisions from traditional courts align with constitutional and international human rights standards. Also, customary courts should not operate in isolation. Instead, they can be integrated with national judicial systems, creating a hybrid model where cases can be referred between the formal and traditional systems depending on the circumstances.

4.2. Regional jurisprudence on the protection and development of Indigenous peoples' rights

4.2.1. The Endorois case⁷²

Positive examples of international HR jurisprudence include decisions that expand on domestic protection of Indigenous peoples' rights such as the decision of the African Commission on Human and Peoples' Rights⁷³ in Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya.⁷⁴

This is the first judgment from the African Commission to address the rights of Indigenous peoples and their claims to land and natural resources. It is also the first ruling by an international tribunal which finds a violation of the right to development. The Commission examined the Kenyan government's eviction of the Indigenous Endorois community from their

⁷⁰ Ubink and Weeks, December 2017.

⁷¹ Chiongson, Domingo, Denney, Mirzad & Mutoni, 2019. To facilitate change in this reality, it is necessary to understand what the community wants and needs, and how the actions of the CIJ system can impede this. It is then imperative to determine what kind of relationship formal and informal systems may have, empower justice seekers to improve the demand for justice and the options available to access justice, and identify potential reforms in informal systems.

⁷² Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 2010.

⁷³ The Commission is composed of eleven members, elected for a 6-year renewable mandate, see Article 33 of the African Charter.

⁷⁴ African Commission on Human and People's Rights, 2010.

ancestral land around Lake Bogoria to establish a game reserve. Finding violations of the rights of the Endorois to religion, culture, property, natural resources and development, the Commission called for the recognition of Endorois ownership of their ancestral land and its restitution to the community.

In this case, the complainants are alleging violations resulting from the displacement of the Endorois community from their ancestral lands, the failure to adequately compensate them for the loss of their property, the disruption of the community's pastoral enterprise and violations of the right to practice their religion and culture. They allege that the Government of Kenya is in violation of the ACHPR⁷⁵, the Constitution of Kenya and IL, for forcibly removing the Endorois from their ancestral lands around the Lake Bogoria area, without proper prior consultations,⁷⁶ adequate and effective compensation. The complainants are a community of 60 000 people ⁷⁷ who for centuries have lived in the Lake Bogoria area and practiced a sustainable way of life which is inextricably linked to their ancestral land. The Endorois have been accepted by all neighbouring tribes and kept occupying and enjoying undisturbed use of the land under the British occupation, although the British claimed title to the land in the name of the British crown.

The complainants state that Lake Bogoria is central to their religious and traditional practices, and that the Monchongoi Forest is considered the birthplace of the Endorois and the settlement of the first Endorois community. In addition to the declaration of the violated articles of the ACHPR, the complainants are also seeking a restitution of their land, with legal title and clear demarcation, and a compensation to the community for all the loss they have suffered through the loss of their property, development and natural resources, but also freedom to practice their religion and culture. The African Commission stated that the Government of Kenya is in violation of Articles 1, 8, 14, 17, 21, 22 of the ACHPR and recommends it to recognize rights of ownerships to the Endorois and reconstitute Endorois their ancestral land, ensure an unrestricted access to Lake Bogoria and surrounding sites for religious and cultural rites, and pay adequate compensation to the community for all the loss suffered.

In this decision, the Commission began its discussion by wondering the Indigenous or population character of the Endorois based on the meaning of the ACHPR and therefore which protection do they require. Even if the ACHPR is assuring the protection of certain collective

⁷⁵ The complainants seek a declaration that the Government of Kenya is in violation of Articles 8 (the right to practice religion), 14 (the right to property), 17 (2), (3) (the right to culture), 21 (rights to free disposition of natural resources), 22 (the right to development)

⁷⁶ Such as the FPIC principle, see the 6.2. point of this paper. Indeed, the Commission stated that "the State not only has a duty to consult with the community, but also to obtain their free, prior and informed consent, according to their customs and traditions", § 291.

⁷⁷ Under the 1999 census, the Endorois were counted as part of the Kalenjin group, including the Nandi, Kipsigis, Keiro, Tugen and Marakwet among others.

rights for all people, it is not precisely defined.⁷⁸ The African Commission identified a certain number of features that a group of individuals should manifest in order to be considered as peoples.⁷⁹

This decision is remarkable for several reasons. It is the first time that the Commission has ruled on the definition of Indigenous peoples in Africa, on their rights to land and natural resources. By accepting the Endorois as an Indigenous community, the decision completes a process of ethnic invention that began in the 1990s.⁸⁰

It is also the first decision by an international court to find a violation of the right to development,^{81,82} as according to the Commission, development should result in the empowerment of the people concerned and should expand the realm of their capabilities and choices. Indeed, the Commission held that development should be looked at as a process in which the people concerned have participated fully and meaningfully, in this way, the process of development can be linked to the right of self-determination.

This decision is therefore not only a victory for the Endorois but also represents a new avenue for marginalized and vulnerable communities across Africa to gain recognition of their rights and more specifically their right to self-determination and development. In the context of increasing pressure on land for environmental conservation and economic development, the importance of the Commission's decision cannot be overstated. Indeed, the wider implications for social justice and intercommunity relations are controversial, as the decision reinforces an inherently exclusive sense of ethnic territoriality and overlooks glaring inequalities in wealth and power.

Although the Commission's recommendations have yet to be fully implemented by the Kenyan State, the Commission has potential for engaging it and companies to better protect HR has already manifested itself in the Endorois complaint. Some of these efficacious developments must be highlighted. Bringing the Endorois' complaint before the African Commission can therefore be seen as contributing to the normalization of Indigenous peoples' rights, which are then more amenable to recognition by national courts, given that Kenya is a dualist state.⁸³ Also, the publication and exposure of state and corporate conduct by international bodies is something that most African states and companies avoid. They prefer any legal action to be rooted in national rather than international mechanisms. As a matter of fact, the Endorois communication at the African Commission has attracted the attention of

⁷⁸ Ashamu, 2011.

⁷⁹ See para. 151 of the Endorois judgement (case no. 276/2003).

⁸⁰ This decision pronounced by the African Commission recognized the ethnicity of the Endorois. World widely speaking, it is a big step towards the inclusion of everyone, regardless of their origins, customs, faith, race.

⁸¹ See Article 22(1) of the ACHPR.

⁸² The Commission argued that the recognition of the right to development requires fulfilling five criteria: it must be equitable, non-discriminatory, participatory, accountable and transparent, § 2 77.

⁸³ Dualism tends to assert that the norms of IL only acquire legal force when transposed into domestic law, and as Kenya did not ratify the UNDRIP, this decision given by the African Commission may shed light on the indigenous peoples' human rights.

the United Nations Special Rapporteur on the HR and Fundamental Freedoms of Indigenous Populations, as well as the HR Committee and the Committee on Economic Social and Cultural Rights. As a result, a wide range of stakeholders took an interest in the challenge facing the Endorois community and other Indigenous minorities in Kenya – such as the civic education funded by the European Union to monitor local governance processes for instance. Not to be outdone, the Kenyan State has specifically targeted the improvement of education infrastructure in within the Endorois population. Because of the level of media coverage of the Endorois’ struggle, CSOs were more likely to get involved and to approach the Endorois community. In fine, the Endorois decision became the rallying call in the context of the campaign for a new Constitution in Kenya.⁸⁴ The adoption of this new Constitution – which effectively abolished the trusteeship land regime and created a new community-based land tenure system – represents the greatest political progress ever made by minorities in Kenya.

4.2.2. The Ogiek case⁸⁵

In Kenya, the Mau Forest is the ancestral home of an Indigenous community called the Ogiek people – which comprises 20 000 members, about 15 000 of whom inhabit in the greater Mau Forest, a land mass of about 400 000 hectares. The Ogiek are divided into clans, they have their own language and their own social norms and forms of subsistence. As a hunter-gatherer community, the Ogiek have for centuries depended on the Mau Forest for their residence and as a source of livelihood.

In October 2009, the Kenya Forestry Service ordered the eviction of the Ogiek community from the Mau Forest within 30 days. The Kenyan government knew that the Ogieks had occupied lands in the Mau Forest since forever, however they refused to recognize them as an Indigenous population that needed to be protected. The following month, the Centre for Minority Rights Developments and Minority Rights Group International – two NGOs acting on behalf of the Ogiek community of the Mau Forest – submitted a complaint to the African Commission on Human and Peoples’ Rights, which in turn transferred the case to the African Court on Human and Peoples’ Rights in 2012.⁸⁶

After the African Court was seized, it ordered the Kenyan government to immediately reinstate the restrictions it had imposed on land transactions in the Mau Forest complex as a provisional measure, to prevent the Ogiek people from further irreparable harm while the case was being examined. On May the 26th of 2017, the Court reached a decision on the matter and found that Kenya had violate the Ogiek community’s rights. The Court said that Kenyan

⁸⁴ Sing'Oei, 2011, p. 540. “The Endorois decision is unequivocal in its conclusion that the state must provide clearer mechanisms for the arbitration of corporate versus community interests in a more sustainable manner”.

⁸⁵ African Commission on Human and Peoples’ Rights v. The Republic of Kenya, 2022.

⁸⁶ As the Kenyan government ignored the Commission’s order for provisional measures, the case was being transferred to the African Court under Article 84 of the Rules of the African Commission.

authorities should not have expelled the Ogieks from their ancestral lands against their will and should not have deprived them of disposing of the food produced by these lands. In doing so, they violated their right to land and their right to disposing of the wealth and natural resources of their land. Also, the judges recognized that the evictions rendered it impossible for the Ogieks to continue their religious practices which are all linked to religious sites in the Mau Forest, and it greatly affected their ability to continue their traditions. On top of that, Kenya had not recognized the Ogiek as an Indigenous community whereas they recognized other distinct communities such as the Maasai, and they had denied them special protection available to these other communities. The State had therefore discriminated the Ogiek and denied their rights to freely exercise their religion and their culture.

On June 23, 2022, the Court further ordered Kenya to pay compensation to the Ogiek for the material and moral prejudice they suffered, as well as to take all necessary measures, legislative and otherwise, to identify, delimit and title Ogiek ancestral land and to grant them collective title to such land. Where concessions or leases have already been granted over parts of this land, the Court ordered Kenyan authorities to commence consultation between the Ogiek and the other concerned parties in order to reach an agreement on returning such land or continuing their operations by way of lease or royalty and benefit sharing with the Ogiek. The Court also ordered Kenya to guarantee full recognition of the Ogiek as an Indigenous peoples of Kenya and to take all measures to protect the right of the Ogiek to be effectively consulted in respect of all development, conservation or investment projects on its land.

After years of struggle with the national authorities, the Ogiek were finally recognized as an Indigenous community, having rights on the Mau Forest and which religious and cultural specificities must be protected. For the NGOs that brought the case and for many observers, this is a historic case, which brings hope for the advancement of rights of Indigenous peoples or other minorities in Kenya and more broadly.

Even though this decision is binding the Republic of Kenya, between the issuance of the judgments on merits in 2017, and the judgment on reparations in 2022, violations of the Ogiek's rights continued. These decisions provide a platform for further action by the Indigenous peoples, what will have to be monitored and analysed is the implementation and the outcome these cases will have on the recognition of Indigenous peoples' fundamental rights. Indeed, despite winning the case, the Endorois remain in the dark, as the Kenyan government continues to stall, and refuses to implement the African Court on Human and Peoples' Rights' decision.

Since the incorporation of the ILO Convention No. 169 and the UNDRIP into the international HR discourse, several countries have allowed for stronger State recognition of Indigenous peoples' land, territory, and resource rights. Kenya is cited as one country which

has allowed for stronger recognition of Indigenous peoples' rights to land, territory, and resources.

Indeed, the elements of the FPIC principle are to be seen in Kenyan constitutional, statutory and policy provisions; recognition of Indigenous peoples' rights to lands, territories and resources is enshrined in Article 63 of the Kenyan's Constitution, which in Section 63(2)(d)(ii) recognizes ancestral lands and lands traditionally occupied by hunter-gatherer communities as communal lands.

The Community Lands Act 2016 gives effect to this article. Indeed, Article 36 of the Community Lands Act incorporates the elements of FPIC as defined in the Endorois and Ogiek decisions, as well as in IL; it provides the closest and strongest articulation of FPIC in relation to Indigenous peoples' lands, territories and resources, as it stipulates that investment in community lands must be made after a "free and open consultative process". No agreement between an investor and the community is valid unless approved by two-thirds of the adult members at a meeting of the community assembly called to consider the offer, and at which a quorum of two-thirds of the adult members of the community is represented. The Community Land Act not only sets out FPIC in the strongest terms, without mentioning it specifically, it also establishes a clear path for its implementation. Through a democratic process, the community has the final say on development initiatives on its land. The Endorois and Ogiek decisions rulings keenly demonstrate that the UNDRIP has been continuously relied upon as an authoritative source of law and guidance by both the Commission and the Court in determining the scope of protection for Indigenous peoples' rights in Africa. This builds on the Commission's clear approach to prioritizing Indigenous rights on the continent even before the UNDRIP was adopted.⁸⁷

The Ogiek case reinforced the global recognition of indigenous land rights, complementing the Inter-American Court of Human Rights' existing jurisprudence on indigenous peoples' rights. While there is no direct citation of the Ogiek case by the Inter-American Court, the principles established have likely influenced the Court's approach to similar cases, emphasizing the importance of cultural identity and ancestral lands. Although the European Court of Human Rights and the European Commission primarily address human rights issues within European states, the Ogiek case contributes to the broader international discourse on indigenous rights.

The case's emphasis on the FPIC principle and protection from discrimination aligns with principles upheld by these European bodies. The Ogiek decision has become a reference point for courts and legal bodies worldwide, reinforcing the protection of indigenous land

⁸⁷ See Claridge, 2019. Both the Court and the Commission have firmly embraced these concepts of indigenous peoples' rights, in relation to communal property rights over ancestral land, to rights to culture and religion and to freely enjoy their natural resources. A clear message is sent to Governments across the continent that indigenous peoples must be recognized and can no longer be routinely discriminated and marginalized.

rights under international law.⁸⁸ The case has heightened awareness among international human rights organizations and regional courts about the challenges faced by indigenous communities, potentially influencing future rulings and policies.^{89 90}

4.3. HRC's resolutions

The cases the HR Committee received – alleging violations of the rights set down in the ICCPR – have a significant value. As a matter of fact, these decisions frame the struggle of Indigenous peoples and their members all around the world.

A resolution adopted about the technical assistance and capacity-building in the field of HR in the CAR states the deep concern of the HRC about the unstable security situation in the CAR and the violations and abuses of HR and of international humanitarian law that continue to be perpetrated, as well as the numerous cases of sexual abuse and violence committed against civilians. Nevertheless, the HRC is welcoming the efforts of subregional organizations in the ongoing mediation process, as well as the humanitarian assistance provided by the State members of these organizations to the population of the CAR. However, the Council stressed the urgent and imperative need to end impunity in the CAR to bring justice to the perpetrators of violations of HR and of international humanitarian law and to reject any general amnesty for such persons, and the need to strengthen national and hybrid judicial mechanisms to ensure that they are held to account for their actions.⁹¹

In another resolution, the HRC recognized that “the UNDRIP has positively influenced the drafting of several constitutions and statutes at the national and local levels and contributed to the progressive development of international and national legal frameworks, jurisprudence and policies; and acknowledge the participation of Indigenous Peoples’ representatives and institutions duly established by themselves in the meetings of various UN organs and their subsidiary bodies”.⁹² In the concluding remarks of the HRC’s dialogue on September 28, 2023 with the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples and with the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples,⁹³ concrete suggestions were made on the implementation of legislation at national level, as well as on the creation of national action plans for meaningful consultation and interaction with Indigenous organizations; and in terms of how to strengthen the representation of Indigenous peoples on the HRC,

⁸⁸ Claridge, Victory for Kenya’s Ogiek as African Court sets major precedent for indigenous peoples’ land rights, 2017.

⁸⁹ Kenya: Ruling in Ogiek case gives hope to Indigenous peoples everywhere, 2017.

⁹⁰ Claridge, 2018.

⁹¹ Resolution adopted by the Human Rights Council on 12 October 2023, 54/31. Technical assistance and capacity-building in the field of human rights in the Central African Republic, 2023.

⁹² Resolution adopted by the Human Rights Council on 11 October 2023 54/12 Human rights and Indigenous Peoples, 2023.

⁹³ Lightfoot & Cali-Tzay, 2023.

particularly young populations, this could be done by increasing funding for the Voluntary Fund and for Indigenous organizations applying to participate in the Council.

5. Access to justice for indigenous peoples

Justice Charles Kajimanga^{94 95} defines the access to justice as “The right of individuals and groups to obtain a quick, effective and fair response to protect their rights, prevent or solve disputes and control the abuse of power, through a transparent and efficient process, in which mechanisms are available, affordable and accountable”.

Access to justice is a basic principle of the rule of law. In the absence of access to justice, people are unable to have their voice heard, exercise their rights, challenge discrimination or hold decision-makers accountable. Access to justice helps to preserve human dignity. It is a means of assuring good and effective government. And it is helpful in efforts to grow civil society and to reduce and end poverty. It can determine whether basic human needs for food, shelter, family relationships, and safety will be met, and it can mean everything for a person in crisis. Delivery of justice should be impartial and non-discriminatory.

To strengthen access to justice, the United Nations system works with national partners to develop national strategic plans and programs for justice reform and service delivery. United Nations entities help member states strengthen justice in areas such as monitoring and evaluation, empowering the poor and marginalized to seek answers and remedies in cases of injustice, improving legal protection, raising legal awareness and providing legal aid, control of civil society and parliament, resolving problems in the justice sector such as police brutality, inhumane prison conditions, lengthy pre-trial detention and impunity for perpetrators of sexual and gender-based violence and other serious conflict-related crimes, and strengthening links between formal and informal structures.

One of the major obstacles in accessing justice is the cost of legal advice and representation. Legal aid programmes are a central component of strategies to enhance access to justice. The United Nations contribute to the development and reform of national policies matter legal aid and support the strengthening capabilities of state and non-state actors who provide services legal aid in civil cases, criminal and family. The United Nations system also supports the provision of legal aid by building the capacity of rights-holders, improving legal aid programs that empower rights-holders, particularly the poor and marginalized groups, and supporting legal awareness, legal aid clinics and public information campaigns. Access to

⁹⁴ Justice Charles Kajimanga is a retired judge of the Supreme Court of Zambia. He is a Chartered Arbitrator – he is the first Zambian national to be conferred with this status – and is a Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators. He is a notable figure when it comes to access to justice for Indigenous peoples in Africa, particularly due to his legal expertise and his involvement in African human rights jurisprudence.

⁹⁵ Kajimanga, 2013.

justice is a requirement that is increasingly at the heart of the major debates of our time, whether in the fields of economic, political and social development, peace, HR or culture.

This issue forms a bridge between the past, the present and the future, as it refers to the marginalization and systemic discrimination suffered by members or groups of society. Access to justice is the springboard for tackling or remedying injustice. No area of human activity has given more meaning and normative content to the concept of access to justice than that of HR, including the UNDRIP. The solid international HR framework developed over the last seventy years, and the way in which it is further developed through the interpretation of international HR bodies, gives access to justice the normative contours and specificity necessary for its practical implementation.

Thus, access to justice is both a substantive and a procedural right. Major elements such as the rule of law, the right to the truth and other fundamental normative frameworks have given new weight to access to justice. It is in this HR-rich context that efforts to breathe new life into Indigenous peoples' struggle for access to justice should be seen. The mobilization around access to justice highlights the concrete steps that can be taken to make access to justice for Indigenous peoples a reality. Based on the legal framework defined in chapter 3, several cultural biases and discrimination issues within legal systems have been identified.

As a matter of fact, Indigenous women, children, youth, and persons with disabilities face discrimination on multiple grounds, which often puts them in a particularly disadvantaged situation. So, there is a huge need to pay attention to the situation of these specific groups, who face cumulative discrimination. Winning a court case, whether at the level of the African Commission on Human and Peoples' Rights or nationally, has proven to be only one small step in the struggle against marginalization, discrimination, and dispossession.⁹⁶

The African Commission's report argues that indigeneity "is today a term and a global movement fighting for rights and justice of those particular groups who have been left at the margins of development paradigms, whose cultures and way of life are subject to discrimination and contempt and whose very existence is under threat of extinction".⁹⁷

In many countries, the customary and cultural practices of many ethnocultural groups have been used to justify discrimination against women and children and the violation of their rights. Access to justice for Indigenous peoples in Africa is framed through a variety of legal, human rights and constitutional mechanisms such as the ACHPR, the UNDRIP or Convention No. 169. Some African countries have embedded rights specific to Indigenous peoples within

⁹⁶ Werner, 2023, p. 392. While technically the decisions of the African Court on Human and Peoples' Rights are legally binding, there is no follow-up instrument or mechanisms to make sure that the States comply.

⁹⁷ See Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations / Communities, 2005 p. 87.

their constitutions or have interpreted their constitutions in a way that supports Indigenous rights.⁹⁸

5.1. Access to justice for specific groups

5.1.1. Indigenous women

Numerous barriers exist for Indigenous women in accessing justice on an equal basis to others. These barriers exist within society, within State criminal justice systems and within Indigenous juridical systems.

Indigenous women are disproportionately at risk of experiencing all forms of violence, compounded by multiple forms of discrimination based on race, gender and other forms of identity, including disability and sexual orientation. Indeed, Indigenous women are at risk of physical, emotional and sexual violence, of being married as children, of being trafficked, of undergoing forced sterilization, or of being exchanged for a bride price in some parts of the world. Remote or rural local is another barrier for Indigenous women to have access to justice, also the issue of extractive industries operating near Indigenous territories can increase the risk of violence from the workers on Indigenous women and can increase the risk of health-related problems.

Indigenous women are overrepresented in national criminal justice systems, there is a huge proportion of Indigenous women in prison.⁹⁹ Reporting of violence against Indigenous women is lacking, as sometimes they do not feel comfortable to fill complaints or as they may be unaware of the protections available.

Lastly, justice systems are mostly male dominated and discriminating against women. International HR law requires that States take all measures to ensure equality before the law.¹⁰⁰ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women has noted with concern – in its study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous peoples from April, the 29th of 2013 – the lack of women, including Indigenous women, appointed to the judiciary and has called for gender-sensitization training of justice officers. The Committee has noted further that laws or customs that limit a women's access to legal advice or ability to seek remedy before courts, or accord lesser value to a female testimony, violate the right to equality before the law.¹⁰¹

As said by Naomi Lanoi Leleto, Indigenous women's rights are human rights¹⁰² and there is a need to regard indigenous women as equal, acknowledge and provide remedy for historical abuses of indigenous communities to end their vulnerability, improve responses and ensure

⁹⁸ See the African constitutions chapter of this dissertation.

⁹⁹ For instance, while some two per cent of the Australian female population identified as Aboriginal or Torres Strait Islanders, Indigenous women made up one third of the female prison population.

¹⁰⁰ See Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979, Article 15.

¹⁰¹ Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples, 2013.

¹⁰² Leleto Lanoi, 2024.

justice for Indigenous victims, develop preventative measures such as education campaigns against violence and address trauma and break the cycle of violence. States should also allow Indigenous women to pursue other means of recourses against violence if they were unable to obtain support and access to justice within Indigenous mechanisms and should build the capacity of female Indigenous leaders to advocate for the rights of women to freedom from violence within Indigenous communities.

At the end of 2020, International Bridges to Justice established a network to support legal defenders to ensure due process for incarcerated women and girls in ten African countries.¹⁰³ The initiative has trained 100 women lawyers, representing over 700 accused women and girls, and has been instrumental in advocating for legal reforms to enhance women's access to justice.¹⁰⁴ A 2021 study by UN Women across ten East and Southern African countries highlighted that women and girls face significant barriers in accessing justice, a situation worsened by the COVID-19 pandemic. The study calls for broadening justice approaches beyond legal measures to address cultural, political, and economic factors influencing access to justice for women.¹⁰⁵

In Somalia, community elders have initiated reforms within customary legal systems to better protect women's rights. By incorporating formal legal practices and reducing clan-based retribution, these reforms have improved women's access to justice in rural areas.¹⁰⁶

5.1.2. Indigenous children and youth

The rights of Indigenous children and young people are recognized, implicitly and explicitly, by the Universal Declaration of HR, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Convention on the Rights of the Child, the World Declaration and Plan of Action on the Survival, Protection and Development of Children, the Declaration of the World Summit for Children and the United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous peoples.

Even though the available data is limited, several studies show that Indigenous children and youth are disproportionately represented in criminal justice systems. The Committee on the Rights of the Child pointed out that disproportionate high rates of incarceration of Indigenous children may be attributed to systematic discrimination within the justice system and / or society.

Other areas in which persistent barriers remain are access to justice for Indigenous children who have been victims of domestic violence or sexual abuse; and once in custody,

¹⁰³ Burundi, DRC, Ivory Coast, Kenya, Niger, Rwanda, Senegal, Tanzania, Tunisia, Zambia.

¹⁰⁴ African Access to Justice Women Lawyers Network, 2020.

¹⁰⁵ UN Women East and Southern Africa Regional Office, 2021.

¹⁰⁶ Increasing equitable access to justice in African Nations: creating cohesion between customary and formal legal systems, 2022.

Indigenous youth may be less likely to benefit from non-custodial sentencing options or restorative justice measures, more likely to receive the most punitive measures and to be subjected to the harshest treatments, such as being placed in secure confinement. The Committee has called upon the States to take measures to address juvenile crimes without resorting to judicial proceedings wherever possible and to support traditional restorative justice systems to promote the best interests of the child. The governments must make certain that their national constitutions as well as their statutory and customary laws, reflect the provisions of international HR instruments.

Nevertheless, it is argued that custom tradition, culture, and religion are major constraints to the recognition and protection of the rights of children in Africa. In several countries, traditional values are often deployed as an excuse to undermine HR, including those of children.¹⁰⁷ For children's rights to be recognized and protected in an African country, it must be the case that the country has first internationalized its constitutional law; then the country must establish a governing process that adequately constrains the state and prevents civil servants and political elites from acting with impunity and violating the rights of children.

The issue is regarding the fact that such a governing process must have the judicial system that is independent enough to bring to justice those who violate children's rights. Unfortunately, in many African countries, even including those that have domesticated the various international HR instruments, there is still a widespread abuse of the rights of the children.¹⁰⁸

Indigenous children and youth are exposed to economic and social factors that impact their fundamental rights. They are often forced to leave their traditional communities in search of work or education and move to the city where they are frequently discriminated against and do not have the same opportunities as others to find work and access education.¹⁰⁹ Their new condition can have devastating consequences on their self-esteem and cultural identity, and thus be at the root of many serious medical and social disorders, such as depression and drug addiction. Indigenous youth inherit the responsibility of protecting and preserving the traditional lands, resources and sacred sites that represent their cultural heritage and determine their identity.

Various HR bodies, including treaty and Charter bodies, can address concerns about the rights of Indigenous children, such as UNICEF, the United Nations' Youth Advisory Group.

¹⁰⁷ Reid, 2013.

¹⁰⁸ Mbaku, 2022, p. 231. This is because these countries do not yet have a governing process that can adequately prevent those whose role it is to enforce the laws and protect children from prohibiting adoption behaviours that contribute to non-enforcement of the law.

¹⁰⁹ See Fiche d'information No. 9: Les enfants et les jeunes autochtones, 2000. Indigenous children and young people are one of the groups most at risk of fundamental rights violations, as their language, customs and values often set them apart from the society to which their community belongs.

According to Survival International, there are nearly one million tribal and Indigenous children across Asia, Africa, and South America who are currently attending institutions that bear a striking resemblance to Canada's residential schools. Indigenous residential schools are institutions that operated from the late 19th to the late 20th century, and which Indigenous children in Canada were forced to attend. Investigations have shown that many young people attending these institutions were victims of neglect and abuse. The negative consequences of childhood abuse have been well documented, notably by the work of the Truth and Reconciliation Commission of Canada. Residential schools were a form of public boarding school education for Native Americans in Canada, separating them from their families to 'kill the Indian in the child' and culturally indoctrinate them. In 1920, attendance at residential schools became compulsory for children aged 7 to 16. The last residential school in Canada closed in 1996. Since then, there has been a growing outcry about these methods, which began in Ontario in 1831. In 1991, the Federal Government launched a public inquiry following reports of physical, psychological, and sexual abuse by former residents. Many Quebec teachers believe that teaching the history of residential schools is essential to understanding the current issues facing aboriginal peoples, and envisaging reconciliation with them.¹¹⁰ Indeed, society must become aware of the impact that residential schools have had on these populations. Ignorance must end. Canada's Truth and Reconciliation Commission was active from 2008 to 2015 and was organized by the parties to the Indian Residential Schools Settlement Agreement; before this Commission, the term "cultural genocide" is used. Unlike Canada, recognition of Indigenous peoples in the USA is virtually non-existent, due to the radically different histories of the two countries and the fact that Indigenous issues in the USA have been largely overshadowed by the dynamics between the black and white communities.¹¹¹ Some authors have suggested that the negative impacts of residential schools were not confined to former aboriginal residents, but also affected their descendants. In this context, the theory of the intergenerational cycle of childhood victimization is particularly useful for understanding the impact of residential schools on survivors and their descendants. Research on this subject tells us that not only can the victim become an abuser in turn, but that he or she is also at greater risk of experiencing further abuse as an adult, or of other difficulties.¹¹²

¹¹⁰ Machillot, 2021. In June 2021, the discovery of children's bones at former residential school sites in British Columbia and Saskatchewan sparked a wave of indignation across the country. This sad event reminds us how important it is to shed light on this part of our history.

¹¹¹ McCarten, 2022.

¹¹² See Dion, Hains, Ross, & Collin-Vézina, 2016. For instance, the results of several studies indicate that people who were sexually abused as children are at greater risk of their children being sexually abused. Notably, the prevalence of sexual assault has been estimated at 50% in mothers whose child had been sexually assaulted, whereas this figure is closer to 18-20% for women in the general population.

5.2. Improving fundamental rights and access to justice for Indigenous peoples

5.2.1. Initiatives promoting access to justice and legal assistance

Scholars generally agree that one of the most important goals of the international Indigenous movement is to advance Indigenous rights under IL.¹¹³ Several key actors have played significant roles in this movement. Three United Nations bodies, namely, the Working Group on Indigenous Populations, the Permanent Forum on Indigenous Rights, and the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous peoples, have been instrumental in setting norms on Indigenous rights. International and African NGOs played an important advocacy role for setting up an African regional protection of HR' mechanism. NGOs have played an advocacy role with the African Commission, helping it to improve its working methods.

By May 30, 2003, the African Commission had granted consultative status to thirteen National HR Institutions and by January 1, 2004, the Commission had already granted consultative status to more than three hundred NGOs.¹¹⁴ The Commission has gradually defined the framework for its relations with NGOs and national rights institutions, to which it grants consultative and affiliate status respectively; HR NGOs with observer status are required to present their activity reports to the African Commission and National HR Institutions granted affiliate status with the African Commission are obligated to submit reports on activities undertaken in promoting and protecting HR under the ACHPR and to assist the African Commission to promote and protect HR at the national level. As analysed before in the paper, the African Constitutions have a high level of HR norm recognition, but the enforcement through the Commission is relatively weak and remains problematic.

However, this situation has improved since the development of subregional institutions and an Indigenous African HR jurisprudence. Indeed, the domestic level is the most important in the protection of HR, followed by the regional and global systems, as the domestic level has the benefit of direct enforcement, and the regional scale has the advantage of peer pressure that the global level often lacks. Nonetheless, the effectiveness of the mechanisms and their capacity to facilitate the coordination of HR norms recognition and enforcement have yet to be proven.

¹¹³ Morgan, 2007.

¹¹⁴ Mubiala, 2005, pp. 92-93.

5.2.2. CSOs in international advocacy coalitions

International Indigenous rights coalitions involve Indigenous and non-Indigenous CSOs. Similarly, as self-identification points out on different aspects of indigeneity across regions or continents, there is a variance between Indigenous and non-Indigenous CSOs. This can be explained through the fact that they might have different understandings of Indigenous values, symbolism and customs.

The four main issues these CSOs are advocating are regarding the unequal treatment African Indigenous peoples can face, the self-determination concern, the violence and threats to Indigenous culture and the question of the environment. Even though Indigenous and non-Indigenous CSOs may have not the same approach in their messaging and interpretation of Indigenous rights issues in the international scene, their voices are heard – and even more since the adoption of the UNDRIP as the CSOs in Indigenous rights coalitions are more homogenized.

Nevertheless, the next step is not to determine if this different emphasis in messaging is effective in achieving positive outcomes for African Indigenous peoples, or if the areas where homogenization has occurred have resulted in stronger international support for African Indigenous CSOs.¹¹⁵ What is interesting and important to point here is that the State has a responsibility to ensure the promotion and protection of HR principles, norms and instruments; CSOs and NGOs have a role to play through its struggles and participation in HR culture.¹¹⁶

5.2.3. Transitional justice mechanisms and restorative justice

Another avenue to explore are the truth commissions¹¹⁷ which have on many occasions been established in nations where there are Indigenous peoples to redress HR violations, in accordance with the right of victims to an effective remedy and the right to know the truth to the fullest extent possible.¹¹⁸

Truth commissions investigate violent historical periods¹¹⁹ and are going further than the traditional focus on individual HR violations often affecting physical and mental integrity – torture, forced disappearance, murders or sexual violence – to tackle collective HR violations to

¹¹⁵ Hallward and Downs, 2021.

¹¹⁶ See Zeleza, 2007, p. 491. CSOs have expanded, and in the last two decades, human rights NGOs have emerged as powerful instruments in Africa's drive for the promotion of human rights and development.

¹¹⁷ Lavin, 2014. A key factor that contributed to the development of the right to the truth is the establishment of truth commissions.

¹¹⁸ The right to truth has been increasingly recognized by various United Nations Resolutions, expert reports, and national courts, regional and international decisions. See United Nations Human Rights Council's Resolution A/HRC/EMRIP/2013/2 and Resolution A/HRC/27/65.

¹¹⁹ See Librizzi, 2014. Historical periods often silenced or denied – and recognize the dignity of the victims and propose policies to prevent more violations in the future – the recommendations of truth commissions generally seek to identify the causes of the violations, determining patterns of abuse and preventing recurrence.

economic, social, cultural and environmental rights. The involvement of Indigenous peoples in these processes has varied, ranging from not being included at all, to more recent instances of truth commissions established specifically to address rights violations experienced by Indigenous peoples, where Indigenous peoples have led the processes from their initiation. In many cases, however, truth commissions have failed to address the needs of Indigenous peoples in any significant ways. Challenges faced by truth commissions include ensuring the independence and credibility of the commission; political interference; inadequate funding; and ensuring continued participation of marginalized groups, civil society and victims' organizations.

Truth commissions have also been criticized for weak outcomes, lack of implementation of their recommendations or adequate follow-up. Implementation of these recommendations has generally been weak even where recommendations are strong. There are a number of advantages of truth commissions, including that they might be more consistent with Indigenous peoples' conceptions of justice and cultures; they can inspire political commitment to the resolution of grievances; and they can enhance understandings of and public support for Indigenous peoples' claims to politically sensitive rights such as self-determination.

A positive example of Indigenous engagement comes from the Truth, Justice and Reconciliation Commission of Kenya.¹²⁰ Truth commissions have varying purposes and modes of operation, yet many display features that align with or support restorative justice principles. Truth commissions have significant potential to help remedy abuses suffered by Indigenous peoples and strengthen their rights. Implemented properly, with strong guarantees of independence, integrity and adequate leadership, as well as considering the rights, perspectives and needs of Indigenous peoples, truth commissions can help strengthen the rights of Indigenous peoples and proposing policies to prevent further violations. In this sense, truth commissions can strengthen the recognition of sovereignty, the identity of Indigenous peoples, and respect for their civil, political, economic, social and cultural rights, as well as their rights to ancestral lands and natural resources.

National NGOs have a key place in the work of truth commissions.¹²¹ Indeed, they usually monitor the commission's activities, provide honest feedback and push the commission to respond appropriately to the needs of victims and communities. CSOs may offer support services that the commission may wish to refer the victims and survivors to – such as

¹²⁰ Although not specifically focused on Indigenous peoples, the Commission provided an explicit forum for the expression of indigenous issues regarding historical injustices, marginalization and ethnic tension. While the Commission has faced challenges in other respects, in relation to the participation of indigenous peoples, successes included the engagement of indigenous peoples' organizations from the early stages. The Commission hired indigenous people as part of its staff; conducted public hearings allowing testimony in different languages, including Maasai; and conducted outreach to indigenous communities and organizations that addressed their rights.

¹²¹ Rule-of-law tools for post-conflict states: Truth commissions, 2006.

individual or group counselling, community support mechanisms, or basic medical services to those injured or still suffering from past violence.

6. Indigenous empowerment

Empowering indigenous peoples in Africa requires a comprehensive approach that addresses cultural, procedural, and substantive dimensions. Culturally speaking, foster long-term relationships between communities and legal counsel can help build trust and ensure culturally sensitive legal representation.¹²²

Procedurally, organizing training sessions for judges and legal practitioners may enhance their understanding of indigenous issues and human trafficking indicators. For instance, in Botswana, the United Nations Office on Drugs and Crime conducted a Judicial Training of Trainers on Combating Trafficking in Persons, focusing on victim-centred approaches and enhancing judicial capacity to handle trafficking cases effectively.¹²³ Also, the establishment of support systems for trafficking victims, including legal aid, psychological counselling, and reintegration programs can reinforce victim support mechanisms. In Ghana, community-based development initiatives emphasize the importance of community involvement in development and evaluation, ensuring that indigenous perspectives are considered in these mechanisms.¹²⁴

Substantive measures implemented through legal education may help recognize and address injustices, and, through litigation, advocate for the enforcement of human rights and social change. The Ogiek Peoples' Development Program emphasizes proactive defence mechanisms, such as the development of Bio-Cultural Protocols and of the FPIC principle, to protect indigenous lands and rights.¹²⁵

6.1. The protection of Indigenous lands within international treaties

For many African Indigenous communities, wildlife conservation, economic development and tourism have often become synonymous with destitution and loss of lands. In the name of development or conservation, Indigenous peoples have often been pushed away from their traditional lands, losing access to their ancestral territories and their essential natural resources contained in these lands.¹²⁶

¹²² Gilbert, 2020. Organizations like Forest Peoples Programme (FPP) have developed in-house legal capacity to support indigenous communities, ensuring that legal strategies are aligned with cultural values and community priorities.

¹²³ Judicial training of trainers on human trafficking, 2021.

¹²⁴ Boadu & Ile, 2024.

¹²⁵ Securing indigenous peoples land and territorial rights in Africa, 2021.

¹²⁶ Gilbert, 2017, p. 672.

A variety of international treaties and conventions provide support for Indigenous peoples in their struggle to preserve physical and cultural survival in the face of economic development projects imposed upon them and which threaten environmental sustainability. International treaties and conventions are binding on signatories and also arguably are deemed part of customary IL or “general principles”. The most important issues today regarding the economic development concerns first the question of whether the free, prior and informed consent of Indigenous people before economic development projects may legally proceed is required, second the question of what constitutes a legally sufficient consultation, and third the issue of whether economic development projects – under certain circumstances – are illegal under IL regardless of whether consent or consultation is required.^{127 128} The HR Committee of the ICCPR in its General Comment 23, the monitoring body of the ICESCR and the monitoring body of the International Conventions on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination in its General Recommendation 23 have all emphasized that Indigenous communities have effective participation in decisions that affect the Indigenous community and that no decisions are taken directly relating to the Indigenous peoples’ rights and interest without their free, prior and informed consent.

6.2. The recognition of the FPIC principle

Recognizing that the expropriation of Indigenous lands and resources without the consent of Indigenous peoples was a growing and severe problem, international institutions strongly backed the FPIC principle.¹²⁹ This led to the recognition of this specific right granted to Indigenous peoples in international instruments; the UNDRIP and the ILO Convention. The only difference between these two treaties is that ILO Convention no. 169 is a binding international treaty, whereas the UNDRIP is a soft law instrument that lacks binding force. It is derived from Indigenous peoples’ rights to land, territories and resources, cultural and self-governance rights, including the right to self-determination.

FPIC allows Indigenous peoples to provide or withdraw consent, at any point, regarding projects impacting their territories; and to engage in negotiations to shape the design, implementation, monitoring, and evaluation of projects.¹³⁰ To give an example, on November

¹²⁷ Phillips, 2015, pp. 120-121.

¹²⁸ Barrie, 2018, p. 180. See Article 32 and, in particular, Article 32(2) of the UNDRIP and Article 6(2) of Convention No. 169.

¹²⁹ Free: the consent is free, given voluntarily and without coercion, intimidation or manipulation. A process that is self-directed by the community from whom consent is being sought, unencumbered by coercion, expectations or timelines that are externally imposed. Prior: the consent is sought sufficiently in advance of any authorization or commencement of activities. Informed: the engagement and type of information that should be provided prior to seeking consent and as part of the ongoing consent process. Consent: a collective decision made by the rightsholders and reached through a customary decision-making process of the communities. See Indigenous peoples: free, prior and informed consent, s.d.

¹³⁰ See Ndlovu & S. Nwauche, 2022, p. 202. “The principle of FPIC seeks to ensure that indigenous peoples are afforded opportunities to make free and informed choices about the development of their lands and resources”.

11, 2012, ninety-six percent of the local peoples concerned rejected the operation of the mine in a public referendum; following this referendum, in December 2013, the Constitutional Court of Guatemala in *Mataquescuintla v. Guatemala*, held that under the Convention No. 169, the Government was required to obtain the peoples' consent before it could proceed to permit a mining operation by a private corporation to begin production.¹³¹

Regarding the FPIC principle, its presence within national legislation is a crucial indicator of the extent to which the State recognizes Indigenous peoples' rights within its jurisdiction.¹³² Sometimes, decisions challenge the idea that the State has a monopoly on the exercise of law, they have not led to any change in the practice of government agencies and companies with regard to their obligation to consult Indigenous populations on projects that affect them. Indeed, some States continue to oppose and undermine the FPIC HR standard. One of the problems associated with this principle is that the gap between what is clearly established in good practice as a requirement of IL and actual practice is still very wide.

However, a growing number of Indigenous communities are able to assert their rights, and companies are generally expected to respect these rights and obtain FPIC. The risks associated with not obtaining FPIC, and the consequent lack of a social license to operate, are obvious. Many large-scale extraction projects have been halted or delayed for long periods due to protests from indigenous populations, and defending the interests of Indigenous populations leads to questioning the legality of concessions and their potential revocation.¹³³

6.3. The need to protect indigenous lands as a way to preserve the environment

As Article 27 of the ICCPR supports the rights of indigenous people to preserve and enjoy their culture, it does make sense that IL provides support and a way of relief from Indigenous people's rights; and also, because usually corporations and governments creating development do not take in perspective the Indigenous people's habits and rarely provide adequate replacements for subsistence economies which sustain Indigenous peoples. This protection of customary land by Indigenous peoples is even more important as it is a world heritage, indeed, ongoing environmental degradation is a threat to the future survival of many Indigenous peoples as their cultural identity and heritage are inextricably linked to their traditional lands,

¹³¹ Soares, 2013.

¹³² In Latin America, indigenous peoples are attaining significant recognition of customary access rights to natural resources through the national courts. Several countries have passed laws or have jurisprudence that reference indigenous peoples' right to the FPIC principle.

¹³³ See MacInnes, Colchester, Whitmore, 2017, p. 158. "The message is clear. The extractive industry must toe the line on human rights and pursue due FPIC processes or face increasing difficulties in dealing with both the local and the international community".

protecting and preserving the environment is a priority for Indigenous peoples around the world. Protecting Indigenous rights also protects the global environment.

In the international environmental law context, some Conventions stress the role of Indigenous peoples as fundamental for the conservation and sustainable use of biodiversity.¹³⁴ While Indigenous peoples own, occupy or use a quarter of the world's surface area, they conserve 80 percent of the world's remaining biodiversity, and they hold vital ancestral knowledge and expertise on how to adapt, mitigate, and reduce climate and disaster risks.¹³⁵

Much of the land occupied by Indigenous peoples is under customary ownership, yet many governments recognize only a fraction of this land as formally or legally belonging to Indigenous peoples. Even when Indigenous territories and lands are recognized, protection of boundaries or use and exploitation of natural resources are often inadequate. Insecure land tenure is a driver of conflict, environmental degradation, and weak economic and social development. This threatens cultural survival and vital knowledge systems – loss in these areas increasing risks of fragility, biodiversity loss, and degraded one health (or ecological and animal health) systems which threaten the ecosystem services upon which we all depend. Improving security of land tenure, strengthening governance, promoting public investments in quality and culturally appropriate service provision, and supporting Indigenous systems for resilience and livelihoods are critical to reducing the multidimensional aspects of poverty while contributing to sustainable development and the Sustainable Development Goals.

6.4. Geographical perspective

In Australia, the Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples are overrepresented in all aspects of the justice system.¹³⁶ It is the result of a complex interplay of historical¹³⁷ and contemporary factors and social determinants. For instance, they are more likely to be charged with offences, to receive harsher sentences for offences, also they are less likely to receive sentences that are alternatives to incarceration.¹³⁸ Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples' access to justice in Australia depends on several core elements. Indeed, they must be able to exercise self-determination while maintaining their own cultural custom. Also, justice policy must be coordinated to ensure that they can access justice on the same terms as the dominant resident population in Australia and address the wide range of related issues that

¹³⁴ Ormaza, 2012, p. 261.

¹³⁵ Indigenous Peoples Overview, 2023.

¹³⁶ In Australia, the Indigenous peoples represent around 3% of the general population but represent 29% of the imprisoned. Since 2004, imprisoned Australian Indigenous peoples increased 88%, while imprisoned Australian non-Indigenous peoples increased 28%.

¹³⁷ These historical factors have led to contemporary disadvantages that increase the likelihood of coming into contact with the justice system and being incarcerated.

¹³⁸ Kiss & Katie, 2014, p. 50. Aboriginal and Torres Strait Islander peoples across Australia are overrepresented in the western justice system and their involvement in the criminal justice system in particular reaches critical levels. Indeed, Aboriginal children are 26 times more likely to be imprisoned than the non-Aboriginal children.

affect their ability to access justice. Everyone has a role to play in this – the Aboriginal and Torres Strait Islander people, NGOs, Government – and work together to facilitate access to justice for all Australians.

Regarding the Inter-American Court of HR, the case of *Awas Tingni v. Nicaragua*¹³⁹ is the first legally binding decision by an international tribunal to uphold the collective land and resource rights of Indigenous peoples in the face of a state's failure to do so. The judgment was given on August 31, 2001, and the Court held that the international HR to enjoy the benefits of property¹⁴⁰ includes the right of Indigenous peoples to the protection of their customary land and resource tenure. The Court ruled that the State of Nicaragua violated the property rights of the community by granting a foreign company a logging concession on traditional community land and by failing to adequately recognize and protect the community's customary land tenure. As a result in this case, the Court ordered Nicaragua to demarcate clearly and precisely and title Awas Tingni's traditional lands in accordance with its customary lands and resource tenure patterns.¹¹² The Court's interpretation avoids the discrimination of the past and instead of excluding Indigenous modalities of property, it embraces them and marks a new path for understanding the rights and status of the world's Indigenous peoples. A more recent case of the Inter-American Court of HR declared that Argentina¹¹³ violated Indigenous groups' rights to communal property, a healthy environment, cultural identity, food, and water; and order specific restitution measures.¹¹⁴ This decision marks an important milestone in the protection in Indigenous peoples' rights, and in the extension of autonomous rights to a healthy environment, water and food, which are now directly justiciable under the Inter-American HR system.¹¹⁵

¹³⁹ The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, 2001.

¹⁴⁰ As affirmed in the American Convention on HR. See particularly Article 21 (right to property), Article 26 (progressive development).

7. Conclusion

How to define indigenous peoples, their right to self-determination and their collective versus individual rights are contentious issues in our modern society. Even though the recognition of indigenous peoples is more and more accurate, indigenous peoples continue to experience political subjugation, economic marginalization, language and cultural discrimination and land dispossession.

In terms of the development of an indigenous jurisprudence, regional decisions provide a platform for further action by the indigenous peoples. It will be necessary to monitor the implementation of these rulings and analyse the consequences of these cases on the recognition of the fundamental rights of indigenous peoples. Related to jurisprudence, a more practical aspect regards engaging with litigation, which is lengthy, technical, costly.

For the recognition of indigenous rights to be really accurate, several changes should be made. It is at the domestic level that the interpretation and implementation of the ACHPR and other fundamental rights instruments must be felt and resonate. In fact, the regional HR system in Africa depends largely on the political context of member states and political realities at the regional continental level, including the incomplete and often uncertain nature of the political integration. It is therefore imperative that the Commission overcomes these challenges, such as its inability to effectively address issues of poverty through socio-economic rights, serious or massive violations and the rights of the most vulnerable and marginalized. It is important for the Commission to develop consistent, substantiated and indigenous jurisprudence. A point to be raised that could be highly contentious and problematic for the future concerns climate change and the indigenous peoples who could be climate refugees.

Bibliography

- (2005). *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations / Communities*, adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 28th ordinary session.
- (2006). *Rule-of-law tools for post-conflict states: Truth commissions*. New York and Geneva: Office of The United Nations High Commissioner for Human Rights, HR/PUB/06/1.
- (2013). *Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples*. Human Rights Council – Expert Mechanism on the Rights of Indigenous peoples.
- (2014). *Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples: restorative justice, indigenous juridical systems and access to justice for indigenous women, children and youth, and persons with disabilities*. Human Rights Council. United Nations General Assembly.
- (2023). Resolution adopted by the Human Rights Council on 11 October 2023 54/12 Human rights and Indigenous peoples. United Nations – General Assembly – Human Rights Council – A/HRC/RES/54/12.
- (2023). Resolution adopted by the Human Rights Council on 12 October 2023, 54/31. Technical assistance and capacity-building in the field of human rights in the Central African Republic. Geneva: United Nations, General Assembly, Human Rights Council, A/HRC/RES/54/31.
- (XV), U. G. (14 December 1960). Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples. A/RES/1514(XV).
- AFRICAN Access to Justice Women Lawyers Network. (2020). Retrieved from International Bridges to Justice: <https://www.ibj.org/womens-access-to-justice/aa2jwomensnetwork-3/>.
- AFRICAN Commission on Human and Peoples' Rights v. The Republic of Kenya, 006/2012 (African Court on Human and Peoples' Rights June 23, 2022).
- ASHAMU, E. (2011). Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya: A landmark decision from the African Commission. *Journal of African Law*, vol. 55, no. 2, pp. 300-313.
- BARNARD, A. (1992). Hunters and herders of Southern Africa: A comparative ethnography of the Khoisan peoples. *Cambridge Studies in Social and Cultural Anthropology*, vol. 85.
- BARRIE, G. N. (2018). International law and indigenous people: Self-determination, development, consent and co-management. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, pp. 171-184.
- BOADU & ILE, E. S. (2024). Community-based development and indigenous evaluation in Africa: insights from Ghana. *Journal of Contemporary African Studies*, pp. 1-23.

- C169. Indigenous and Tribal Peoples Convention (1989, June 27). Retrieved from ilo.org:https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169.
- CENTRE for Minority Rights development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003 (African Commission on Human and Peoples' Rights February 4, 2010).
- CHER WEIXIA CHEN, S. o. (2023). Indigenous rights in international law. *Oxford Research Encyclopedias, International Studies*, pp. 1-22.
- CHIONGSON, D., DENNEY, M. & MUTONI, R. A. (2019). *Diverse pathways to everyday justice: Leveraging customary and informal systems in realizing justice for all*. The Hague, Netherlands: World Justice Project – Realizing Justice for All.
- CHIRWA, D. M. (2005). A full loaf is better than half: The constitutional protection of economic, social and cultural rights in Malawi. *Journal of African Law*, vol. 49, no. 2, pp. 207-241.
- CLARIDGE, L. (2017, August 8). Victory for Kenya's Ogiek as African Court sets major precedent for indigenous peoples' land rights. Retrieved from Minority Rights Group: <https://minorityrights.org/resources/victory-for-kenyas-ogiek-as-african-court-sets-major-precedent-for-indigenous-peoples-land-rights/>.
- CLARIDGE, L. (2018). Litigation as a tool for community empowerment: The case of Kenya's Ogiek. *Erasmus Law Review*, vol. 11, no. 1, pp. 57-66.
- CLARIDGE, L. (2019). The approach to UNDRIP within the African regional human rights system. *The International Journal of Human Rights*, vol. 23, no. 1-2, pp. 267-280.
- COMPRENDRE la pauvreté – Peuples autochtones. (2023, May 10). Retrieved from Groupe de la banque mondiale: <https://www.banquemondiale.org/fr/topic/indigenouspeoples>
- CONVENTION on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979, December 18). Retrieved from ohchr.org: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>.
- DEVELOPMENT and Indigenous peoples in Africa (2016). *African Development Bank Group*, vol. 2, no. 2.
- DION, J., HAINS, J., ROSS, A., & COLLIN-VEZINA, D. (2016, October 4). Pensionnats autochtones: impact intergénérationnel. *Enfances Familles Générations, Revue Internationale*. <https://www.erudit.org/fr/revues/efg/2016-n25-efg03027/1039497ar/>.

- FICHE d'information no. 9: Les enfants et les jeunes autochtones (2000). Retrieved from OHCHR:
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuideIPleaflet9fr.pdf>
- GAUTHIER, M. (2022, August 5). New legislation to protect the rights of the Indigenous Pygmy Peoples in the DRC. Retrieved from IUCN: [iucn.org](https://www.iucn.org).
- GILBERT, J. (2017). Litigating indigenous peoples' rights in Africa: Potentials, challenges and limitations. *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 66, no. 3, pp. 657-686.
- GILBERT, J. (2020). Indigenous peoples and litigation: Strategies for legal empowerment. *Journal of Human Rights Practise*, vol. 12, no. 1, pp. 301-320.
- HALLWARD & DOWNS, M. a. (2021). Differences in African indigenous rights messaging in international advocacy coalitions. *Human Rights Review*, pp. 183-204.
- INCREASING equitable access to justice in African nations: Creating cohesion between customary and formal legal systems. (2022, September 29). Retrieved from DT Global: <https://dt-global.com/blog/access-justice/>.
- Indigenous peoples and the United Nations Human Rights System (2013). New York and Geneva: United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Fact Sheet no. 9 / rev. 2.
- Indigenous peoples overview. (2023, April 6). Retrieved from The World Bank – IBRD. IDA: <https://www.worldbank.org/en/topic/indigenouspeoples>.
- Indigenous peoples: Free, prior and informed consent. (n.d.). Retrieved from Food and Agriculture Organization of the United Nations: [fao.org](https://www.fao.org).
- JOURNEE internationale des peuples autochtones (2024, August 9). Retrieved from United Nations: <https://www.un.org/fr/observances/indigenous-day>.
- JUDICIAL training of trainers on human trafficking. (2021, October 11-13). Retrieved from Samm Project: <https://www.sammproject.org/uncategorized-fr/judicial-training-of-trainers-on-human-trafficking/?lang=fr>.
- KAJIMANGA, J. C. (2013). Enhancing access to justice through alternative dispute resolution mechanisms – The Zambian Experience. *Annual Regional Conference on Enhancing Access to Justice*. Southern Sun Mayfair, Nairobi, Kenya.
- KENYA: Ruling in Ogiek case gives hope to indigenous peoples everywhere. (2017, May 26). Retrieved from Amnesty: <https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2017/05/kenya-ruling-in-ogiek-case-gives-hope-to-indigenous-peoples-everywhere/>.
- Kingsbury, B. (2001). Reconciling five competing conceptual structures of indigenous peoples' claims in international and comparative law. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 34, no. 1, pp. 189-250.

- KISS, S. a., & KATIE, T. a. (2014). Access to justice in Australia – aboriginal and Torres Strait Islander peoples experience. In *Indigenous peoples' access to justice, including truth and reconciliation processes* (pp. 435 et seq.). Columbia: Institute for the Study of Human Rights.
- LAVIN, N. (2014). A human rights-based approach to truth and reconciliation. In W. Littlechild & E. Stamatopoulou (eds.). *Indigenous peoples' access to justice, including truth and reconciliation processes*, pp. 228-240. Institute for the Study of Human Rights, Columbia University.
- LELETO LANOI, N. (2024, April 02). Indigenous women's rights are human rights! Retrieved from Rural 21: <https://www.rural21.com/english/opinion-corner/detail/article/indigenous-womens-rights-are-human-rights.html>.
- LIBRIZZI, M. F. (2014). Challenges of truth commissions to deal with injustice against indigenous peoples. In W. Littlechild & E. Stamatopoulou (eds.). *Indigenous peoples' access to justice, including truth and reconciliation processes*, pp. 182-194. Institute for the Study of Human Rights Columbia University.
- LIGHTFOOT, S., & CALI-TZAY, F. (2023, September 28). Human Rights Council discusses issues concerning indigenous peoples with the expert mechanism on the rights of indigenous peoples and the special rapporteur on the rights of indigenous peoples. Retrieved from United Nations Human Rights Office of the High Commissioner: [ohchr.org](https://www.ohchr.org).
- MACHILLOT, C. (2021, September 29). Pensionnats autochtones: Et maintenant, on fait quoi? Retrieved from Chatelaine: <https://fr.chatelaine.com/societe/pensionnats-autochtones-et-maintenant-on-fait-quoi/>.
- MACINNES, COLCHESTER, WHITMORE, A. (2017). Free, prior and informed consent: How to rectify the devastating consequences of harmful mining for indigenous peoples. *Perspectives in Ecology and Conservation*, vol. 15, pp. 152-160.
- MAKUMBE, R. P. (2018). An alternative conceptualization of indigenous rights in Africa under the international human rights law framework. *Deusto Journal of Human Rights*, vol. 6, no. 3, pp. 143-172.
- MARTÍNEZ COBO, S. R.-C. (1987). *Study of the problem of discrimination against indigenous populations*, vol. V: *Conclusions, proposals and recommendation*. New York: United Nations.
- MATOS, M. M. (2018). Cultural identity and self-determination as key concepts in concurring legal frameworks for the international protection of the rights of indigenous peoples. In Lagrange et al. (eds.). *Cultural heritage and international law*, pp. 273-292. Springer International Publishing AG.

- MAZEL, O. (2009). The evolution of rights: indigenous peoples and international law. *Australia Indigenous Law Review*, vol. 13, no. 1, pp. 140-158.
- MBAKU, J. M. (2022). International law, corruption and the rights of children in Africa. *San Diego International Law Journal*, vol. 23, no. 2, pp. 195-340.
- MCCARTEN, J. (2022, April 10). Un rapport très attendu aux États-Unis. Retrieved from La Presse Canadienne: <https://www.lapresse.ca/international/etats-unis/2022-04-10/pensionnats-pour-autochtones/un-rapport-tres-attendu-aux-etats-unis.php>.
- MORGAN, R. (2007). On political institutions and social movement dynamics: The case of the United Nations and the Global Indigenous Movement. *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*, vol. 28, no. 3, pp. 273-292.
- MUBIALA, M. (2005). *Le système régional africain de protection des droits de l'homme*. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant.
- MUIU, M. w. (2010). Colonial and postcolonial state and development in Africa. *Social Research*, vol. 77, no. 4: From impunity to accountability: Africa's development in the 21st century, pp. 1311-1338.
- MUSTAFA, Z. (1971). The principle of self-determination in international law. *The International Lawyer*, vol. 5, no. 3, pp. 479-487.
- N'ZOBO, R. E. (2012, September 9). Republic of Congo. Retrieved from IWGIA: iwgia.org
- NASIRUMBI, S. (2020). Revisiting the Endorois and Ogiek cases: is the African human rights mechanism a toothless bulldog? *African Human Rights Yearbook*, vol. 4, pp. 497-518.
- NDLOVU, N., & S. NWAUCHE, E. (2022). Free, prior and informed consent in Kenyan law and policy after Endorois and Ogiek. *Journal of African Law*, vol. 66, no. 2, pp. 201-227.
- NGOM, B. S. (1984). *Les droits de l'homme et l'Afrique*. Paris: Silex Editions.
- ORMAZA, M. V. (2012). Re-thinking the role of indigenous peoples in international law: New developments in international environmental law and development cooperation. *Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, no. 1, pp. 243-270.
- PHILLIPS, J. S. (2015). The rights of indigenous peoples under international law. *Global Bioethics*, 26:2, DOI: 10.1080/11287462.2015.1036514, 120-127.
- PROGRAMMING for Justice: Access for all* (2005). Bangkok: United Nations Development Programme.
- REID, G. (2013). The trouble with tradition: When “values” trample over rights. *World Report 2013*, pp. 20-28. Bristol University Press. <https://www.hrw.org/news/2013/01/11/trouble-tradition>.
- RODRIGUEZ, J. B. (2021). The African regional human and peoples' rights system: 40 years of progress and challenges. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, vol. 18, no. 3, pp. 31-256.

- SECURING Indigenous peoples land and territorial rights in Africa. (2021, November 20). Retrieved from Ogiek Peoples' Development Program. <https://ogiekpeoples.org/securing-indigenous-peoples-land-and-territorial-rights-in-africa/>.
- SHIVJI, I. G. (2023, February 24). The jurisprudence behind the right to self-determination and right to development in the African Charter for Human and Peoples Rights. Retrieved from African Court on Human and Peoples' Rights: <https://www.african-court.org/wpafc/the-jurisprudence-behind-the-right-to-self-determination-and-right-to-development-in-the-african-charter-for-human-and-peoples-rights/>.
- SING'OEI, K. (2011). Engaging the Leviathan: National development, corporate globalisation and the Endorois' quest to recover their herding grounds. *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 18, pp. 515-540.
- SOARES, J. M. (2013, December 20). Guatemala's high court affirms right of consent for indigenous and rural communities. Retrieved from [intercontinentalcry.org](https://intercontinentalcry.org/guatemalas-high-court-affirms-right-of-consent-for-indigenous-and-rural-communities-21455/): <https://intercontinentalcry.org/guatemalas-high-court-affirms-right-of-consent-for-indigenous-and-rural-communities-21455/>.
- SWARTZ, C. (2019, June 5). After 30 years, only 23 countries have ratified indigenous and tribal peoples. Convention ILO 169. Retrieved from [culturalsurvival.org](https://www.culturalsurvival.org/news/inter-american-court-human-rights-affirms-indigenous-peoples-right-freedom-expression): <https://www.culturalsurvival.org/news/inter-american-court-human-rights-affirms-indigenous-peoples-right-freedom-expression>.
- THE MAYAGNA (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua (Inter-American Court of Human Rights August 31, 2001).
- UBINK & WEEKS, J. a. (December 2017). Courting custom: Regulating access to justice in rural South Africa and Malawi. *Law and Society Review*, vol. 51, no. 4, pp. 825-858.
- UN Women East and Southern Africa Regional Office. (2021). Multi-country study on access to justice for women and girls in East and Southern Africa. Retrieved from UN Women Africa: <https://africa.unwomen.org/en/digital-library/publications/2021/11/multi-country-study-on-access-to-justice-for-women-and-girls-in-east-and-southern-africa>.
- UNITED Nations Declaration on the Rights of Indigenous peoples (2007, September 13). Retrieved from [un.org](https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf): https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf.
- VIEYTEZ, E. J. (2014). Cultural diversities and human rights: History, minorities, pluralization. *The Age of Human Rights Journal*, no. 3, pp. 1-31.
- WERNER, K. (2023). Who is indigenous in Africa? The concept of indigeneity, its impacts, and progression. *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 51, no. 2, pp. 379-404, 379-404.

- WIESSNER, S. (1999). Rights and status of indigenous peoples: A global comparative and international legal analysis. *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, pp. 57-128.
- Young and Sing'Oei, L. A. (2014). access to justice for indigenous peoples in africa. in indigenous peoples' access to justice, including truth and reconciliation processes (pp. 89-112). Institute for the Study of Human Rights, Colombia University, New York: Wilton Littlechild and Elsa Stamatopoulou (Eds.), ISBN 978-0-615-96767-7.
- Zezeza, P. T. (2007). The struggle for human rights in Africa. *Canadian Journal of African Studies*, vol.41, no. 3, Rethinking rights in Africa: The struggle for meaning and the meaning of the struggle, 41, 474-506.

A tutela do membro da união de facto sobrevivente
Insuficiências do estatuto legal relativo aos deveres de
solidariedade recíproca

Lara Sofia Oliveira Gomes

Sob a orientação da Professora Doutora Maria
Rita Aranha da Gama Lobo Xavier

À minha avó Celeste, a luz que ilumina os meus dias e
nunca me deixa esquecer a importância do estudo.

Agradecimentos

À minha orientadora, a Professora Doutora Rita Lobo Xavier, por me ter transmitido, mais do que um inegável conhecimento, a sua paixão pelo Direito da Família e das Sucessões, e por me ter apoiado sempre.

Aos meus pais, porque tudo o que sou a eles o devo.

Ao meu irmão, pela presença e apoio constantes.

À minha família e amigos, que acompanharam de perto a elaboração da dissertação, pelo apoio.

À Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, por ter sido Casa.

A todos os Professores com quem tive o privilégio de me cruzar durante estes anos, pelos conhecimentos que irei levar para a vida.

A todos os que me apoiaram, fosse de que forma fosse, com especial menção ao meu Patrono, pela força.

Resumo

No ordenamento jurídico português, por morte de um dos membros da união de facto são atribuídos ao sobrevivente alguns direitos, designadamente o direito a alimentos sobre a herança do falecido, o direito a indemnização por danos não patrimoniais resultantes da morte do unido de facto, o direito de habitação sobre a casa de morada da família e de uso do respetivo recheio e, ainda, o direito a prestações sociais por morte.

No presente estudo, conclui-se pela insuficiência desta tutela, sugerindo-se alterações no sentido do seu reforço, tais como a inserção do unido de facto sobrevivente no elenco dos designados legítimos, com precedência em relação aos irmãos e sobrinhos do falecido.

Palavras-chave: união de facto; dissolução por morte; tutela do membro sobrevivente; efeitos sucessórios da união de facto.

Abstract

Portuguese law recognizes some rights to the surviving member of the *de facto* unions, namely the right to maintenance on the deceased's estate, rights to the family home and furnishing, the right to get social benefits on death and also the right to compensation for non-pecuniary damage resulting from the death of the *de facto* partner.

This study concludes that this protection is insufficient and suggests changes to strengthen it, such as including the surviving unmarried partner in the list of legal beneficiaries, with precedence over the deceased's siblings and nephews.

Keywords: *de facto* union; dissolution by death; guardianship of the surviving member; succession effects of *de facto* union.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AUJ	Acórdão Uniformizador de Jurisprudência
CC	Código Civil
Coord.	Coordenação
Cfr.	Confronte
CRC	Código do Registo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
LUF	Lei da União de Facto
NRAU	Novo Regime do Arrendamento Urbano
N.º	Número
N.ºs	Números
P.	Página
PP.	Páginas
Proc.	Processo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Índice

Introdução.....	7
1. Evolução legislativa.....	8
1.1. A institucionalização da união de facto no ordenamento jurídico português	8
1.2. A Lei n.º 7/2001, de 11 de maio	9
1.2.1. As alterações à LUF introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto	11
1.3. Atribuição de direitos ou benefícios, por morte, fundados na união de facto	14
1.3.1. O direito à indemnização por danos não patrimoniais do art. 496.º do CC.....	14
1.3.2. Direito a alimentos sobre a herança do falecido	15
1.3.3. Direito de acesso às prestações por morte	17
1.3.4. Destino da casa de morada comum em caso de morte de um dos membros da união de facto	18
1.3.4.1. Imóvel pertencente ao membro da união de facto que morreu ou em compropriedade	19
1.3.4.2. Imóvel arrendado pelos unidos de facto	20
1.4. Exercício dos direitos consagrados na lei	21
1.4.1. O art. 6.º/1 da LUF antes e a partir de 2010.....	21
1.4.2. O art. 6.º/2 e 3 da LUF.....	22
2. Tutela do membro sobrevivente da união de facto noutros ordenamentos jurídicos	23
2.1. França.....	23
2.2. Espanha.....	25
2.3. Reino Unido	27
3. Propostas para proteção do unido de facto sobrevivente	29
3.1 O unido de facto enquanto legatário	29
3.2 Sucessão testamentária	30
3.3 Sucessão contratual.....	31
3.4 Sucessão legítima	32
Conclusões.....	35
Bibliografia.....	37

Introdução

No ordenamento jurídico português a vida em comum sem casamento é designada como “união de facto”, encontrando-se atualmente regulada na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, do ponto de vista jurídico-civil por outras disposições dispersas do CC e por disposições dispersas noutros diplomas.

É nítida a diferença entre os direitos reconhecidos ao cônjuge sobrevivente e os de que beneficia o unido de facto sobrevivente. Com efeito, ao cônjuge sobrevivente são reconhecidos vários direitos, referindo-se a título de exemplo o facto de este ser herdeiro legítimo do cônjuge falecido e ser enquadrado na primeira classe de herdeiros legítimos, poder conservar os apelidos adotados em caso de viuvez ou ainda ser titular dos direitos que são atribuídos ao unido de facto sobrevivente, a saber o direito a alimentos sobre a herança do falecido, o direito de habitação sobre a casa de morada da família e de uso do respetivo recheio, o direito a prestações sociais por morte e ainda o direito a indemnização por danos não patrimoniais resultantes da morte do unido de facto.

A perceção da insuficiência dos mencionados direitos, bem como da situação de vulnerabilidade em que se encontra o membro sobrevivente da união de facto, constituirá o ponto de partida da presente dissertação.

Num primeiro momento, iremos descrever os direitos concedidos legalmente ao unido de facto sobrevivente em caso de morte do outro membro.

Num segundo momento, apresentaremos o modo como a morte de um dos membros da união de facto (e consequentes direitos atribuídos aos sobreviventes) é regulada noutros ordenamentos jurídicos, a saber França, Espanha e Reino Unido.

Por último, tentaremos apresentar propostas de solução para as dificuldades e insuficiências identificadas, concretamente no âmbito dos efeitos sucessórios.

Adverte-se de que todas as traduções são da nossa autoria.

1. Evolução legislativa

1.1. A institucionalização da união de facto no ordenamento jurídico português

O n.º 1 do art. 36.º, n.º 1 da CRP, prescreve que “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, o que “(...) para alguns autores impunha o reconhecimento da união de facto entre um homem e uma mulher como relação familiar”.¹ Efetivamente, existe uma distinção entre a o direito de constituir família e o direito de contrair casamento, pelo que “O direito a constituir família não está, assim, vedado a quem não pretenda contrair casamento, sendo este apenas uma das formas de *família*”.² Podemos, neste sentido, incluir a união de facto como uma forma de constituição de família, o que desde já defendemos.³

Será quase impossível hoje encontrar alguém que não saiba o que é a união de facto, mesmo que não a conheça por esta designação, mas por outra, semelhante.⁴ É evidente que, nos últimos anos, tanto em Portugal como noutros países, temos assistido ao aumento do número de pessoas que vivem em comum sem casamento,⁵ sendo, contudo, difícil apurar em concreto a percentagem das pessoas que organizam a sua vida deste modo.⁶

Neste sentido, falamos em união de facto, ou em viver em união de facto, quando duas pessoas, que decidem não contrair casamento, vivem em condições análogas às dos cônjuges.⁷

Antes de 1977 não existia no ordenamento jurídico português nenhum diploma que referisse a expressão “união de facto”. O conceito “união de facto” foi utilizado pela

¹ Neste sentido Xavier, 2002, p. 1396.

² Dias, 2012, p. 453. A autora defende que “(...) parece decorrer da referida norma constitucional que há outras formas de constituição da família além do casamento, podendo incluir-se as novas formas de família como a união de facto”. (Dias, 2012, p. 453), contrariamente ao que afirmou em 2005 ao dizer que “Ainda que o art. 36.º, n.º 1, da CRP possa levantar algumas dúvidas, tem-se entendido que não pretende referir-se à união de facto quando dispõe sobre o direito de constituir família, mas respeita exclusivamente à matéria da filiação (...)”, *vide* Dias, 2005, p. 71.

³ Efetivamente, constituir família e contrair casamento são duas realidades distintas. Tendo em conta a plena comunhão de vida que caracteriza a união de facto, não vislumbramos de que modo a mesma pode encontrar-se fora do âmbito do direito a constituir família.

⁴ Pires de Lima e Antunes Varela referiam-se a união de facto como sendo uma *relação de companheirismo* ou simples *união concubinária*, *vide* Lima & Varela, 1998, p. 619.

⁵ Relativamente à forma como as pessoas que vivem em união de facto são designadas, “Aliás, no Brasil dado o caráter de entidade familiar da União Estável e para diferenciá-la bem do concubinato, os atores da união são designados por companheiros ou conviventes, ao passo que na união de facto portuguesa a designação empregada é a de ‘membros’ ou simplesmente ‘pessoas’”, Assis, 2018, pp. 243-244.

⁶ Neste sentido Pinheiro, 2016, p. 547.

⁷ Existindo, evidentemente, uma liberdade conceitual no que diz respeito à designação das pessoas que vivem em união de facto, não deixamos de ser do entendimento de que, apesar de considerarmos que a expressão utilizada por Nuno Salter Cid, ao referir-se aos membros da união de facto como sendo “paracônjuges” é um termo aceitável (*vide* Cid, 1994, p. 21), nutrimos especial estima pela expressão “membro da união de facto”.

primeira vez na Reforma do CC de 1977⁸⁹, passando¹⁰ a fazer parte da epígrafe do art. 2020.º do referido diploma, que atribuía o direito a alimentos sobre a herança do falecido àquele que com ele vivesse em “condições análogas às dos cônjuges”.¹¹ Antes de 1977, a o CC referia-se apenas a vivência em condições análogas às dos cônjuges.

Apenas com a Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, passamos a dispor de um diploma que, de certo modo, “institucionalizou” a união de facto.¹² No entanto, esta lei apenas se aplicava às pessoas que, de sexo diferente, vivessem em união de facto há mais de dois anos.

A expressão “união de facto” pretendia designar “(...) a convivência que se estabelece entre um homem e uma mulher que, embora não ligados pelo vínculo do casamento, se relacionam entre si de uma forma semelhante à das pessoas casadas”.¹³

Esta convivência não poderia, porém, ocorrer, no caso de se verificar algumas das situações elencadas no art. 2.º.¹⁴

Por outro lado, apesar de terem sido reunidas no mesmo diploma normas que já existiam no âmbito da união de facto, não foi, de todo, criado “(...) um regime unitário para a união de facto (...)”¹⁵, pelo que não foi dispensada a aplicação de todas as normas que se encontravam (e ainda encontram) dispersas noutros diplomas, como o CC.

Pouco tempo depois a mencionada lei foi revogada por outra que ainda hoje, apesar de as alterações, entretanto introduzidas, continua em vigor, a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.

1.2. A Lei n.º 7/2001, de 11 de maio

Com a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, doravante designada por LUF, passou a haver uma regulação da união de facto independentemente de a mesma ser heterossexual ou

⁸ Que operou através da publicação do DL n.º 496/77 de 25 de novembro.

⁹ Salientamos, no entanto, que apesar de a expressão “união de facto” ter sido utilizada pela primeira vez em 1977, tal “(...) não significa que o fenómeno, enquanto facto social, não tenha existido antes ou, até, sempre tenha existido”, Dias, 2012, p. 451.

¹⁰ Note-se, nesta sede, a relevância da “(...) opção terminológica do legislador, pela expressão “união de facto”, quando outras seriam possíveis e frequentes, tais como “união livre” ou, expressão utilizada no direito brasileiro e que se nos afigura mais feliz, “união estável”. Tal acarreta que, ao lado das uniões de facto reconhecidas pelo legislador na Lei n.º 7/2001, possam existir outras “uniões de facto apenas de facto” ou não reconhecidas como tal: pense-se nos casos em que mais de duas pessoas vivem em comunhão de mesa, leito e habitação ou no caso de duas pessoas viverem em condições análogas às dos cônjuges, mas há menos de dois anos”, Gomes, 2017, p. 4.

¹¹ Vide Xavier, 2015, pp. 283-284.

¹² Neste sentido Coelho & Oliveira, 2018, p. 68.

¹³ Xavier, 2002, pp. 1395-1396.

¹⁴ Art. 2.º da Lei n.º 135/99, de 28 de agosto: “São impeditivos dos efeitos jurídicos da união de facto: a) Idade inferior a 16 anos; b) Demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica; c) Casamento anterior não dissolvido, salvo se tiver sido decretada separação judicial de pessoas e bens; d) Parentesco na linha recta ou no segundo grau da linha colateral ou afinidade na linha recta; e) Condenação anterior de uma das pessoas em união de facto como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro”.

¹⁵ Xavier, 2015, p. 285.

homossexual, apesar de o casamento entre pessoas do mesmo sexo só passar a ser admitido em Portugal a partir do dia 5 de junho de 2010.

A LUF, no seu art. 1.º, n.º 1, prescrevia que “A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos”. Constatamos, assim, a clareza legislativa relativamente ao facto de só poderem fazer parte da união de facto dois membros.¹⁶

A união de facto designa atualmente a situação de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivem em condições análogas às dos cônjuges, sendo a união de facto percecionada como a “*configuração do direito convivencial por excelência*”.¹⁷

Reconhecemos a inexistência no nosso ordenamento jurídico de uma definição de união de facto, definição essa que nunca foi criada, em nenhum momento ou diploma legal.¹⁸¹⁹

Face a esta ausência, torna-se possível afirmar que vivem em união de facto duas pessoas que, independentemente do sexo, tenham uma vivência análoga à dos cônjuges há, pelo menos, dois anos. Existe, assim, uma importância do elemento temporal porque só é considerada juridicamente relevante a união de facto que dure, no mínimo, há dois anos e, por outro lado, não pode verificar-se nenhum impedimento que obste à atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte, decorrentes da união de facto.²⁰

Por outro lado, existiam exceções à possibilidade de viver em união de facto (como, por exemplo, em relação à idade inferior a 16 anos) uma vez que o art. 2.º consagrava casos impeditivos dos efeitos jurídicos decorrentes da LUF.²¹

A mera existência de relações sexuais que se revelam passageiras não configura uma situação de união de facto, uma vez que viver em condições análogas às dos cônjuges significa que entre os unidos de facto existe um projeto de vida em comum que os aproxima do casamento, pressupondo este projeto uma plena comunhão de vida.²²

Apesar de a união de facto se inserir no âmbito do Direito da Família uma vez que os unidos de facto adotam um estilo de vida semelhante ao dos cônjuges, ou seja, uma plena comunhão de vida, a mesma não é considerada por todos os autores uma relação

¹⁶ Neste sentido Rossana, 2023, p. 231.

¹⁷ Neste sentido Rossana, 2020, p. 20.

¹⁸ Neste sentido Coelho & Oliveira, 2018, p. 56, Pitão, 2017, p. 10 e Pitão, 2004, p. 176.

¹⁹ O que no nosso entendimento não significa a necessidade de criação dessa mesma definição uma vez que consideramos que, caso a mesma fosse criada, poderia existir a “tentação” de sujeitar a união de facto a formalismos a que os unidos de facto não pretendem ficar vinculados, aproximando este instituto do casamento o que poderia não ser o objetivo daqueles que pretendem viver em união de facto e decidiram não casar.

²⁰ Cfr. Ac do TRG de 30-04-2020, Proc. 2449/18.3T8VRL.G1 pois o douto Ac. afirma que para que estejamos perante uma união de facto juridicamente relevante é necessário o preenchimento cumulativo de dois requisitos: por um lado as duas pessoas têm de viver em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos e, por outro lado, entre os membros da união de facto não se pode verificar nenhum dos impedimentos constantes do art. 2.º da LUF.

²¹ Cfr. art. 2.º da LUF na versão original.

²² Neste sentido Coelho & Oliveira, 2018, p. 56.

jurídica familiar.²³ Porém, tendo em conta a tutela atribuída à mesma que se aproxima da que é atribuída ao casamento (com muitas exceções) e a relevância económico-social que este instituto possui, alguns autores consideram a união de facto uma relação parafamiliar,²⁴ havendo mesmo quem afirme estarmos perante uma relação familiar.²⁵ Além disso, existe uma tendência para a qualificação da união de facto como sendo uma relação familiar, em resultado, por exemplo, do facto de a LUF se referir a “casa de morada da família” contrariamente à menção que era anteriormente feita a “casa de morada comum” e “residência comum”.^{26 27}

Nos termos do 8.º, n.º 1 da LUF, existem três causas de dissolução da união de facto: o falecimento de um dos membros, a vontade de um deles em que a união de facto cesse e o casamento de um dos unidos de facto.²⁸

1.2.1. As alterações à LUF introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto

A Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, sofreu alterações através da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, que se revelaram (e revelam) de suma importância no domínio deste instituto,²⁹ tendo a mesma tido dois objetivos principais.³⁰

A primeira das alterações relevantes consiste no modo como a união de facto aparece definida, uma vez que o teor do texto do art. 1.º, n.º 2, apesar de muito semelhante ao do art.º 1.º, n.º 1 da Lei n.º 7/2001, prescreve que “A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”.³¹

Com a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, o art. 2.º passou a ter uma nova redação, passando a albergar os casos que impediam a atribuição, de direitos ou benefícios, em

²³ A doutrina maioritária repudiava a consideração da união de facto como relação familiar. *Vide* Xavier, 2002, p. 1396.

²⁴ Neste sentido Chaves, 2010, p. 66 e Pitão, 2017, p. 60.

²⁵ *Vide* Rossana, 2023, p. 229 e Carvalho, 2004, p. 226.

²⁶ Neste sentido Coelho & Oliveira, 2018, p. 67.

²⁷ O nosso entendimento é o de que, apesar dos elementos de aproximação entre a união de facto e o casamento, relação familiar por excelência, não podemos afirmar que a primeira é uma relação familiar, o que é denotado, desde logo, pelo facto de não existir um vínculo formal como existe no casamento.

²⁸ Podemos, claramente, concluir nesta sede que “(...) a Lei apenas prevê causas unilaterais de dissolução da união de facto, ignorando a hipótese de os companheiros decidirem, por mútuo acordo, por termo à sua relação (...)”, Pitão, 2017, p. 311. Não deixamos de mostrar a nossa estranheza face à ausência de previsão de uma causa bilateral de dissolução, causa essa que parece ser aquela mais vulgar, ou seja, em que ambos os unidos de facto decidem colocar fim à união de facto.

²⁹ Neste sentido Xavier, 2016a, p. 679.

³⁰ Quanto aos objetivos da Lei n.º 23/2010, o primeiro foi o de “(...) alargar o âmbito de protecção dos conviventes (...). Em segundo lugar, regulamentar de forma mais consistente os meios de prova da união de facto (...)”, Corte-Real, 2011, p. 83.

³¹ Cfr. o Ac do STJ de 14-07-2016, Proc. 2637/04.0TBVCD-L.P1.S1, que se revela importante na medida em que refere que o alargamento do âmbito dos sujeitos da união de facto decorre do direito ao desenvolvimento da personalidade, na vertente do direito à autoafirmação, inserindo-se, dentro deste, o direito à autodeterminação sexual, consagrado no art. 26.º, n.º 1 da CRP.

vida ou por morte, fundados na união de facto. Por um lado, das alterações salientamos o facto de a idade dos membros da união de facto não poder ser inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto. Por outro lado, foi feita uma ressalva na exceção da alínea b), atinente à demência notória e à interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, para os casos em que a demência se manifestar ou a anomalia se verificar em momento posterior ao do início da união de facto.³² Este artigo foi, contudo, sujeito a uma nova alteração com a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto (que criou o regime jurídico do maior acompanhado), passando a ser um impedimento a demência notória, mesmo com intervalos lúcidos e situação de acompanhamento de maior, se assim se estabelecer na sentença que a haja decretado, salvo se posteriores ao início da união.³³

É nítida, deste modo, a necessidade de, além da prova de uma convivência há mais de dois anos, também a prova de que não se verifica nenhuma das situações plasmadas neste art.³⁴

Uma mudança de relevo que esta lei trouxe encontra-se no seu art. 5.º, referente à proteção da casa de morada da família em caso de morte. O mesmo hoje consagra uma proteção do membro da união de facto sobrevivente em caso de morte do membro proprietário da casa de morada da família (contrariamente ao que ocorria anteriormente). Esta proteção é demonstrada pelo direito a permanecer na casa pelo prazo de cinco anos, enquanto titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio (sem prejuízo de esse prazo de cinco anos ser estendido nas hipóteses em que a união de facto dure há mais de cinco anos).

Outro dos aspetos que merece destaque relaciona-se com o art. 6.º da LUF. Enquanto na redação dada pela Lei n.º 7/2001 (tal como ocorria quando a Lei n.º 135/99 estava em vigor) ao referido artigo, para que o membro sobrevivente da união de facto pudesse beneficiar dos direitos previstos nas alíneas e), f) e g) do art. 3.º, teria de reunir as condições que constam do art. 2020.º do CC, com a Lei n.º 23/2010, o membro sobrevivente da união de facto beneficia dos mencionados direitos independentemente da necessidade de alimentos.³⁵

Assume relevância referir o facto de, aquando da sua entrada em vigor, ter sido discutido, no contexto dos tribunais, o âmbito de aplicação deste diploma, mais precisamente, no âmbito do acesso a prestações sociais por morte do outro membro da união de facto. Por um lado, havia quem defendesse a sua aplicação retroativa, em resultado das mudanças benéficas já referidas para o unido de facto sobrevivente. Por outro

³² Cfr. o art. 2.º LUF na redação dada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

³³ Cfr. o atual art. 2.º, alínea b), LUF.

³⁴ Neste sentido Xavier, 2015, p. 296.

³⁵ No sentido de que a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, é inovadora e não interpretativa, *vide* o Ac do TRL de 17-05-2012, Proc. 341/10.9TJLSB.L1-2.

lado, não faltava quem defendesse que a mesma só poderia produzir efeitos *ex nunc* e, portanto, não poderia ser aplicada nos casos em que o óbito de um dos membros da união de facto tivesse ocorrido antes da sua vigência.³⁶

A união de facto só é considerada juridicamente relevante e, consequentemente, apenas é fonte de efeitos jurídicos, se a comunhão de vida sem casamento que vigora entre os unidos de facto durar há, pelo menos, dois anos. Este é, assim, o aspeto diferenciador fundamental entre a união de facto e o casamento.³⁷

Por assim ser, afigura-se necessário que, em caso de morte, além da prova de que existia esta plena comunhão de vida, o unido de facto sobrevivente prove ainda que a mesma tinha a duração legalmente exigida.

A prova da união de facto não se afigura fácil, o que resulta da circunstância de esta comunhão de vida não ser objeto de registo civil, evidenciando o art. 1.º do CRC o afirmado uma vez que a união de facto não vem referida nesta norma.³⁸ Este facto configura uma importante diferença entre a união de facto e o casamento uma vez que este último está sujeito a registo civil obrigatório, nos termos do art. 1.º, n.º 1, alínea c) do CRC, sendo o registo o único meio de prova legalmente admissível para aqueles que pretenderem invocar os seus efeitos.³⁹

À prova da união de facto são aplicáveis as regras que vigoram no âmbito jurídico-civil⁴⁰ pelo que “(...) recorde-se o regime geral do ónus da prova, segundo o qual incumbe a quem invoca um direito provar os factos constitutivos do mesmo (art. 342.º do Código Civil). Se um dos membros da união de facto pretender beneficiar da proteção conferida pela lei deverá demonstrar a realidade dos factos indicados para preenchimento dos pressupostos estabelecidos para tal relevância”.⁴¹

Com a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto foi aditado o art. 2.º-A à LUF, tendo este como epígrafe “Prova da união de facto”, prevendo o seu n.º 1 que “Na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer meio legalmente admissível”.

³⁶ Vide o Ac. do TRL de 24-05-2011, Proc. 6014/09.8TVLSB.L1-7 onde é afirmado que a Lei n.º 23/2010 não é uma lei interpretativa e, além disso, nada estabelece sobre a sua aplicação no tempo, pelo que nos termos do art. 12.º, n.º 1, 1.ª parte, e n.º 2, 1.ª parte, do CC, a lei só dispõe para o futuro.

³⁷ Neste sentido, “Esta necessidade de decorrência do prazo de dois anos torna a união de facto num acto de formação sucessiva e contínua e que apenas se mantém enquanto perdurar a comunhão plena de vida. Ao contrário, o casamento é um acto originário, ficando perfeito e a produzir plenos efeitos assim que declaradas ambas as vontades e celebrado perante a entidade competente. O casamento considera-se celebrado com a declaração de vontade de cada nubente, sendo o registo obrigatório, nos termos do artigo 1651.º, logo o acto de registo não pode ser considerado constitutivo”, Carvalho, 2004, p. 239.

³⁸ Neste sentido Coelho & Oliveira, 2018, p. 71.

³⁹ Neste sentido Xavier, 2015, p. 297.

⁴⁰ Para um caso em que pelo facto de a Ré, membro sobrevivente da união de facto, não ter provado, nos termos do art. 342.º do CC, ter vivido em economia doméstica comum com o beneficiário falecido do Instituto de Segurança Social/Centro Nacional de Pensões, IP, foi considerada como não provada a união de facto por ela invocada, vide o Ac. do STJ de 22-03-2018, Proc. 6380/16.9T8CBR.C1.S1.

⁴¹ Xavier, 2015, p. 298.

Foi, assim, consagrado um princípio de liberdade de prova⁴² da união de facto pelo que, neste sentido, “O regime adoptado afirma que a prova é livre, por qualquer meio; mas *sugere-se* a apresentação de um atestado da Junta de Freguesia”.⁴³ Além disso, “Este artigo destina-se a facilitar a demonstração da realidade desses factos, uma vez que a lei continua sem prever “um registo oficial para as uniões de facto”. Por outro lado, pretende-se libertar os membros da união de facto de terem de obter uma declaração judicial para certificar a sua relação”.⁴⁴

Somos do entendimento (que, realcemos, não é isolado⁴⁵) de que, apesar de o prazo de dois anos ser exigido para que a união de facto seja reconhecida enquanto tal pelo nosso ordenamento jurídico, tal facto não significa que a união de facto não exista antes do alcançar deste prazo. Efetivamente, o elemento caracterizador da união de facto é a plena comunhão de vida que a aproxima do casamento pelo que, a partir do momento em que existe esta vivência entre os unidos de facto, existe uma união de facto, embora a mesma possa não ser juridicamente relevante.

1.3. Atribuição de direitos ou benefícios, por morte, fundados na união de facto

1.3.1. O direito à indemnização por danos não patrimoniais do art. 496.º do CC

O art. 496.º situa-se no CC no âmbito da responsabilidade civil por factos ilícitos, prescrevendo que em caso de morte da vítima existem pessoas que são titulares de um direito a receber uma indemnização. Uma dessas pessoas é precisamente o membro da união de facto.⁴⁶

Estamos, nesta sede, perante um direito que aproxima o unido de facto do cônjuge isto porque ambos são titulares do mesmo consoante exista uma união de facto ou um casamento.

O objetivo da previsão de uma lista taxativa de pessoas titulares do direito à indemnização “(...) fundou-se na necessidade de impedir que o lesante pudesse ficar onerado com uma série infindável de indemnizações, tantas quantas as pessoas que pudessem demonstrar um sofrimento pelo dano da morte da vítima”.⁴⁷

⁴² No âmbito desta liberdade de prova existe uma tendência para a utilização da prova testemunhal. Neste sentido Coelho & Oliveira, 2018, p. 72.

⁴³ Oliveira, 2010, p. 142.

⁴⁴ Xavier, 2015, p. 298.

⁴⁵ Vide Carvalho, 2004, p. 240.

⁴⁶ Art. 496.º, n.º 3 do CC: “Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes”.

⁴⁷ Oliveira, 2010, p. 148.

Na sua formulação anterior, o art. 496.º não incluía o unido de facto na lista das pessoas com direito à indemnização em caso de morte.⁴⁸

Esta anterior não inclusão do unido de facto no elenco dos titulares do direito de indemnização por danos não patrimoniais causou uma enorme discussão, tendo o TC sido levado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da anterior redação do art. 496.º, que tratava de diferente modo o cônjuge e o unido de facto sobreviventes.⁴⁹ Efetivamente, se, por um lado, era defendido o entendimento segundo o qual a norma do art. 496.º/2 era inconstitucional por excluir o unido de facto sobrevivente⁵⁰, por outro havia quem tivesse o entendimento de que não havia nesta sede qualquer inconstitucionalidade.⁵¹ Estávamos perante uma situação atinente aos danos não patrimoniais que era dotada de elevada complexidade.⁵²

Contudo, tal discussão terminou em 2013⁵³ com a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto⁵⁴, uma vez que com a mesma o art. 496.º passou a ter a formulação que tem atualmente,⁵⁵ passando a existir uma referência expressa ao unido de facto enquanto titular do direito de indemnização por danos não patrimoniais decorrentes da morte do outro membro da união de facto.⁵⁷

1.3.2. Direito a alimentos sobre a herança do falecido

Um dos direitos que consiste numa importante medida de proteção do unido de facto sobrevivente encontra-se no art. 2020.º do CC, que tem como epígrafe “União de facto”, prevendo a possibilidade de o membro sobrevivente da união de facto exigir alimentos da herança do falecido.⁵⁸

Estamos, nesta sede, perante um dos efeitos patrimoniais atribuídos à união de facto que foi introduzido pela Reforma de 1977.⁵⁹

⁴⁸ O art. 496.º apenas mencionava que o direito cabia, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

⁴⁹ Neste sentido Oliveira, 2010, p. 148.

⁵⁰ Vide Ac. do TC n.º 275/02 de 19 de junho de 2002. Vide ainda Xavier, 2004a, pp. 17-18 pois, na anotação aos Acs. n.º 195/03 e 88/04, menciona o Ac. 275/02.

⁵¹ Vide Ac. do TC n.º 86/2007, de 6 de fevereiro.

⁵² Neste sentido Coelho & Oliveira, 2018, p. 103.

⁵³ Não deixamos, nesta sede, de sentir a necessidade de expressar a nossa concordância com a alteração efetuada, uma vez que consideramos que a atribuição do direito à indemnização em causa ao unido de facto sobrevivente se afigura de suma importância dado a aproximação que faz entre o unido de facto sobrevivente e o cônjuge sobrevivente.

⁵⁴ Neste sentido Passinhas, 2019, p. 122.

⁵⁵ Para uma explanação clara sobre a controvérsia que existia vide Passinhas, 2019, p. 122, nota de rodapé n.º 37.

⁵⁶ Vide Ac. do TRG de 23-11-2017, Proc. 2299/13.3TBBCL.G1 para um caso em que, tendo o unido de facto morrido, foi afirmado que a titular do direito à indemnização era, nos termos do art. 496.º, n.º 3 do CC, a companheira do falecido e não a mãe deste.

⁵⁷ Neste sentido Xavier, 2015, p. 314.

⁵⁸ Neste sentido Passinhas, 2019, p. 122.

⁵⁹ Vide Tomé, 2020, p. 1119.

Torna-se fulcral esclarecer nesta sede que, ao nos referirmos ao direito a alimentos da herança do falecido, não estamos perante um direito sucessório⁶⁰ mas, contrariamente, perante uma pensão alimentar.⁶¹

Na altura em que estava em vigor a LUF na sua redação inicial, o mencionado artigo 2020.º do CC, mais concretamente o seu n.º 1, tinha a seguinte redação: “Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter, nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º”.

É nítido que durante a vigência da LUF originária o unido de facto tinha uma posição de maior fragilidade, uma vez que o direito de exigir alimentos da herança do falecido se apresentava como dependente do preenchimento de determinados requisitos.⁶²

Era, assim, entendimento unânime o de que o membro sobrevivente da união de facto teria que provar a sua carência ou necessidade de alimentos e o facto de não lhe ser possível obter os mesmos nos termos das alíneas a) a d) do art. 2009.º do CC.

Com a Lei n.º 23/2010, o art. 2020.º foi alterado, passando o n.º 1 a prever que “O membro sobrevivente da união de facto tem o direito de exigir alimentos da herança do falecido”. Na esteira do mencionado, os “alimentos” a que alude o normativo respeitam a tudo o que se afigure indispensável ao sustento, vestuário e habitação.⁶³

A remissão feita para o art. 2019.º leva-nos a concluir que o direito de exigir alimentos de que o membro sobrevivente da união de facto é titular cessa se o mesmo contrair novo casamento, iniciar união de facto ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral⁶⁴ e, além disso, contém uma limitação temporal quanto ao exercício do mencionado direito.⁶⁵

⁶⁰ Neste sentido, “O unido de facto sobrevivente tem direito *iure proprio* a exigir alimentos da herança do falecido, não se verificando qualquer transmissão sucessória”, in Tomé, 2020, p. 1120.

⁶¹ Vide Pitão, 2017, p. 187.

⁶² Neste sentido, “A concessão do direito a alimentos fica dependente de determinados requisitos: a pretensão alimentícia só pode ser exercida contra a herança do companheiro falecido no estado de solteiro, viúvo, divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens; que o requerente viva em condições análogas às dos cônjuges e há mais de dois anos; que o requerente não possa obter tais alimentos do seu cônjuge, ex-cônjuge, descendentes, ascendentes e irmãos (art. 2020.º, n.º 1, *in fine* e art. 2009.º, als. a) a d)) e finalmente, inserindo-se a disposição no capítulo dos ‘alimentos’, a necessidade deverá ser aferida em termos de subsistência e não de manutenção do mesmo estilo de vida adoptado pelos companheiros antes do decesso do *de cuius*”, Mota, 2001, p. 547.

⁶³ Neste sentido vai o Ac. do TRL de 11-10-2007, Proc. 7402/2007-6, ao afirmar que “Os alimentos a que se refere o art. 2020.º do CC respeitam a tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário, numa perspectiva de salvaguarda permanente da dignidade da pessoa humana. II. O progresso económico, social e cultural reflecte-se no conteúdo dos alimentos. III. O critério para delimitar a satisfação condigna das necessidades essenciais tem de corresponder, num justo equilíbrio, à realidade económica e social do País, com rejeição de situações extremas, quer de pendor miserabilista, quer de natureza voluptuária”.

⁶⁴ Neste sentido Tomé, 2020, p. 1120.

⁶⁵ Nos termos do n.º 2 do art. 2020.º do CC, “O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão”.

1.3.3. Direito de acesso às prestações por morte

Contrariamente ao que ocorre no âmbito da necessidade de alimentos (tanto do cônjuge como do membro sobrevivente da união de facto), no âmbito da pensão de sobrevivência o grande objetivo é o de “(...) compensar os familiares (neste caso o unido de facto, não sendo familiar, também beneficiará deste regime) do beneficiário da perda dos rendimentos de trabalho determinada pela morte deste”.⁶⁶

Durante a vigência da LUF na sua redação originária, o art. 6.º, n.º 1,⁶⁷ inserido no normativo relativo ao acesso às prestações por morte, prescrevia a atribuição ao unido de facto sobrevivente dos direitos previstos nas alíneas e), f) e g) do art. 3.º, ou seja, o direito à proteção na eventualidade de morte do beneficiário pela aplicação do regime geral da segurança social e da lei, o direito à prestação por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, e o direito à pensão de preço de sangue e por serviços excecionais e relevantes prestados ao país, ambos nos termos da lei. Eram colocadas dúvidas relativamente à remissão ou não do referido art. para o art. 2020.º do CC.⁶⁸

A resposta à questão levantada era controversa devido à existência de diversas decisões jurisprudenciais⁶⁹ sobre o regime da atribuição de pensão de sobrevivência ao unido de facto que faziam depender o acesso às prestações do Estado por parte do unido de facto sobrevivente da demonstração da necessidade de alimentos, ou seja, esta demonstração pendia sobre o art. 2020.º do CC, e, além disso, dependia “(...) ainda de se terem esgotado as duas vias particulares de satisfação das necessidades alimentares. A primeira via era a da satisfação pelos obrigados a alimentos; a segunda era a da satisfação através da herança do falecido.”⁷⁰

Contudo, a mencionada controvérsia não afetava a afirmação (que já estava sedimentada na vigência da Lei n.º 135/99) segundo a qual a lei estabeleceu um princípio geral de aplicabilidade do art. 6.º, n.º 1 “(...) a todos aqueles que reúnam as condições previstas no artigo 2020.º do Código Civil, ou seja, aqueles que no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, viva com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges, o mesmo é dizer, em união de facto”.⁷¹ Face ao exposto podemos, nesta sede, concluir pelo reconhecimento simultâneo ao unido de facto sobrevivente do direito a alimentos, por via do art. 2020.º do CC, e do

⁶⁶ Neste sentido Rosa, 2006, p. 112.

⁶⁷ Art. 6.º, n.º 1, na vigência da Lei n.º 7/2001: “1 - Beneficia dos direitos estipulados nas alíneas e), f) e g) do artigo 3.º, no caso de uniões de facto previstas na presente lei, quem reunir as condições constantes no artigo 2020.º do Código Civil, decorrendo a acção perante os tribunais cíveis”.

⁶⁸ Neste sentido Corte-Real, 2011, p. 84.

⁶⁹ A título de exemplo, veja-se os seguintes Acs.: Ac. do STJ de 28-02-2008, Proc. 07A4799, Ac. do TRC de 07-07-2009, Proc. 449/06.5TBFVN.C1, Ac. do TRE de 17-03-2010, Proc. 23/07.9TBSTB.E1, Ac. do TRL de 21-03-2007, Proc. 2586/2007-8.

⁷⁰ Oliveira, 2010, p. 147. Vide ainda Coelho & Oliveira, 2018, p. 105.

⁷¹ Pitão, 2000, p. 189.

direito às prestações sociais por morte do seu companheiro (não existindo, assim, uma necessidade de opção por uma das atribuições, podendo as mesmas ser cumuladas).⁷²

Atualmente e com as alterações trazidas à LUF, na nova redação,⁷³ dispensa-se a prova da necessidade de alimentos, pelo que se permite que o membro sobrevivente da união de facto se dirija diretamente à instituição competente para requerer a atribuição de pensão.⁷⁴

Foi, assim, eliminada a dúvida acerca da remissão do art. 6.º, n.º 1 para o art. 2020.º do CC, uma vez que a atual LUF dissocia a atribuição de benefícios da necessidade de alimentos.⁷⁵

1.3.4. Destino da casa de morada comum em caso de morte de um dos membros da união de facto

Dois outros direitos que assumem suma importância no âmbito da morte de um dos membros da união de facto são o direito real de habitação e de uso do recheio da casa de morada da família.⁷⁶ Trata-se de um tópico de elevada relevância uma vez que “O que distingue a relação de união de facto de um relacionamento pontual, ou de uma relação de namoro íntimo, será precisamente o facto de os sujeitos da relação viverem na mesma casa”.⁷⁷

Contrariamente às considerações *supra* tecidas no âmbito do direito a alimentos, no caso da atribuição ao membro sobrevivente de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio é preciso que estejamos perante uma situação de necessidade, não havendo uma atribuição automática deste direito.⁷⁸

O art. 5.º da LUF, que tem como epígrafe “Proteção da casa de morada da família em caso de morte”, diferencia a hipótese em que o imóvel e o recheio do mesmo são propriedade de ambos os membros da união de facto ou do membro que morreu daquela em que o imóvel é arrendado.⁷⁹

⁷² Neste sentido Pitão, 2000, p. 189.

⁷³ Art. 6.º, n.º 1: “O membro sobrevivente da união de facto beneficia dos direitos previstos nas alíneas e), f) e g) do artigo 3.º, independentemente da necessidade de alimentos”.

⁷⁴ Neste sentido Coelho & Oliveira, 2018, p. 109.

⁷⁵ Neste sentido Corte-Real, 2011, p. 84.

⁷⁶ Nos termos do art. 5.º, n.º 1 da LUF, “Em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada da família e do respectivo recheio, o membro sobrevivente pode permanecer na casa, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio”.

⁷⁷ Xavier, 2015, p. 304.

⁷⁸ Vide o Ac. do TRP de 04-05-2022, Proc. 4182/19.0T8GDM.P1 para um caso em que foi considerado não estarem preenchidos todos os requisitos para que fosse atribuída a casa de morada da família à Autora pois à data do falecimento do outro membro da união de facto a Autora era proprietária de duas frações autónomas sitas no concelho de Gondomar, onde alegadamente se situava a casa de morada da família dos unidos de facto.

⁷⁹ No caso de se tratar do cônjuge, contrariamente ao que ocorre em relação ao unido de facto, o direito de habitação da casa de morada da família e de uso do recheio encontra-se previsto nos arts. 2103.º-A a 2103.º-C do CC e no art. 57.º do NRAU (antigo 85.º do RAU, ainda referido por Nuno de Salter Cid). Neste sentido *vide* Cid, 1996, p. 369.

1.3.4.1. Imóvel pertencente ao membro da união de facto que morreu ou em compropriedade

Quanto à hipótese de o imóvel ser propriedade do membro que morreu a LUF prescreve que o membro sobrevivente pode permanecer na casa, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio, excetuando os casos em que a união de facto começou há mais de cinco anos, pois, se assim for, os direitos são atribuídos por tempo igual ao da duração da união de facto.⁸⁰ Houve duas mudanças relativamente à redação anterior da LUF. Por um lado, anteriormente, o prazo durante o qual o membro sobrevivente tinha um direito real da habitação era sempre de cinco anos, independentemente da duração da comunhão de vida. Por outro lado, não era reconhecido o direito ao uso do recheio da casa.⁸¹

Contrariamente ao que ocorria antes da entrada em vigor da Lei n.º 23/2010, atualmente não poder haver disposição testamentária que retire ao unido de facto sobrevivente este direito. Nesta sede, no âmbito da redação originária da Lei n.º 7/2001, a proteção da casa de morada da família era encarada como um legado legítimo e, por assim ser, cedia perante uma disposição testamentária incompatível, o que era justificável tendo em conta a hierarquia sucessória.⁸²

Constatamos a elevada importância desta alteração, da qual se salienta o fim da possibilidade de afastamento do direito real de habitação e do direito de uso do recheio, ambos relativos à casa de morada da família, através de disposição testamentária. Efetivamente, caso pudesse haver este afastamento através de testamento, o membro sobrevivente da união de facto encontrar-se-ia sempre numa situação de incerteza e de vulnerabilidade.⁸³

Contrariamente ao que ocorria anteriormente, esgotado o prazo do direito real de habitação, o companheiro sobrevivente adquire o direito de continuar a habitar no imóvel, mas na qualidade de arrendatário⁸⁴, podendo ainda permanecer no local até à celebração do respetivo contrato de arrendamento (excetuando o caso, referido na LUF, em que os proprietários satisfaçam os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações).⁸⁵ Não havendo acordo sobre as condições do contrato, o tribunal pode fixá-las, nos termos do n.º 8 do art. *sub judice*, através da audição dos interessados.⁸⁶

⁸⁰ Vide n.ºs 1 e 2 do art. 5.º da LUF.

⁸¹ Contrariamente ao que ocorria anteriormente, com a Lei n.º 23/2010 foi reconhecido o direito ao uso do recheio com o objetivo de proteger o lar onde os unidos de facto viveram. Neste sentido *vide* Oliveira, 2010, p. 145.

⁸² Neste sentido Oliveira, 2010, p. 146 e Passinhas, 2019, p. 134.

⁸³ Não ignoramos, contudo, a defesa de entendimento no sentido de existência de um legatário legal forçoso não legitimário, sendo este o membro da união de facto sobrevivente. *Vide* Pedro, 2016, p. 341.

⁸⁴ Neste sentido Pinheiro, 2016, p. 569.

⁸⁵ Cfr. o n.º 7 do art. 5.º da LUF.

⁸⁶ *Vide* o n.º 8 do art. 5.º da LUF.

Por outro lado, relativamente à hipótese em que os membros da união de facto eram comproprietários da casa de morada da família e do respetivo recheio (hipótese essa que não era abrangida pela redação originária da LUF), o sobrevivente tem o direito real de habitação e de uso do recheio da casa de morada da família em exclusivo.^{87 88}

Uma das grandes inovações a ser salientada consiste ainda na possibilidade de prorrogação pelo tribunal dos prazos para exercício dos direitos, prevista no n.º 4 do art. *sub judice*.⁸⁹ Paralelamente à prorrogação pode existir caducidade dos mencionados direitos⁹⁰ ou mesmo o direito não existir.⁹¹

Semelhantemente ao que ocorria no art. 4.º, n.º 1, da LUF na sua redação originária (com a ressalva de que o prazo era de cinco anos e atualmente é durante o tempo em que o unido de facto sobrevivente habitar o imóvel), também presentemente é concedido pelo art. 5.º, n.º 9 ao unido de facto sobrevivente um direito de preferência na alienação do imóvel.

1.3.4.2. Imóvel arrendado pelos unidos de facto

Quanto à segunda das hipóteses acima apresentadas, ou seja, aquela em que o imóvel onde os unidos de facto habitam é arrendado, o n.º 10 prescreve que o membro sobrevivente da união de facto beneficia da proteção⁹² prevista no artigo 1106.º do Código Civil.⁹³ Não deixa de ser revelante nesta sede a questão já abordada *supra* da inexistência de exigência de documentação para prova da união de facto.⁹⁴

A Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto introduziu uma exigência ao n.º 2 do art. 1106.º no sentido de que, nos casos previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1, ou seja, no caso de existir pessoa que vivesse em união de facto com o arrendatário há mais de um ano ou vivesse em economia comum durante o mesmo período, a transmissão da posição de arrendatário dependia de, à data da morte do arrendatário, o transmissário residir no locado há mais de um ano.

⁸⁷ Vide n.º 3 do art. 5.º da LUF.

⁸⁸ Passinhas considera que a formulação legal do n.º 3 do art. 5.º não é a mais correta, afirmando que “A leitura correcta do artigo 5.º, n.º 3, será, todavia, aquela que, partindo da qualidade do unido sobrevivente como comproprietário da casa e do recheio, entende a norma como vindo estabelecer e alargar os poderes do unido sobre a casa e sobre o recheio ainda enquanto faculdades compreendidas no seu direito de (com)propriedade”. Vide Passinhas, 2019, p. 132.

⁸⁹ Cfr. o n.º 4 do art. 5.º da LUF.

⁹⁰ Cfr. o n.º 5 do art. 5.º da LUF.

⁹¹ Cfr. o n.º 6 do art. 5.º da LUF.

⁹² Contudo, não podemos ignorar o facto de esta proteção não vigorar no caso de se verificar algum dos impedimentos constantes do art. 2.º da LUF. Vide Garcia, 2001, p. 631.

⁹³ Nos termos do art. 1106.º, n.º 1, alínea b) do CC, na redação dada pela Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto, “O arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobreviva pessoa que com ele vivesse em união de facto há mais de um ano”.

⁹⁴ Neste sentido, “Parece que se deverá entender que o prazo de dois anos só será necessário para os efeitos apenas previstos nas referidas leis, bastando, para efeitos da transmissão do direito ao arrendamento, a duração de um ano. No caso da união de facto permanece a dúvida sobre quais os documentos que a comprovam uma vez que na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, nada consta sobre esta questão, ainda se aguardando a sua regulamentação”, vide Xavier, 2004b, p. 333.

O mencionado n.º 2 foi, entretanto, revogado, sem que tivesse, no entanto, sido alvo de críticas, com as quais concordamos totalmente,⁹⁵ críticas essas extensíveis, na nossa perspetiva, ao atual art. 57.º, n.º 1, alínea b) do NRAU.⁹⁶

1.4. Exercício dos direitos consagrados na lei

1.4.1. O art. 6.º/1 da LUF antes e a partir de 2010

É facilmente constatável a diferença entre o regime da redação originária da LUF e o que vigora atualmente na vigência da Lei n.º 23/2010, sendo o atual nitidamente mais benéfico para o membro sobrevivente da união de facto.

Existia uma controvérsia de relevo relativamente à aplicação ou não do regime da Lei n.º 23/2010 aos casos em que o óbito do companheiro que beneficiava do sistema da Segurança Social ocorria antes da entrada em vigor do novo regime, não existindo indícios na Lei n.º 23/2010 de que a mesma tinha eficácia retroativa.⁹⁷ De acordo com alguns autores, o regime seria aplicável independentemente do facto de o óbito ocorrer antes ou depois da entrada em vigor da nova redação da LUF,⁹⁸ havendo quem defendesse que não existia uma eficácia retroativa.⁹⁹

A discussão chegou ao fim com o AUJ n.º 3/2013, tendo o mesmo fixado jurisprudência no sentido de que “A alteração que a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, introduziu na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, sobre o regime de prestações sociais em caso de óbito de um dos elementos da união de facto beneficiário de sistema de Segurança Social, é aplicável também às situações em que o óbito do beneficiário ocorreu antes da entrada em vigor do novo regime”.¹⁰⁰

A partir do AUJ n.º 3/2013 podemos afirmar que “(...) a prestação social a favor do membro sobrevivente da união de facto pode ser constituída segundo o regime constante da Lei n.º 23/2010, mesmo que o facto que lhe dá origem – que é a morte do outro elemento da união de facto – tenha ocorrido antes do início da sua vigência”.¹⁰¹ A aplicação do

⁹⁵ Neste sentido, “Ora, o requisito da duração de relação fica aquém do requisito geral de eficácia de protecção da união de facto e da convivência em economia comum, que, nos termos das Leis n.ºs 6 e 7/2001, de 11 de Maio, se traduz num mínimo de dois anos, enquanto a lei de arrendamento se contenta com um ano. É algo que pode ser compreensível na estrita perspectiva do regime jurídico do arrendamento urbano, mas que é estranho numa lógica de construção consistente das figuras da união de facto e da convivência da economia comum”, Pinheiro, 2016, p. 570.

⁹⁶ Cfr. art. 57.º, n.º 1, alínea b) do NRAU.

⁹⁷ Neste sentido Sousa, 2011, p. 56.

⁹⁸ Para a defesa de que a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, se aplicava imediatamente a todos os sobreviventes da união de facto, independentemente de a morte do beneficiário ter ocorrido antes ou depois da sua entrada em vigor *vide* o Ac. do TRL de 15-11-2011, Proc. 2309/10.6TVLSB.L1-1.

⁹⁹ *Vide* nota de rodapé n.º 36.

¹⁰⁰ *Vide* o AUJ, publicado no Diário da República, 1.ª série — N.º 10 — 15 de janeiro de 2013.

¹⁰¹ Sousa, 2013, p. 34.

mencionado regime não resulta, contudo, de nenhuma aplicação retroativa da Lei n.º 23/2010.¹⁰²

1.4.2. O art. 6.º/2 e 3 da LUF

Na sua versão originária, o n.º 2 do art. 6.º da LUF prescrevia que “Em caso de inexistência ou insuficiência de bens da herança, ou nos casos referidos no número anterior, o direito às prestações efectiva-se mediante acção proposta contra a instituição competente para a respectiva atribuição”.¹⁰³

A lei exigia que fosse o membro da união de facto sobrevivente a tomar a iniciativa de propor uma acção para que lhe fossem atribuídas as prestações por morte constantes do art. 3.º da LUF.

Contudo, com as alterações introduzidas na LUF¹⁰⁴ em 2010 o cenário mudou radicalmente, deixando de existir a obrigação de o unido de facto sobrevivente intentar a acção judicial para que possa beneficiar das prestações do Estado, cabendo este ónus à entidade responsável pelo pagamento das prestações.¹⁰⁵

Em 2018, assistimos a uma nova mudança, pois, com a Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, previamente à instauração da acção, a entidade responsável pelo pagamento das prestações deve solicitar meios de prova complementares onde se ateste que os unidos de facto tinham domicílio fiscal comum há mais de dois anos.¹⁰⁶

No respeitante ao art. 6.º, n.º 3 da LUF, este foi introduzido em 2010 e prescrevia que se exceptuavam do previsto no n.º 2 as situações em que a união de facto tivesse durado pelo menos dois anos após o decurso do prazo estipulado no n.º 2 do art. 1.º da LUF, ou seja, o prazo de dois anos com uma vivência em condições análogas às dos cônjuges.¹⁰⁷ Não ignoramos, porém, que também este n.º 3 foi alterado pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro. Neste sentido, atualmente, se, na sequência das diligências previstas no n.º 2, subsistirem dúvidas, a entidade responsável pelo

¹⁰² Neste sentido, “Uma lei é retroactiva quando modifica uma situação jurídica para o passado, ou seja, quando a altera, não a partir do momento da entrada em vigor da lei nova, mas do momento da constituição dessa situação ou de qualquer outro posterior a essa constituição, mas anterior à entrada em vigor da lei nova. Desta definição decorre que não pode ser considerada retroactiva a lei nova que permite a constituição para o futuro de uma situação jurídica com base em factos passados. Se a situação ainda não se constituiu, não há nada que possa ser afectado pela lei nova e, por isso, esta não pode ser qualificada como retroactiva”, Sousa, 2013, p.34

¹⁰³ Cfr. n.º 2 do art. 6.º da LUF na versão original.

¹⁰⁴ Cfr. o art. 6.º, n.º 2 da LUF na redacção dada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

¹⁰⁵ Neste sentido, “(...) haverá uma acção judicial e apenas se a entidade responsável pelo pagamento das prestações por morte entender que existem fundadas dúvidas sobre a existência da união de facto (art. 6.º, n.º 2, da LUF, na redacção desta lei de 2010); e, na eventualidade de ser intentada a acção, o membro sobrevivente da união de facto terá unicamente de demonstrar que vivia em união de facto há mais de dois anos (uma vez que o art. 2020.º foi alterado, como se referiu, e agora o art. 6.º, n.º 1, da LUF, confere o direito às prestações por morte ‘independentemente da necessidade de alimentos’)”, Pinheiro, 2016, p. 567.

¹⁰⁶ Cfr. o atual art. 6.º, n.º 2 da LUF.

¹⁰⁷ Cfr. o art. 6.º, n.º 3 da LUF na redacção dada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

pagamento das prestações deve promover a competente ação judicial com vista à comprovação da existência do domicílio fiscal comum há mais de dois anos.¹⁰⁸

Concluimos, assim, pela existência, atualmente, de uma maior facilidade relativamente à “(...) demonstração dos factos pressupostos pela relevância jurídica da união de facto (...) no caso do acesso às prestações do Estado em caso de morte”.¹⁰⁹

A descrição, feita neste capítulo, dos direitos reconhecidos ao membro sobrevivente da união de facto, tem em vista a constatação da insuficiência dos mesmos, conclusão a que chegamos e que leva à necessidade de tutela do membro sobrevivente da vida em comum sem casamento.

2. Tutela do membro sobrevivente da união de facto noutros ordenamentos jurídicos

2.1. França

O CC francês regula, no título XIII e em conjunto com o *concubinage*, o *pacte civil de solidarité* (conhecido por “PACS”, sigla que passaremos a usar doravante para designar o instituto).

Nos termos do art. 515-1 o PACS é definido como um contrato concluído entre duas pessoas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, que pretendam uma vivência em comum.

O PACS foi instituído em França em 1999.¹¹⁰

Esta lei foi alvo de várias discussões parlamentares, tendo sido publicada no *Journal officiel* de 16 de novembro do mencionado ano depois de o *Conseil Constitutionnel* reconhecer a sua conformidade constitucional, ainda que a mesma tenha sido sujeita a algumas reservas de interpretação.¹¹¹

O debate instaurado à volta da mencionada lei prendia-se com o objetivo de colocar fim à desigualdade existente entre os casais do mesmo sexo sem, contudo, lhes conceder a possibilidade de acesso ao casamento, passando a prossecução deste objetivo pela criação de um instituto que, embora não fosse igual ao casamento, fosse paralelo a este.¹¹²

O PACS é, em primeiro lugar, um contrato. Enquanto contrato, aplicam-se-lhe as exigências comuns aos demais contratos, a saber: capacidade das partes, consentimento livre e esclarecido, objeto e causa, sem prejuízo, no entanto, da existência de particularidades atinentes ao PACS.¹¹³

¹⁰⁸ Cfr. o atual art. 6.º, n.º 3 da LUF.

¹⁰⁹ Xavier, 2015, p. 301.

¹¹⁰ Neste sentido Dauriac, 2017, p. 26.

¹¹¹ Pillebout & Collard, 2016, p. 2.

¹¹² Dauriac, 2017, pp. 26-27.

¹¹³ Beignier & Torricelli-Chrifi, 2021, p. 291.

Existem, perçetivelmente, impedimentos à celebração do PACS, o que ocorre, por exemplo, entre ascendentes e descendentes, entre outros casos, todos consagrados no art. 515-2 do CC francês.

Nos termos do art. 515-3 do CC francês as pessoas que desejam celebrar um PACS têm de apresentar uma declaração conjunta junto do conservador civil do Município onde residem.

A jurisprudência francesa considera que o PACS não cria um vínculo de aliança, associando este apenas ao casamento.¹¹⁴

No atinente à dissolução do PACS, o art. 515-7 prescreve que a mesma ocorre com a morte de um dos parceiros ou com o casamento de um ou de ambos. É, ainda, prevista a dissolução do PACS por declaração conjunta dos membros ou decisão unilateral de um deles.¹¹⁵ Esta dissolução é registada, produzindo efeitos em relação a terceiros.

O art. 515-6 menciona a aplicação ao PACS do art. 831-2, segundo o qual é atribuída ao membro sobrevivente do PACS a faculdade de requerer a atribuição ao mesmo de direitos relacionados com bens imóveis e móveis.¹¹⁶

Nos termos do terceiro parágrafo do art. 515-6, se o PACS cessar por morte de um dos companheiros, o sobrevivente pode invocar o disposto nos dois primeiros parágrafos do artigo 763. Nos termos desta disposição, se, no momento da morte, o companheiro com direito à herança ocupar efetivamente, como residência principal, uma casa pertencente aos membros do PACS ou totalmente dependente da sucessão, o companheiro sobrevivente tem direito, durante um ano, à utilização gratuita dessa habitação, bem como do mobiliário, incluído na sucessão, que pertence à mesma. Mas, pelo contrário, se a habitação estava assegurada por um contrato de arrendamento ou era pertencente em parte indivisa ao falecido, as rendas ou o subsídio de ocupação ser-lhe-ão reembolsados pela herança durante o ano, à medida que forem sendo pagos.¹¹⁷

O ordenamento jurídico francês não atribui ao membro do PACS o estatuto de herdeiro. Caso o membro falecido do PACS tenha nomeado o membro sobrevivente legatário universal e não existam herdeiros legítimos o membro sobrevivente torna-se o

¹¹⁴ Beignier & Torricelli-Chrifi, 2021, p. 290.

¹¹⁵ Neste sentido, o normativo refere que os parceiros que decidam pôr termo ao pacto civil de solidariedade por mútuo acordo devem apresentar ou enviar uma declaração conjunta para o efeito ao conservador do registo civil do local de registo ou ao notário que registou o pacto.

¹¹⁶ Neste sentido, o membro sobrevivente pode requerer: 1.º A propriedade ou o direito de arrendamento do imóvel efetivamente utilizado como habitação, se o falecido aí residia à data do falecimento, e do mobiliário que aí se encontra, bem como do veículo do falecido, se este veículo for necessário para as suas necessidades quotidianas; 2.º A propriedade ou o direito de arrendamento das instalações utilizadas para fins profissionais e efetivamente utilizadas para o exercício da sua profissão, bem como os objetos móveis necessários ao exercício da sua profissão; 3.º Todos os bens móveis necessários ao funcionamento de uma propriedade rural cultivada pelo falecido como agricultor ou meeiro, quando o arrendamento continuar a favor do requerente ou quando for concedido um novo arrendamento ao requerente. *Vide* art. 831-2 do CC francês (tradução nossa).

¹¹⁷ Cfr. art. 763 do CC francês.

único proprietário da propriedade indivisa e dos bens que pertenciam exclusivamente ao falecido.¹¹⁸

2.2. Espanha

A união de facto é designada em Espanha como “*pareja de hecho*”.

Não existe em Espanha, a nível estatal e até à data, uma lei sobre *parejas de hecho* que as regule de forma específica as mesmas. Tal não se afigura um impedimento para que as Comunidades Autónomas espanholas tenham vindo a legislar sobre esta matéria, criando cada uma a sua disciplina própria sobre *parejas de hecho*.¹¹⁹ Não deixa igualmente de existir uma previsão legal geral sobre esta temática.

Em Espanha existe uma regulação própria das uniões de facto que varia em cada comunidade autónoma e ainda nas cidades autónomas. Estando este país dividido atualmente em dezassete comunidades autónomas e duas cidades autónomas, assistimos a dezanove diferentes formas de regular as *parejas de hecho*. Não ignoramos, contudo, a existência de defensores da futura eliminação das diferentes leis que existem sobre este instituto.¹²⁰

A *pareja de hecho* tem o seu antecedente histórico no “concubinato”, expressão que era utilizada para designar a união extramatrimonial ilegítima, mas autorizada entre um homem e uma mulher.¹²¹

Foi com o “*Decreto del alcalde de Vitoria*” de 28 de fevereiro de 1994 que foram regulamentadas em Espanha, pela primeira vez, as formas de convivência alternativas ao matrimónio.¹²²

Um marco importante neste ordenamento jurídico respeitante à *pareja de hecho* prende-se com a *Ley 10/1998*, de 15 de julho. Este diploma legal foi publicado pela Comunidade Autónoma da Catalunha e visou regular as uniões de facto de uma forma independente à da regulação do matrimónio.¹²³ O surgimento da mencionada *Ley* foi fruto de dois fatores essenciais: por um lado, a constatação de que se assistia a um aumento das *parejas de hecho estables* e, por outro lado, a assunção de que esta forma de vivência comum englobava pessoas do mesmo sexo.¹²⁴ A promulgação da mencionada *Ley* pela Catalunha foi seguida pela maior parte das Comunidades Autónomas.¹²⁵

¹¹⁸ Neste sentido Pillebout & Collard, 2016, p. 183.

¹¹⁹ Neste sentido Molina, 2019, p. 187.

¹²⁰ Para a defesa de uma eliminação futura das diversas leis sobre as *parejas* vide Rodríguez, 2002, p. 143.

¹²¹ Neste sentido García, 2021, p. 63. Referindo também o concubinato vide Molina, 2019, p. 15.

¹²² Vide García, 2021, p. 71.

¹²³ Neste sentido Chamorro, 2014, p. 21.

¹²⁴ Vide preâmbulo da *Ley 10/1998*, de 15 de julho.

¹²⁵ Neste sentido García, 2021, p. 71.

As *parejas de hecho* não se encontram reguladas no Código Civil espanhol, apesar de lhes ser feita referência em algumas disposições deste diploma, ainda que não seja utilizada a mencionada designação.¹²⁶

Paralelamente ao que ocorre em Portugal, também em Espanha existe o entendimento de que este ordenamento jurídico não reconhece aos unidos de facto alguns dos direitos de que as pessoas casadas são titulares.¹²⁷

O CC espanhol não considera o unido de facto herdeiro *forzoso* (legitimário), não tendo por isso o mesmo direito à legítima, nem tampouco o menciona no âmbito da sucessão testamentária ou sem testamento, embora fale do convivente no seu art. 831.¹²⁸

Uma vez que não existe um vínculo familiar que possa justificar a sucessão *ab intestato* entre quem vive em *parejas de hecho* (que ocorre quando o unido de facto morre sem deixar disposição testamentária), a sucessão entre estas pessoas só pode ocorrer por via testamentária ou por pactos sucessórios, com recurso às normas testamentárias gerais e deixando salvaguardados os direitos legitimários dos parentes do testador reconhecidos por lei.¹²⁹

A possibilidade de feitura de testamento a favor da pessoa com quem o testador vive em união de facto resulta do princípio *favor testamenti*, segundo o qual deve ser dada prevalência à vontade real dos testadores em contraposição com a rigidez de solenidades que, apenas por razões de segurança jurídica, impõem certas restrições ou limitações à eficácia do testamento.¹³⁰

Os motivos que levam à feitura de testamento a favor de um convivente *more uxorio* são os mais diversos, consubstanciando-se na relação afetiva que tenha levado à união, no desejo do testador de atender à subsistência do convivente, no intuito de compensar o unido de facto pelo trabalho e cuidados prestados ao causante, ou ainda de reparar os prejuízos causados, sendo que em qualquer um destes casos as atribuições são válidas.¹³¹

No que respeita à subrogação arrendatícia, este é, a par da pensão de viuvez a favor da pessoa que vive em união de facto, um dos casos mais estudados no caso das uniões de facto, talvez devido aos pedidos mais frequentes.¹³² Quanto a esta última, é atribuído ao membro sobrevivente da *pareja de hecho* uma pensão designada de *pension de viudedad*, configurada como uma medida destinada a compensar o cônjuge sobrevivente

¹²⁶ Neste sentido García, 2021, p. 125.

¹²⁷ Neste sentido Marrero, 1999, p. 253.

¹²⁸ Neste sentido Chamorro, 2014, p. 286.

¹²⁹ Vide Chamorro, 2014, p. 284.

¹³⁰ Neste sentido Molina, 2019, p. 186.

¹³¹ Vide Marrero, 1999, p. 308.

¹³² Neste sentido Chamorro, 2014, p. 285.

pelo prejuízo financeiro causado pela perda do marido ou da mulher, através de uma prestação da Segurança Social.¹³³

2.3. Reino Unido

No atinente ao Reino Unido urge a necessidade de diferenciar duas situações distintas. Podemos, por um lado, falar de *civil partnership* (parceria civil). Por outro lado, existe ainda a *cohabitation* (coabitação).

A *civil partnership* foi instituída em 2004 através do *Civil Partnership Act 2004*, tendo sido criada enquanto instituto para os casais do mesmo sexo e que tivesse os mesmos efeitos que o casamento.¹³⁴ Atualmente, podem celebrar uma *civil partnership* também os casais de sexo diferente.¹³⁵

Estamos, deste modo, perante uma parceria sujeita a registo, podendo um dos membros requerer ao Tribunal Superior ou ao tribunal de comarca uma declaração relativa à validade de uma parceria civil, sendo as disposições semelhantes às aplicáveis ao casamento, existindo uma similitude entre os dois institutos.¹³⁶

Em caso de morte do outro membro, o membro sobrevivente da parceria civil pode requerer uma pensão de sobrevivência, tendo ainda direito a prestações por morte e a uma indemnização por acidentes mortais ou lesões criminais.¹³⁷ O parceiro civil tem sempre direito aos bens pessoais do parceiro que morre (como por exemplo livros ou jóias, entre outros).¹³⁸ Em relação à morte do parceiro civil arrendatário, a posição de arrendatário transmite-se para o parceiro civil sobrevivente, desde que este residisse na habitação imediatamente antes da morte.¹³⁹

Relativamente à coabitação, esta tem sido utilizada para designar a situação em que duas pessoas vivem juntas como marido e mulher num enquadramento familiar análogo ao casamento, sem, no entanto, terem passado por uma cerimónia de casamento, sendo que estas pessoas que vivem em coabitação são apelidadas de *cohabitantes*, ou seja, coabitantes.¹⁴⁰

Apesar da supramencionada designação, não existe uma definição unânime de *cohabitation*, podendo a mesma variar consoante o diploma legal que esteja em causa, mas as disposições legais que conferem direitos e obrigações aos coabitantes definem a coabitação em termos de uma relação quase conjugal ou de parceria civil e, por vezes,

¹³³ Vide Marrero, 1999, p. 277.

¹³⁴ Neste sentido Lowe & Douglas, 2007, p. 95.

¹³⁵ Vide redação atual do *Civil Partnership Act 2004*.

¹³⁶ Neste sentido Lowe & Douglas, 2007, p. 97.

¹³⁷ Neste sentido Standley, 2008, p. 47.

¹³⁸ Neste sentido Lowe & Douglas, 2007, p. 1097.

¹³⁹ Vide Lowe & Douglas, 2007, p. 1101.

¹⁴⁰ Neste sentido Barlow, 1997, p. 3.

com um requisito mínimo de duração e de residência.¹⁴¹ A título de exemplo, o *Family Law Act 1996* definiu os *cohabitants* como sendo duas pessoas que, não sendo casadas nem parceiros civis, vivem juntas como marido e mulher como se fossem parceiros civis.¹⁴²

Atualmente, a coabitação tem tido uma enorme evolução, tendo aumentado o número de casais, tanto heterossexuais como do mesmo sexo, que vivem juntos fora do casamento.¹⁴³

Contrariamente ao que ocorre no âmbito da *civil partnership* (e, digamos ainda, no âmbito do casamento), não existe, através do registo, prova do estatuto de coabitante, havendo ainda o entendimento de que as partes de uma relação de coabitação poderem ter opiniões diferentes quanto ao facto de serem ou não coabitantes.¹⁴⁴

Contrariamente ao que ocorria anteriormente, quando os *cohabiting couples* eram punidos, atualmente eles são aceites enquanto família, o que não significa, porém, que beneficiem dos mesmos direitos que os seus homólogos casados.¹⁴⁵

Efetivamente, encontram-se numa situação de fragilidade, não lhes sendo atribuído o direito a herdar os bens do outro membro da coabitação em caso de morte deste.¹⁴⁶

No caso de ser celebrado um contrato de arrendamento, se o arrendamento estiver em nome de ambos os coabitantes, o coabitante sobrevivente sucederá automaticamente ao arrendamento. Se, contrariamente, o arrendamento estiver em nome único do coabitante falecido, o sobrevivente pode suceder se satisfizer dois critérios. Em primeiro lugar, o sobrevivente deve ter vivido com o falecido durante todo o período de 12 meses imediatamente anterior ao falecimento deste. Em segundo lugar, o sobrevivente deve corresponder à definição de “membro da família do arrendatário”.¹⁴⁷

Através da análise da vida em comum sem casamento nestes três ordenamentos jurídicos e, mais concretamente, dos direitos atribuídos a um dos membros dessa vivência em caso de morte do outro membro, constatamos que, apesar de algumas similitudes (como ocorre, por exemplo, em França, ao não atribuir o ordenamento jurídico francês ao membro sobrevivente da união de facto o estatuto de herdeiro) não existe uma total correspondência entre a atribuição dos direitos em Portugal e nesses ordenamentos jurídicos. No entanto, podemos afirmar não existir, tal como é possível

¹⁴¹ Neste sentido Standley, 2008, p. 52.

¹⁴² Neste sentido Standley, 2008, p. 53.

¹⁴³ Neste sentido Lowe & Douglas, 2007, p. 99.

¹⁴⁴ Neste sentido Standley, 2008, p. 52.

¹⁴⁵ Vide Probert, 2012, p. 1.

¹⁴⁶ Neste sentido Standley, 2008, p. 53.

¹⁴⁷ Vide Wood *et al.*, 2012, p. 67.

concluir do *supra* descrito, uma total divergência entre os direitos atribuídos ao membro sobrevivente da vida em comum sem casamento.

3. Propostas para proteção do unido de facto sobrevivente

3.1 O unido de facto enquanto legatário

Apesar de todas as alterações legislativas que têm ocorrido, a proteção oferecida pelo direito aos unidos de facto tem uma feição fundamentalmente de género assistencial, dirigindo-se especialmente a contextos de crise na vida dos unidos de facto.¹⁴⁸

Os unidos de facto não estão unidos por laços matrimoniais, mas a união de facto é caracterizada pela existência de uma vida em comum em condições análogas às dos cônjuges,¹⁴⁹ caracterizada, na nossa ótica, por uma plena comunhão de vida.

Não são atribuídos aos unidos de facto efeitos sucessórios que acautelem a posição de um dos membros em caso de morte do outro. Por assim ser, o unido de facto sobrevivente não é herdeiro do membro da união de facto falecido.¹⁵⁰ Contrariamente ao que ocorre noutros ordenamentos jurídicos, onde existe uma atribuição de direitos sucessórios aos unidos de facto iguais aos que são atribuídos aos cônjuges¹⁵¹, em Portugal os membros da união de facto não assumem a posição de sucessores um do outro.

O art. 2030.º do CC, que tem como epígrafe “Espécies de sucessores”, estabelece uma diferenciação entre o herdeiro e o legatário, afirmando que o herdeiro sucede na totalidade ou numa quota do património do falecido e o legatário, contrariamente, sucede em bens ou valores determinados.¹⁵²

Não sendo o unido de facto, como afirmamos, herdeiro, ele pode assumir a posição de legatário em relação ao outro membro da união de facto.

A afirmação do unido de facto enquanto legatário pode resultar, desde logo, dos arts. 1106.º do CC e 57.º do NRAU. Nos termos do art. 5.º, n.º 10 da LUF, na hipótese em que a casa de morada da família em que os unidos de facto levam a cabo a sua plena comunhão de vida é arrendada ao unido de facto que, entretanto, morre, não existe uma caducidade do contrato de arrendamento, transmitindo-se a posição de arrendatário para o membro sobrevivente da união de facto. A qualificação da natureza desta transmissão do arrendamento não é unânime na doutrina. Alguns autores afirmam que estamos perante um legado,¹⁵³ e, pela nossa parte, não podemos deixar de os acompanhar.

¹⁴⁸ Neste sentido Pedro, 2020, p. 135.

¹⁴⁹ Neste sentido Marques, 2022, p. 26.

¹⁵⁰ Neste sentido Xavier, 2015, p. 293.

¹⁵¹ Como é o caso do Brasil, como refere Zamira de Assis, *in* Assis, 2018, p. 243.

¹⁵² Cfr. art. 2030.º, n.º 2 do CC.

¹⁵³ *Vide*, por exemplo, Telles, 1991, p. 83.

Efetivamente, este é um caso de legado *ex lege* uma vez que o unido de facto é designado sucessor pela própria lei, não havendo um verdadeiro fenómeno sucessório.

Por outro lado, na hipótese em que a habitação é propriedade do unido de facto que falece ou compropriedade dos unidos de facto, consideramos que existe um verdadeiro legado legal no atinente aos direitos à permanência na casa e ao seu recheio, havendo um entendimento uniforme da doutrina neste sentido.¹⁵⁴

3.2 Sucessão testamentária

O art. 62.º da CRP consagra o direito à propriedade privada, direito esse em que está incluída a liberdade de dispor, em vida e por morte, do património, mas o qual não pode ser perccionado como um direito totalmente livre e dependente da liberdade individual de cada pessoa.^{155 156}

Em decorrência deste direito, “Em conformidade com a Constituição, a lei sucessória consagra o direito de dispor por morte do próprio património, direito esse que é assegurado sobretudo pelo direito de fazer testamento”.¹⁵⁷

Nos termos do art. 2156.º do CC, “Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários”. Estamos, assim, perante uma parte da herança que, em caso de existência de herdeiros legitimários, pertence aos mesmos.¹⁵⁸

Constatamos, assim, que podemos ter duas situações distintas. Por um lado, podem não existir herdeiros legitimários, caso em que não existe legítima destinada aos mesmos e em que o *de cujus* pode dispor livremente de todo o seu património. Por outro lado, havendo herdeiros legitimários apenas pode ser alvo de disposição a chamada quota disponível, ou seja, o restante da legítima.

Nos termos do n.º 1 do art. 2179.º do CC, “Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles”.

O testamento é um ato de disposição de bens, tendo ainda um conteúdo atípico resultante do n.º 2 do normativo segundo o qual o testador pode inserir no testamento disposições de carácter não patrimonial que serão válidas caso façam parte de um ato

¹⁵⁴ Neste sentido Pedro, 2020, p. 154.

¹⁵⁵ Xavier, 2022, p. 39.

¹⁵⁶ Efetivamente, “Como se verifica a *legítima* é, para o autor da sucessão, a porção de bens de que não pode dispor, por ser destinada aos *herdeiros legitimários*, ou seja, a *quota indisponível*. Vista pelo lado dos herdeiros legitimários, a *legítima* é a porção de bens que lhe é legalmente destinada”, *vide* Amaral, 2016, p. 363.

¹⁵⁷ Xavier, 2016b, p. 23.

¹⁵⁸ Neste sentido Dias, 2018, p. 213. *Vide* também Xavier, 2022, p. 41 para a afirmação de que a reserva legitimária constitui uma restrição aos mencionados direitos de transmissão do património *mortis causa*.

revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de carácter patrimonial.¹⁵⁹

A sucessão testamentária pode, assim, acautelar a posição do unido de facto sobrevivente caso o outro membro da união de facto, no uso da sua autonomia¹⁶⁰, decida fazer um testamento a seu favor. Neste sentido, “Pode, então, um dos unidos de facto, por força do testamento, ser instituído herdeiro do seu companheiro testador ou por ele ser nomeado legatário de algum bem certo e determinado”.¹⁶¹

3.3 Sucessão contratual

Vigora no nosso ordenamento jurídico o princípio da proibição dos pactos ou contratos sucessórios, não deixando de existir, no entanto, exceções a esta proibição.¹⁶²

Sem prejuízo desta proibição, o art. 946.º, n.º 2, do CC prescreve que “Será, porém, havida como disposição testamentária a doação que houver de produzir os seus efeitos por morte do doador, se tiverem sido observadas as formalidades dos testamentos”.¹⁶³

Não estando a união de facto sujeita a nenhum regime de bens, é colocada a questão de saber se os membros da união de facto podem regular os aspetos patrimoniais da relação existente entre eles, o que ocorre, por exemplo, inventariando os bens que levam para a união de facto.¹⁶⁴

Não encontramos nenhum fator que possa levar a uma resposta negativa a esta questão ou à nulidade da celebração de um contrato, apelidado de “contrato de coabitação”.

Constatamos, assim, que, apesar de ser admissível a celebração de um contrato de coabitação para conformação dos efeitos patrimoniais da união de facto, tal contrato não poderá ser celebrado com o objetivo de os unidos de facto “(...) conformarem os efeitos jurídicos que pretendem venham a produzir-se em caso de dissolução da união de facto, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 8.º da LUF, pela morte de um dos companheiros”.¹⁶⁵

Porém, é nosso entendimento que, como transparece do art. 946.º, n.º 2, do CC, não poderá ser considerada inválida a doação que, só produzindo efeitos por morte do membro da união de facto doador, possa ser havida como disposição testamentária na eventualidade de terem sido observadas as formalidades dos testamentos.

¹⁵⁹ Neste sentido Dias, 2010, p. 190.

¹⁶⁰ Para a autonomia do testador *vide* Campos & Campos, 2017, p. 176.

¹⁶¹ Pedro, 2020, p. 139.

¹⁶² Cfr. art. 2028.º do CC.

¹⁶³ Neste sentido Sousa, 2012, pp. 165-166.

¹⁶⁴ Neste sentido Coelho & Oliveira, 2018, p. 83.

¹⁶⁵ Pedro, 2020, p. 138.

3.4 Sucessão legítima

Esclarecemos já o facto de o unido de facto não estar incluído nem no elenco de herdeiros legitimários¹⁶⁶ nem no elenco de herdeiros legítimos¹⁶⁷.

No que concerne à sucessão legítima, sucessão supletiva por natureza, a mesma justifica-se pela “(...) necessidade de não deixar *nullius* as situações jurídicas que haviam pertencido ao autor da sucessão”.¹⁶⁸

O fundamento da sucessão legítima era encarado como correspondendo à vontade presumida do falecido.¹⁶⁹ Apesar de se afirmar que tal entendimento foi alvo de rejeição pela doutrina contemporânea,¹⁷⁰ não deixa de haver defensores do fundamento da sucessão legítima enquanto vontade presumida do falecido,¹⁷¹ entendimento esse que sufragamos.¹⁷²

O art. 1577.º do CC, relativo à noção de casamento, prescreve que “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. Estamos, aqui, perante “(...) o *acto* jurídico fundamental do direito da família, pois através do vínculo matrimonial se constitui o cerne da sociedade familiar”.¹⁷³

É um dado adquirido o facto de existir uma nítida separação entre a união de facto e o casamento, isto porque há “(...) um paralelismo inevitável entre a união de facto e o casamento, uma vez que se espera uma ligação afetiva similar (*affectio maritalis*), mas tal não significa que a união de facto seja um sucedâneo do casamento”.¹⁷⁴

Em nenhum momento pretendemos uma equiparação total do unido de facto ao cônjuge, o que se revela oposto ao cerne do instituto do casamento e à solenidade intrínseca ao mesmo, a qual não existe no âmbito da união de facto.¹⁷⁵

Esta separação é justificável e inevitável pois, perante todos os fatores que diferenciam o casamento e a união de facto, não poderíamos de modo algum aproximar a disciplina de ambas as situações ao ponto de não ser possível diferenciá-las. Contudo,

¹⁶⁶ Nos termos do art. 2157.º do CC “São herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima”.

¹⁶⁷ Nos termos do art. 2133.º, n.º 1, do CC, “1. A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adopção, é a seguinte: a) Cônjuge e descendentes; b) Cônjuge e ascendentes; c) Irmãos e seus descendentes; d) Outros colaterais até ao quarto grau; e) Estado”.

¹⁶⁸ Ascensão, 2000, p. 333.

¹⁶⁹ Neste sentido Coelho, 1992, p. 298 e Xavier, 2022, p. 333.

¹⁷⁰ Neste sentido Coelho, 1992, p. 298.

¹⁷¹ Além deste fundamento, são ainda invocados os fundamentos da garantia do “(...) prosseguimento normal das relações jurídicas de que o *de cujus* era titular (...) [E, por outro lado, a] Proteção e salvaguarda que entre si devem ter os membros de cada agregado familiar e que, no caso, passa por manter os bens no seio da família”, Chaves, 2011, p. 96.

¹⁷² Não ignoramos, contudo, a existência de defensores do entendimento segundo o qual o fundamento da sucessão legítima “(...) se encontra nas raízes familiares do direito de propriedade”, *vide* Campos & Campos, 2017, p. 154.

¹⁷³ Varela, 1999, p. 177.

¹⁷⁴ Rossana, 2020, p. 20.

¹⁷⁵ Para a defesa da não equiparação do estatuto dos cônjuges aos unidos de facto com base no facto de estarmos perante situações materialmente diferentes, *vide* Ac. do TRE de 10-09-2020, Proc. 2240/19.OT8FAR.E1.

apesar de não ser possível a existência de uma total aproximação destas duas formas de vida em comum, nem tal defendemos, consideramos que os direitos que são atribuídos ao membro sobrevivente da união de facto ficam muito aquém daqueles que deveriam, na nossa ótica, ser atribuídos ao mesmo, comparativamente com o cônjuge sobrevivente. Efetivamente, existe uma plena comunhão de vida com características que aproximam a união de facto do casamento (na qual não ignoramos a presença de exceções, como por exemplo a ausência de deveres conjugais). Por assim ser, os direitos atribuídos aos unidos de facto não devem ficar, como ficam, muito aquém daqueles que seriam necessários para acautelar a posição de um dos membros em caso de morte do outro, evitando que ficasse numa situação de fragilidade.

Através de tudo o que até aqui foi exposto, é possível afirmar claramente que “(...) ter-se-á fugido à regulamentação excessiva das uniões de facto, principalmente quanto aos deveres dos companheiros e quanto ao mínimo de solidariedade exigida (...)”.¹⁷⁶ É absolutamente necessário e premente, neste sentido, equacionar soluções que se afigurem exequíveis para proteção do unido de facto sobrevivente e que podem ter ficado de fora do espectro de direitos atribuídos ao membro sobrevivente da união de facto em caso de morte do outro membro.¹⁷⁷

Apesar das diferenças evidentes, não consideramos que existe uma diferença de relevo entre os institutos do casamento e da união de facto, tendo havido um alargamento das medidas de proteção da união de facto.¹⁷⁸ Alargamento esse que ainda não é, contudo, o desejado.

Urge, neste sentido, inserir o unido de facto no elenco de herdeiros legítimos numa classe que preceda a dos irmãos e sobrinhos do falecido.

Efetivamente, acompanhamos quem¹⁷⁹ tem o entendimento de que o unido de facto poderia integrar a escala de sucessíveis na sucessão legítima. Porém, não podemos ignorar o que o art. 2.º, alínea c) da LUF prescreve quanto ao impedimento à atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte, fundados na união de facto, no caso de existir um casamento não dissolvido (salvo se tiver sido decretada a separação de bens).

Não estamos perante uma situação que invoca uma interpretação extensiva nem tampouco uma aplicação analógica.¹⁸⁰ Consideramos, pelo contrário, que estamos perante uma situação que carece de regulamentação jurídica.¹⁸¹

¹⁷⁶ Xavier, 2015, p. 286.

¹⁷⁷ Com esta afirmação não pretendemos transmitir uma ideia de necessidade de extensão da posição sucessória do cônjuge sobrevivente ao membro sobrevivente da união de facto, tendo em conta todos os fatores que distanciam os mesmos. Neste sentido Coelho, 2020, p. 118.

¹⁷⁸ Neste sentido Corte-Real, 2011, p. 87.

¹⁷⁹ Vide Coelho, 2016, pp. 103-104.

¹⁸⁰ Neste sentido Pedro, 2020, p. 142.

¹⁸¹ Em sentido contrário vide Pedro, 2020, p. 142.

Esta necessidade de regulamentação justifica-se por razões de justiça uma vez que, sendo característica da união de facto uma plena comunhão de vida em que existe uma contribuição de ambos os companheiros para as despesas do agregado familiar, deve existir uma compensação atribuída ao unido de facto sobrevivente decorrente da confiança existente entre os membros da união de facto e do esforço comum no âmbito do desenvolvimento da relação afetiva que caracteriza a união de facto. Sendo a união de facto encarada como uma vivência análoga à dos cônjuges, nitidamente que a relação que caracteriza assume uma maior intensidade do que aquela que se estabelece entre o unido de facto e os seus irmãos.

Por outro lado, é de suma importância mencionar o art. 496.º do CC. Efetivamente, o unido de facto aparece, enquanto beneficiário da indemnização por danos patrimoniais em caso de morte do outro membro da união de facto, com precedência em relação aos irmãos do membro sobrevivente. Existe, assim, uma previsão paralela no CC que pode anteceder a inserção do unido de facto no elenco dos designados legítimos.

Por esta razão, deverá a lei dar precedência ao unido de facto sobrevivente relativamente ao irmão do falecido como designado legítimo, acautelando assim a sua situação no caso de morte do outro membro da união de facto.

Conclusões

A institucionalização da comunhão de vida sem casamento no ordenamento jurídico português iniciou-se com a Lei n.º 135/99 de 18 de agosto e com a consequente atribuição ao unido de facto sobrevivivo dos direitos referentes ao acesso às prestações por morte e à casa de morada da família. Contudo, ainda antes da entrada em vigor desta lei já lhe havia sido reconhecido no art. 2020.º do CC, pela reforma de 1977, o direito a alimentos sobre a herança do falecido.

Pouco tempo depois, a Lei n.º 135/99 de 18 de agosto foi revogada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que passou a admitir a união de facto entre pessoas do mesmo sexo. Esta lei ainda não consagrava um regime benéfico para o unido de facto sobrevivivo, nomeadamente porque persistiam exigências relacionadas com a prova da necessidade de alimentos como pressuposto da atribuição de prestações sociais.

A Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, introduziu alterações à LUF, tendo alargado o âmbito de proteção do unido de facto sobrevivivo, nomeadamente no que se refere a alguns pressupostos de atribuição de prestações sociais.

Foi percecionada a insuficiência dos mencionados direitos, bem como a situação de vulnerabilidade em que se encontra o membro sobrevivivo da união de facto.

Não obstante existirem alguns meios de proteção (direitos atribuídos) do unido de facto sobrevivivo, a sua posição continua a ser de fragilidade, fragilidade esta em boa parte resultante da opção do legislador em não formalizar a união de facto, não sendo a mesma alvo de registo no nosso ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico francês, à semelhança do que ocorre no nosso país, o PACS não atribui aos parceiros direitos sucessórios, limitando-se a conferir aos membros do PACS um direito temporário à habitação e um direito de preferência sobre a mesma e o respetivo recheio. Contudo, diferentemente do que ocorre em Portugal, os membros do PACS têm de apresentar uma declaração conjunta perante o conservador do registo civil do município em que residem. Resulta, assim, do ordenamento jurídico francês, uma solidariedade reforçada do membro sobrevivivo e uma facilidade de prova uma vez que existe registo civil.

Em Espanha cada comunidade autónoma tem uma regulação própria para as *parejas de hecho*. No que respeita aos efeitos da dissolução da *pareja de hecho* em caso de morte de um dos seus membros, as soluções variam, no entanto, todas elas coincidem em remeter, em primeiro lugar, para o regime estipulado pelas partes.

Em Inglaterra, é necessário que se distingam duas situações diferentes. Por um lado, existem os *cohabitants*, ou seja, pessoas que vivem juntas, estando estas numa situação de elevada fragilidade, uma vez que não lhes são reconhecidos quaisquer direitos. No entanto, as pessoas que vivem juntas podem decidir registar uma *civil*

partnership e, neste caso, terão uma posição com maior segurança, sendo-lhes atribuídos, no caso de morte do outro parceiro civil, certos direitos.

Tendo em conta que, entre os unidos de facto, se realiza uma plena comunhão de vida caracterizada por um esforço conjunto e colaboração na vida quotidiana que aproxima estes membros da união de facto dos cônjuges, os unidos de facto merecem uma regulação que acautele a sua posição, na eventualidade de um dos membros da união de facto morrer. Tal proteção deve passar, designadamente, pela atribuição de efeitos sucessórios legais. Muito embora os unidos de facto não sejam membros de uma relação jurídica familiar, devem ser legalmente compensados pela confiança e pelo esforço comum.

Deverão existir, assim, mecanismos que atuem no sentido de acautelar a posição do unido de facto sobrevivente, para além da sucessão voluntária, testamentária e contratual. Afigura-se-nos como sendo a melhor proposta para acautelar a proteção do unido de facto sobrevivente a inclusão do unido de facto no elenco dos sucessíveis legítimos, com precedência em relação aos irmãos, fundamentada no esforço conjunto que é feito por ambos os membros da união de facto e remetendo-se para vontade presumida do *de cuius*.

Bibliografia

- AMARAL, J. A. P. (2016). *Direito da família e das sucessões*, 3.^a edição. Almedina.
- ASCENSÃO, J. O. (2000). *Direito civil: sucessões*, 5.^a edição revista. Coimbra Editora.
- ASSIS, Z. (2018). O tratamento e a gradação sucessória do cônjuge sobrevivente na sucessão legítima e a sucessão na união de facto (união estável): Análise comparativa entre o direito português e o direito brasileiro. In Abrantes, J.J. (coord.). *50 anos do Código Civil de 1966*, pp. 219-254. Almedina.
- BARLOW, A. (1997). *Cohabitants and the Law*. Butterworths.
- BEIGNIER, B. & S. TORRICELLI-CHIRIFI, S. (2021). *Droit des régimes matrimoniaux, du PACS et du concubinage*, 7.^a edição. LGDJ.
- CARVALHO, T. (2004). A união de facto: a sua eficácia jurídica. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 – Vol. I, Direito da Família e das Sucessões*, pp. 221-255. Coimbra Editora.
- CHAMORRO, M. E. S. (2014). *Las parejas de hecho y su marco legal*. Madrid: Editorial Reus.
- CHAVES, J. Q. (2010). *Casamento, divórcio e união de facto (de acordo com as Leis n.ºs 29/2009, 103/2009, 9/2010 e 44/2010 e Decreto-Lei n.º 121/2010)*, 2.^a edição (revista, actualizada e aumentada). Quid Juris Sociedade Editora.
- CHAVES, J. Q. (2011). *Heranças e partilhas doações e testamentos*, 3.^a edição (actualizada e aumentada). Quid Juris Sociedade Editora.
- CID, N. S. (1994). *União de facto e direito: Indecisão ou desorientação do legislador?* Separata da *Revista Economia e Sociologia*, n.º 57.
- CID, N. S. (1996). *A protecção da casa de morada da família no direito português*. Coimbra: Almedina.
- CAMPOS, D. L. & M. M. (2017). *Lições de direito das sucessões*. Coimbra: Almedina.
- COELHO, F. M. P. (1992). *Direito das sucessões*. Edição processada em computador – João Abrantes, Coimbra.
- COELHO, F. M. P. (2016). *Os factos no casamento e o direito na união de facto: Breves observações*. Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, <https://ucdigitalis.uc.pt/pombalina/item/69308>.
- COELHO, F. M. B. P. (2020). Estatuto patrimonial da união de facto: Possibilidades e limites da extensão (“teleológica”) do regime do casamento. *Julgar*, n.º 40, pp. 99-120.
- COELHO, F.P. & OLIVEIRA, G. O. (2018). *Curso de direito da família*. Vol. I – *Introdução direito matrimonial*, 5.^a edição, Imprensa da Universidade de Coimbra.
- CORTE-REAL, C. P. & PEREIRA, J.S. (2011). *Direito da família – tópicos para uma reflexão crítica*, 2.^a edição actualizada, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- CRUZ, R. M. (2020). Soluções patrimoniais pós-rutura da união de facto – Ac. do STJ de 4.7.2019, Proc. 2048/15.1T8STS.P1.S1. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 71, pp. 3-37.
- CRUZ, R. M. (2023). *União de facto vs. Casamento – Questões pessoais e patrimoniais*, 2.^a edição revista e atualizada. GESTLEGAL.
- DAURIAC, I. (2017). *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, 5.^a edição. LGDJ.

- DIAS, C. M. A. (2005). Dissolução da união de facto – Ac. do TRG de 29.9.2004, Proc. 1289/04. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, pp. 63-80.
- DIAS, C. A. (2010). *Lições de direito das sucessões*. Coimbra: Almedina
- DIAS, C. M. A. (2012). Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. VI, pp. 451-470. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- DIAS, C. A. (2018). *Código Civil anotado*. Livro V: *Direito das Sucessões*. Almedina.
- FERNANDES, L. A. C. (2012). *Lições de direito das sucessões*. 4.ª edição (revista e actualizada). Quid Juris Sociedade Editora.
- GARCIA, M.O. (2002). Transmissão do direito ao arrendamento habitacional por morte do arrendatário – Alterações introduzidas pelas leis n.º 6/2001 e n.º 7/2001, ambas de 11 de maio. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVIII, pp. 629-637.
- GARCÍA, J. D. A. (2021). *Las parejas de hecho – Nuevas tendencias*. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Editorial Ubijus, Reus Editorial.
- GOMES, J.M.V. (2017). O enriquecimento sem causa e a união de facto. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 58, pp. 3-22.
- LOWE, N. V. & DOUGLAS, G. (2007). *Bromley's family law*. 10.ª edição. Oxford University Press.
- MARRERO, C. M. (1999). *Las uniones de hecho – Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Aranzadi Editorial.
- MARQUES, J. P. R. (2022). *Direito da família, estudos*. GESTLEGAL
- MOLINA, A. A. M. (2019). *Los efectos derivados de las rupturas de las parejas de hecho*. Wolters Kluwer.
- MOTA, H. (2001). O problema normativo da família – Breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adoptadas pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto. In *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, pp. 535-562. Coimbra Editora.
- OLIVEIRA, G. (2010). Notas sobre a lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (alteração à lei das uniões de facto). *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 14, pp.139-153.
- PASSINHAS, S. (2019). A união de facto em Portugal. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 11, pp. 110-147.
- PEDRO, R.T. (2016). *Breves reflexões sobre a protecção do unido de facto quanto à casa de morada da família propriedade do companheiro falecido*. Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 307-346. http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Textos_de_Direito_da_Familia.pdf.
- PEDRO, R.T. (2020). *Da protecção sucessória do unido de facto. Casamento & união de facto – questões da jurisdição civil*. Centro de Estudos Judiciários, pp. 135-163. https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Vlcj_6pom9Y%3D&portalid=30.
- PILLEBOUT, J-F. & COLLARD, F. (2016). *Le PACS – Le pacte civil de solidarité*, 4.ª edição. LexisNexis.
- PINHEIRO, J.D. (2016). *O Direito da família contemporâneo*, 5.ª edição. Almedina.

- PROBERT, R. (2012). *The changing legal regulation of cohabitation – From fornicators to family, 1600-2010*. Cambridge University Press.
- PITÃO, F. (2000). *União de facto no direito português (A propósito da lei n.º 135/99, de 28/08)*. Coimbra: Almedina.
- PITÃO, F. (2004). Os novos casamentos ou a crise do casamento tradicional no direito português. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 – Vol. I: Direito da Família e das Sucessões*, pp. 175-219. Coimbra Editora.
- PITÃO, F. (2017). *União de facto no direito português*. Quid Juris Sociedade Editora.
- RODRÍGUEZ, C. A. (2002). *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- ROSA, J.P. (2006). Ainda a união de facto e a pensão de sobrevivência. *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 5, pp. 111-115.
- SOUSA, M. T. (2011). Regime da união de facto e aplicação da lei no tempo – Ac. do STJ de 6.7.2011, Proc. 23/07. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 36, pp. 50-61.
- SOUSA, M. T. (2013). De novo sobre o regime da união de facto e a aplicação da lei no tempo – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2013, de 15.3.2012, Ver. 772/10. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 42, pp. 27-35.
- SOUSA, R. C. (2012). *Lições de direito das sucessões*, vol. I, 4.ª edição renovada. Coimbra Editora
- STANDLEY, K. (2008). *Family law*, 4.ª edição. Palgrave Macmillan.
- TELLES, I. G. (1991). *Direito das sucessões – Noções fundamentais*. 6.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora.
- TOMÉ, M. J. R. C. V. (2020). Código Civil anotado – Livro IV. In Sottomayor, C. (coord.). *Direito da Família*. Coimbra: Almedina.
- VARELA, A. (1999). *Direito da família*, vol. 1, 5.ª edição revista, actualizada e completada. Livraria Petrony, Lda.
- VARELA, J. de M. A. & PIRES DE LIMA (1995). *Código Civil anotado*, vol. V. Coimbra Editora.
- WOOD, H. et al. (2012). *Cohabitation – Law, practice and precedents*. 5.ª edição. Family Law.
- XAVIER, R.L. (2002). Novas sobre a união “more uxório” em Portugal. In *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, pp. 1393-1406. Universidade Católica Editora.
- XAVIER, R.L. (2004a). Uniões de facto e pensão de sobrevivência: Anotação aos acórdãos do tribunal constitucional n.ºs 195/03 e 88/04. *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, pp. 16-24.
- XAVIER, R.L. (2004b). O regime dos novos arrendamentos urbanos e a perspectiva do Direito da Família. Separata da *Revista “O Direito”*, pp. 315-334.
- XAVIER, R.L. (2014). O público e o privado no direito da família. *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 79, n.º 4, pp. 659-679.
- XAVIER, R.L. (2015). O “estatuto privado” dos membros da união de facto. *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, pp. 283-316.

- XAVIER, R.L. (2016a). A união de facto e a lei civil no ensino de Francisco Manuel Pereira Coelho e na legislação atual. In Oliveira, G. (coord.). *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 653-691.
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20183/5/A%20união%20de%20facto%20e%20a%20lei%20civil%20no%20ensino%20de%20Francisco%20Manuel%20Pereira%20Coelho....pdf>.
- XAVIER, R.L. (2016b). *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do direito das sucessões*. Porto: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, R.L. (2022). *Manual de direito das sucessões*. Coimbra: Almedina.

Referências jurisprudenciais:

- Ac. do STJ de 28-02-2008, Proc. 07A4799 (Garcia Calejo)
- AUJ de 15-03-2012, Proc. 772/10.4TVPRT.P1.S1 (Abrantes Geraldês)
- Ac. do STJ de 14-07-2016, Proc. 2637/04.0TBVCD-L.P1.S1 (Fernandes do Vale)
- Ac. do STJ de 22-03-2018, Proc. 6380/16.9T8CBR.C1.S1 (Rosa Tching)
- Ac. do TC n.º 275/02 de 19 de junho de 2002 (Paulo Mota Pinto)
- Ac. do TC n.º 86/2007 de 6 de fevereiro de 2007 (Paulo Mota Pinto e Maria Fernanda Palma)
- Ac. do TRC de 07-07-2009, Proc. 449/06.5TBFVN.C1 (Arlindo Oliveira)
- Ac. do TRE de 17-03-2010, Proc. 23/07.9TBSB.E1 (João Marques)
- Ac. do TRE de 10-09-2020, Proc. 2240/19.0T8FAR.E1 (Tomé Ramião)
- Ac. do TRG de 23-11-2017, Proc. 2299/13.3TBBC.L1.G1 (Maria Amália Santos)
- Ac. do TRG de 30-04-2020, Proc. 2449/18.3T8VRL.G1 (Raquel Baptista Tavares)
- Ac. do TRL de 21-03-2007, Proc. 2586/2007-8 (Salazar Casanova)
- Ac. do TRL de 11-10-2007, Proc. 7402/2007-6 (Olindo Geraldês)
- Ac. do TRL de 15-11-2011, Proc. 2309/10.6TVLSB.L1-1 (Rosário Gonçalves)
- Ac. do TRL de 24-05-2011, Proc. 6014/09.8TVLSB.L1-7 (Roque Nogueira)
- Ac. do TRL de 17-05-2012, Proc. 341/10.9TJLSB.L1-2 (Jorge Vilaça)
- Ac. do TRP de 04-05-2022, Proc. 4182/19.0T8GDM.P1 (Anabela Dias da Silva)

Sítios consultados na Internet:

- <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf> (CC francês)
- <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> (CC Espanhol)
- <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/1998/07/15/10> (*Ley* 10/1998, de 15 de julho)
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/contents> (*Civil Partnership Act* 2004)

Internamento em Centro Educativo:
A dualidade entre oportunidades e obstáculos

Reflexão crítica ao regime

Leonor Martins da Cruz

Sob a orientação da Professora
Doutora Sandra Tavares

Agradecimentos

Aos meus Pais e à minha Avó, a quem devo tudo, obrigada pelo apoio incondicional.

Ao meu Avô. Se estivesse presente, sei que estaria a sorrir.

Às Ineses, à Matilde e à Mariana, por terem vivido ao meu lado e do meu lado as alegrias e tristezas desta viagem. Pela amizade.

Ao Lourenço. Pelo amor e companheirismo.

À minha Orientadora, pelos sábios conselhos, pela paciência, pela ajuda.

À Universidade Católica Portuguesa do Porto, por uma jornada inesquecível.

Resumo

No decurso da presente dissertação, propomo-nos a examinar e a refletir sobre a intervenção tutelar educativa. Perante o fenómeno da delinquência juvenil, Portugal entendeu que devem ser as necessidades de educação para o Direito a nortear e legitimar a aplicação de medidas tutelares educativas a menores, com idades compreendidas entre os 12 e 16 anos, que pratiquem factos qualificados pela lei como crimes.

A medida de internamento em Centro Educativo surge como medida a aplicar em *ultima ratio*. Implicando necessariamente a privação da liberdade do menor, as controvérsias em seu torno prolongam-se no tempo: desde o paradoxo presente na preparação para a liberdade através da privação da liberdade aos desafios relacionados com a saída do menor do Centro, findo o internamento. Afirmando alguns a irracionalidade da medida pela contradição que encerra, outros veem nela uma verdadeira oportunidade de alterar o trajeto de vida dos jovens infratores.

A partir de uma análise dos contributos doutrinários na matéria, procuraremos compreender qual é, afinal, a potencialidade do internamento e de que forma se poderão transformar falhas em triunfos.

Palavras-chave: menor; delinquência; família; necessidade; educação para o Direito; internamento; liberdade.

Abstract

In the course of this dissertation, we aim to examine and reflect upon educational tutelary intervention. Faced with the phenomenon of juvenile delinquency, Portugal has decided that the educational needs for Justice should guide and justify the application of educational measures to minors between the ages of 12 and 16 who have committed acts classified by law as crimes.

The measure of custody in an Educational Centre is the last resort. Since it necessarily involves the deprivation of the minor's freedom, the controversies surrounding it have lasted over time: from the paradox of preparing for freedom through deprivation of freedom to the challenges related to the minor's exit from the Centre after custody. While some claim that the measure is irrational because of the contradiction it contains, others see it as a real opportunity to change the life path of young offenders.

Based on an analysis of the doctrinal contributions on the subject, we will try to understand what the measure's potential is and how failures can be transformed into triumphs.

Keywords: minor; delinquency; family; necessity; education for Justice; custody; freedom.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art(s).	Artigo(s)
CAFCE	Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos
CAIDJCV	Comissão de Análise Integrada da Delinquência Juvenil e da Criminalidade Violenta
CE	Centro Educativo
<i>Cf.</i>	Confrontar
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGRSP	Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais
DL	Decreto-Lei
<i>Et al.</i>	<i>Et alii</i> – e outros
GT-LTE	Grupo de Trabalho – Lei Tutelar Educativa
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
LPI	Lei de Proteção à Infância
LTE	Lei Tutelar Educativa
MP	Ministério Público
N.º(s)	Número(s)
NU	Nações Unidas
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> – obra(s) citada(s)
OTM	Organização Tutelar de Menores
P(p).	Página(s)
P. ex.	Por exemplo
PEP	Projeto Educativo Pessoal
PIE	Projeto de Intervenção Educativa
Proc.	Processo
RASI	Relatório Anual de Segurança Interna
<i>s/d</i>	<i>Sine data</i> – sem data
<i>s/p</i>	Sem página
SCML	Santa Casa da Misericórdia de Lisboa
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa

Índice

Introdução	6
Capítulo I – A delinquência juvenil	8
Capítulo II – A evolução do direito penal de menores	10
Capítulo III – Enquadramento legal: A Lei Tutelar Educativa	14
Capítulo IV – O internamento em Centro Educativo	18
Capítulo V – Reflexão crítica	23
1. A contradição (in)eficaz do internamento	23
2. Revisitar o regime aberto	28
3. Transição para a liberdade: Desafios e perspetivas futuras	33
4. A família e o seu papel	38
Conclusão	40
Referências bibliográficas	43
Jurisprudência	46
Relatórios e outros	47

Introdução

A delinquência juvenil tem sido e continua a ser, cada vez mais, uma preocupação que deve ser, não só do Estado, mas de toda a sociedade.

Em 2022, no âmbito deste fenómeno, foram 1.687 as participações registadas (aumento de 50,6% relativamente a 2021)¹ e 7.756 os inquéritos tutelares educativos iniciados (aumento de 2.003 relativamente a 2021)². Além da preocupação acionada pelas percentagens, a matéria da delinquência juvenil conquistou, desde logo, a nossa atenção aquando da sua lecionação na unidade curricular “Direito Penal de Menores”. Foi nesse momento que constatámos a falta de interesse do Estado no que toca à reeducação dos jovens que “caem” em caminhos desviantes – o setor dos jovens delinquentes continua a ser o “parente pobre”³ da justiça. Tendo isso em conta, julgamos ser pertinente, no espaço da presente dissertação, (re)pensar e refletir sobre a intervenção realizada ao nível da justiça juvenil, nomeadamente quando está em causa a aplicação da medida tutelar de internamento em Centro Educativo.

*Delinquência juvenil é uma fase em que nós estamos a crescer e aprender o que é que é a vida, e depois dão-nos aqui penas de dois anos, três, e depois o que é querem que faça? (Ruben, 17 anos)*⁴.

Para a investigação do tema, revelou-se adequada a pesquisa e análise da jurisprudência, de estudos realizados pela doutrina e de relatórios oficiais das diversas entidades. Mais do que propor potenciais soluções, tencionamos assinalar e problematizar os numerosos bloqueios de cariz prático, associados à medida de internamento, que têm impedido uma real e eficaz intervenção junto dos jovens infratores.

Com esse objetivo, começaremos por explorar, no capítulo I, o conceito de delinquência juvenil. Deste fenómeno, partimos, no capítulo II, para a análise da evolução das abordagens adotadas em relação aos jovens infratores. Acolhendo alguns países sistemas de proteção e sistemas de justiça, Portugal optou, antes, por caminhar numa “terceira via”, que pretende conciliar a ideia de responsabilização com a ideia de (re)educação do menor. Esta via, consolidada na LTE, veio definir os contornos daquele que é, hoje, o nosso Direito Penal de Menores. É, portanto, no capítulo III que iremos conhecer a LTE. Ao dissecarmos esta lei, pretendemos compor a base da intervenção

¹ RASI, 2022, p. 15.

² *Ibidem*, p. 45.

³ Expressão utilizada, em 2023, pela Coordenadora da CAFCE [Maria do Rosário Carneiro].

⁴ Manso & Almeida, 2010, p. 33.

tutelar educativa, preparando-nos para direccionar a nossa atenção para o foco principal deste trabalho: o internamento em CE.

Ora, uma das medidas tutelares educativas oferecida pela LTE, enquanto reação à prática, por um menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de um facto qualificado pela lei como crime, consiste no internamento em CE. Ao longo do capítulo IV, será apresentada a caracterização desta medida institucional, que pode ser executada em regime aberto, semiaberto e fechado, e que se apresenta como última instância por significar a privação da liberdade do jovem.

De seguida, no capítulo V, passaremos à apreciação crítica do regime e eficácia da medida de internamento. Como melhor veremos, o fim último de todas as medidas é a educação para o Direito, preparando o menor para uma vida responsável em liberdade. Assim sendo, questiona-se: até que ponto é possível preparar um menor para a liberdade, privando-o dessa mesma liberdade? Não será contraditório? Para além disso, é discutida a utilidade do regime aberto, em que há pouco acompanhamento do jovem, equacionando-se, até, a sua eliminação. Cessando o internamento e regressando o menor à liberdade, novas interrogações nascem: e a partir daqui? De forma a (tentar) decifrar as respostas aos pontos supramencionados, afigura-se-nos relevante o estudo da literatura já cimentada sobre a matéria.

Terminaremos o presente trabalho com as conclusões e sugestões finais, à luz do estudo realizado, na esperança de podermos contribuir para o aperfeiçoamento da intervenção junto daqueles que são o futuro – os jovens.

Capítulo I – A delinquência juvenil

Embora não recente, o conceito de delinquência juvenil persiste difícil de traçar. Numa perspetiva social, podemos encará-lo como sendo o comportamento que o jovem estabelece com o meio que o rodeia; numa perspetiva jurídico-penal, o conceito será definido a partir da lei, sendo delinquente o indivíduo que praticou atos que merecem uma intervenção legal⁵.

De um modo geral, é possível dizer que “os comportamentos que são considerados delinquentes incluem delitos que são crime, se cometidos por um adulto, bem como uma variedade de comportamentos que são ilegais devido à idade do jovem”⁶. Assim, quando falamos em delinquência juvenil, falamos da prática de atos contrários à “normatividade”⁷ durante a infância e a adolescência⁸.

Em 2022, a delinquência juvenil registou um aumento de 50,6% no número de ocorrências⁹. No sentido de combater este crescimento, foi criada, através do Despacho n.º 7870-A/2022, de 27 de junho, a Comissão de Análise Integrada da Delinquência Juvenil e da Criminalidade Violenta, cuja finalidade consiste na apresentação de propostas tendo em vista a diminuição da delinquência juvenil e criminalidade violenta. Esta Comissão apresenta um carácter multidisciplinar, com vista a uma análise o mais completa possível do panorama da delinquência. Afinal, tal como é dito no preâmbulo do Despacho, “para uma intervenção com eficácia crescente é necessário conhecer de forma o mais aprofundada possível a realidade existente”.

A delinquência juvenil surge associada a diversos fatores. Deste modo, não basta identificar o comportamento praticado, tendo este de ser “[...] analisado sob o ponto de vista dos quadros sociais e contextos de socialização do meio onde se produz [...]”¹⁰. Embora o fenómeno não selecione “alvos”, podendo qualquer jovem infringir a lei, é incontestável que, em grande parte das situações, está em causa uma infância marcada por famílias disfuncionais¹¹, violência, problemas financeiros e más influências¹².

Evidências científicas mostram que o stress associado a uma trajetória pessoal em condições de privação social, em ambientes linguísticos empobrecidos ou a exposição regular a traumas e violência são alguns dos

⁵ Ferreira, 1997, p. 916.

⁶ Negreiros, 2001, p. 14.

⁷ Manso & Almeida, 2010, p. 24.

⁸ Ferreira, 1997, p. 916.

⁹ RASI, 2022, p. 10. Tem-se contextualizado tal aumento num quadro pós-pandémico (cf. preâmbulo do Despacho n.º 7870-A/2022).

¹⁰ Carvalho M. J., 2005, p. 131.

¹¹ Cf. Relatório CAIDJCV, 2023, p. 44. Subscrevemos o esclarecimento feito por Conceição Cunha: com a referência a famílias disfuncionais não se pretende referir apenas famílias pobres (Cunha, 2016, p. 461, nota 74).

¹² Estando em causa a reputação perante os amigos (Ferreira, 1997, pp. 916 e 917).

*fatores-chave mais importantes que afetam o desenvolvimento do cérebro na infância*¹³.

Em estudos de caso realizados no terreno, é possível detetar a predominância de históricos difíceis no que tange ao contexto de origem dos jovens infratores. Em Portugal, estes estudos têm-se focado, principalmente, na conjuntura de vida de jovens em cumprimento de medidas tutelares educativas, nomeadamente em CE¹⁴. Da amostra constituída por 15 jovens internados, presente na investigação de Ana Manso e Ana Tomás de Almeida, foi retirada a seguinte conclusão: os jovens reconhecem que devem existir regras, no entanto, mencionam que a principal razão pela qual incumprem a lei prende-se com a situação de precariedade económica¹⁵ na qual vivem, sendo este incumprimento a única forma de dar resposta a necessidades prioritárias¹⁶.

A família será sempre peça crucial nesta matéria¹⁷. Tal como afirma Maria João Leote, as crianças não nascem no vácuo¹⁸, sendo fundamental o papel da família na inibição dos comportamentos desviantes¹⁹. Quando a família apoia e educa a sua criança, esta pode, ainda assim, vir a delinquir, mas será um cenário menos provável quando comparado ao de uma criança que nasce num ambiente de desamparo²⁰. No primeiro caso, a família fornece ao menor as orientações que o capacitem a viver de forma socialmente digna (“socialização primária”), para que este, quando exposto à influência do meio/pares, não ceda à delinquência (“socialização secundária”)²¹; no segundo caso, não existe a chamada “socialização primária”, tornando-se, por isso, mais propício o desvio²².

Com uma breve noção do fenómeno, importa, agora, perceber a evolução das respostas dadas à delinquência juvenil. Isto porque, se as estruturas de socialização convencionais (como, p. ex., a família) fracassam e nascem comportamentos desviantes, justifica-se a intervenção de outras instituições no processo educativo dos jovens²³.

¹³ Carvalho M. J., 2019, p. 104.

¹⁴ Azevedo & Duarte, 2014, p. 105.

¹⁵ A crise económica amplia a frustração dos jovens (Santos B. d., 2010, p. 30). Daí que, em 2022, a categoria dos crimes contra o património tenha sido a segunda mais elevada (Relatório CAFCE, 2022, p. 27).

¹⁶ Manso & Almeida, 2010, p. 30. Sobre a opção pelo desvio, cf. Andonova, 2021, p. 1072.

¹⁷ Sobre a vinculação do menor aos pais, cf. Silva A. Z., 2009.

¹⁸ Carvalho M. J., 2019, p. 104.

¹⁹ Ferreira, 1997, p. 920.

²⁰ Analisando as consequências dos fracos laços familiares, cf. Carvalho M. J., 2005, p. 151 e Ferreira, 1997, p. 920.

²¹ Ferreira, 1997, pp. 923 e 924.

²² Veja-se o Ac. do TRL, de 28 de setembro de 2023, proc. n.º 223/07.1TMPDL-D.L1-9, que demonstra como as vivências familiares do jovem se refletiram na sua conduta.

²³ Ferreira, 1997, p. 913.

Capítulo II – A evolução do direito penal de menores

“Portugal orgulha-se, a justo título, de estar entre os primeiros, ou mesmo de ter sido o primeiro, a ter adotado, desde 1911, um conjunto de regras de direito especiais para menores”²⁴.

Em 1911, nasceu, em Portugal, a LPI, em que foi instituída a primeira Tutoria de Infância²⁵. A sua extrema relevância refletiu-se no facto de passar a ser distinguida a criança do adulto, retirando “[...] do âmbito do direito penal os menores de idade inferior a 16 anos, agentes de crimes e de contravenções, sujeitando-os a uma jurisdição especializada (a Tutoria) [...]”²⁶. Com esta lei, foi instaurado em Portugal um modelo de proteção da criança, em que se pretendeu proteger três categorias de menores: os maltratados, os libertinos e os autores de contravenções/crime²⁷. A intervenção realizada junto destes focava-se na necessidade de os reabilitar/tratar²⁸. No entanto, ainda que tenha tido o mérito de reconhecer a existência de crianças negligenciadas, esta lei colocou o foco na criança perpetradora, preocupando-se mais com a proteção da sociedade do que com a proteção da criança²⁹.

Durante o Estado Novo, prosseguiram os esforços em prol dos menores, destacando-se a fundação do Instituto Maternal para a Infância e a criação do estatuto judiciário que passou a designar as Tutorias de Infância de Tribunais de Menores³⁰. Devido à necessidade de condensar todas estas medidas num só diploma coeso, foi criada, em 1962, a OTM³¹.

O diploma da OTM emergiu como um diploma de carácter protecionista “maximalista”³², que transformava “[...] a repressão da delinquência em proteção do menor em perigo [...]”³³. Este sistema não fazia qualquer distinção entre menores em perigo e menores delinquentes, por entender que, em ambos os casos, se tratava de pessoas carecidas de assistência³⁴. No caso dos menores delinquentes, “[...] o facto ilícito praticado seria apenas um sintoma da desadaptação social, não tendo sequer de ser rigorosamente provado [...]”³⁵. Assim, com a OTM, o que se pretendia era a proteção do

²⁴ Rogrigues, 1997, p. 359.

²⁵ Martins E. C., 2022, p. 242.

²⁶ Duarte-Fonseca, 2005, p. 145.

²⁷ Carvalho M. J., 2017c, p. 22.

²⁸ *Ibidem*, p. 23. Na LPI, já se previa o internamento em instituição (Duarte-Fonseca, 2005, p. 149).

²⁹ Castro, Ferreira & Capucha, 2023, p. 63.

³⁰ Martins E. C., 2022, p. 245.

³¹ Duarte-Fonseca, 2005, p. 244.

³² Carvalho M. J., 2017c, p. 23.

³³ Duarte-Fonseca, 2005, p. 247.

³⁴ Susano, 2010, p. 110.

³⁵ Cunha, 2016, p. 441.

jovem (vítima e infrator) mediante a aplicação de medidas de proteção, assistência e educação (cf. art. 2.º da versão original da OTM), que eram, de certo modo, arbitrariamente definidas³⁶.

Conforme expendido por Anabela Miranda Rodrigues, este modelo trouxe consigo vantagens, nomeadamente a impossibilidade de serem aplicadas penas ou medidas de coação próprias do processo penal a menores de 16 anos e a menor estigmatização dos jovens delinquentes³⁷. Contudo, mais do que as vantagens, foram os riscos associados a este tipo de sistema. A “[...] consagração de um processo informal, sem garantias para os menores (como o contraditório e a constituição de advogado) [...]”³⁸; a indeterminação da duração das medidas³⁹; a convivência, na mesma instituição, entre menores negligenciados e menores que cometessem atos ilícitos; e o menosprezar da existência de um facto ilícito, foram tudo fatores que levaram a que um sistema que, aparentemente, protegia desembocasse num sistema que desprotegia, deixando o jovem à mercê do Estado⁴⁰. Ademais, não era tolerável que não se responsabilizasse o jovem infrator pela sua conduta lesiva⁴¹.

Apesar da Reforma da OTM em 1978 (DL n.º 314/78), “[...] o sistema de justiça juvenil permaneceu firmemente enraizado num modelo de proteção [...]”⁴², que não protegia eficazmente os menores⁴³. Foi, então, com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança por Portugal, em 1990, que se tornaram impraticáveis os ideais intrínsecos ao sistema protecionista⁴⁴. A par da Convenção, foram surgindo instrumentos internacionais que apelavam a uma justiça amiga das crianças. Ao nível das Nações Unidas, refira-se as Regras de Beijing⁴⁵, que apelaram à necessidade de garantir o bem-estar dos jovens (cf. regras n.ºs 1.1 e 5.1), estipulando a privação da sua liberdade como *ultima ratio* (cf. regras n.ºs 17.1.b e 17.1.c); as Regras de Havana⁴⁶, que vieram salientar a ideia da privação da liberdade como medida de último recurso (cf. regras n.ºs 1 e 2); as Regras de Tóquio⁴⁷, que promoveram medidas não privativas da

³⁶ “[...] sendo o crime apenas um sintoma de desadaptação social e carência de proteção, a sua maior ou menor gravidade não determinava necessariamente o tipo de medida nem a sua duração, sendo as medidas indeterminadas e sem limites [...]” (*Ibidem*, p. 442).

³⁷ Rodrigues, 1997, p. 362.

³⁸ Cunha, 2016, p. 441.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 442.

⁴¹ Bolieiro & Guerra, 2014, p. 163.

⁴² Carvalho M. J., 2017c, p. 23.

⁴³ Destacando como a reforma passou à margem dos problemas suscitados pelo modelo de proteção (que saiu reforçado), cf. Rodrigues & Duarte-Fonseca, 2003, pp. 11 e 12.

⁴⁴ Carvalho M. J., 2017c, p. 23.

⁴⁵ Resolução (NU) n.º 40/33, de 29 de novembro de 1985: Regras Mínimas das NU para a Administração da Justiça de Jovens.

⁴⁶ Resolução (NU) n.º 45/113, de 14 de dezembro de 1990: Regras das NU para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.

⁴⁷ Resolução (NU) n.º 45/110, de 14 de dezembro de 1990: Regras Mínimas das NU para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade.

liberdade e uma maior participação da comunidade no processo de justiça (cf. regras n.ºs 1.1 e 1.2); e, ainda, os Princípios Orientadores de Riade⁴⁸, entendendo a sociedade como parte essencial da prevenção (cf. regras n.ºs 1 e 2). Ao nível europeu, destaque-se a Recomendação R (87) 20 sobre as reações sociais à delinquência juvenil; R (88) 6 sobre reações sociais ao comportamento delinquente dos jovens de famílias imigrantes; R (01) 1532, que recomendou medidas não privativas da liberdade; R (03) 20 sobre as formas de tratamento da delinquência juvenil e o papel da justiça juvenil; R 2008 sobre regras europeias para jovens ofensores sujeitos a sanções ou medidas; o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a delinquência juvenil; e as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa, que estabeleceram os princípios do superior interesse da criança, do respeito e da participação⁴⁹.

Por efeito destes instrumentos, “abandona-se, assim, a ideia de Estado-Tutor ou Estado Paternalista e promove-se o respeito pelos direitos e garantias do jovem e pela sua crescente autonomia [...]”⁵⁰. Impunha-se, por consequência, a reforma do Direito Penal de Menores em Portugal e a sua sintonia com as diretrizes internacionais e europeias.

Face ao aumento da delinquência juvenil e da intranquilidade pública, alguns países adotaram modelos de justiça em busca de uma responsabilização penal atenuada de menores⁵¹. Em detrimento da ideia de educação, este modelo reclama “[...] uma maior severidade face aos menores que cometam crimes, nomeadamente a sua comparência, tão cedo quanto possível, perante a justiça penal”⁵². Trata-se da instauração de um “Direito Penal dos pequeninos”⁵³. Não desconsiderando o valor deste sistema no que toca ao respeito pelas garantias processuais do menor (o que não sucedia nos modelos de proteção), “[...] a contrapartida dessa garantia é aplicação inevitável da pena”⁵⁴, o que é altamente estigmatizante.

Portugal, por sua vez, e em busca da reforma do seu Direito, procurou conciliar as vantagens do sistema de proteção e do sistema de justiça, sem, no entanto, “ceder” a nenhum dos dois e aos respetivos inconvenientes⁵⁵. Dessa forma, manteve-se, por um lado, “[...] a natureza educativa das medidas aplicáveis e a profunda consideração dos «interesses da criança» ao longo de todo o processo de aplicação e execução das medidas”⁵⁶ – traços do sistema de proteção –, mas salvaguardou-se, por outro, a ideia de

⁴⁸ Resolução (NU) n.º 45/112, de 14 de dezembro de 1990: Princípios Orientadores das NU para a Prevenção da Delinquência Juvenil.

⁴⁹ Cunha, 2016, pp. 444 e 445; e Santos M., 2022, p. 15.

⁵⁰ Cunha, 2016, p. 446.

⁵¹ Rogrigues, 1997, p. 371.

⁵² Gersão, 1997, p. 578.

⁵³ Cunha, 2016, p. 447.

⁵⁴ Rogrigues, 1997, p. 372.

⁵⁵ Cunha, 2016, p. 447.

⁵⁶ Gersão, 1997, p. 580.

responsabilização (educativa) do menor, com consideração pelas garantias processuais – traços do sistema de justiça.

*[...] no passado era tido por educativo considerar os menores como seres irresponsáveis pelos seus comportamentos [...]. Hoje entende-se que é educativo chamar a atenção dos menores para as consequências danosas para os outros das infrações que pratiquem*⁵⁷.

Com a recusa do caminho por um dos sistemas e o enveredar, antes, por uma junção dos dois, Portugal consagrou um “modelo de terceira via”, também designado por “[...] modelo dos «três dê» – despenalização/desjudicialização, desinstitucionalização, direito a um processo justo [...]”⁵⁸.

Em 2001, com a entrada em vigor da Lei n.º 147/99 e da Lei n.º 166/99, essa “terceira via” solidificou-se. Estas leis determinaram um tratamento diferenciado para os menores carentes de proteção e para os menores agentes de crimes, o que veio colmatar o grande problema do diploma protecionista da OTM⁵⁹. Ao passo que a LPCJP se destina a proteger a criança/jovem em risco (cf. arts. 1.º e 3.º, n.º 1, LPCJP)⁶⁰; a LTE visa a responsabilização do menor, com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, que tenha praticado um facto ilícito e demonstre necessidade de educação para o Direito (cf. arts. 1.º e 2.º, LTE). Este modelo vem apresentar-se como “[...] uma solução de comprometimento eclético entre os dois modelos [...], que visa harmonizar a salvaguarda dos direitos dos menores [...], com a satisfação das expectativas comunitárias em relação ao menor infrator”⁶¹.

Apesar de tal delimitação, assinala-se que foram estabelecidas, nos arts. 43.º da LTE e 81.º da LPCJP, as pontes necessárias entre ambas as leis. Na verdade,

*[...] não será raro um menor necessitar de proteção e de responsabilização educativa, podendo também chegar-se à conclusão de que o essencial para aquele jovem será ser apoiado (protegido), quando o ilícito criminal não for mais do que a expressão de carências de proteção*⁶².

Ora, aqui chegados, e com um resumo daquela que foi a base do Direito Penal de Menores em Portugal, focar-nos-emos na LTE.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 581.

⁵⁸ Duarte-Fonseca, 2005, p. 371.

⁵⁹ Silva J. M., 2014, p. 57.

⁶⁰ Em matéria de proteção das crianças e jovens em perigo, cf. Abreu, Sá, & Ramos, 2010, pp. 79-110 e Castro, Ferreira, & Capucha, 2023, pp. 69-75.

⁶¹ Susano, 2010, p. 111.

⁶² Cunha, 2016, p. 448. No art. 43.º, n.º 3, da LTE, exige-se a compatibilização, a existir, entre a intervenção educativa e a de proteção (cf. Bolieiro & Guerra, 2014, pp. 153-168). Segundo Helena Bolieiro e Paulo Guerra, em caso de conflito, deverá prevalecer o fim da medida tutelar – “[...] uma criança ou jovem de bem com o direito mais facilmente se desvia de uma situação de perigo” (*Ibidem*, p. 165).

Capítulo III – Enquadramento legal: A Lei Tutelar Educativa

Em ordem a procedermos a uma reflexão crítica sobre o regime tutelar educativo, importa, antes de mais, conhecer a lei que lhe está subjacente.

É no art. 69.º, n.º 1, da CRP que se estipula que “as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado”, sendo assegurada, no n.º 2 do mesmo preceito, uma especial proteção para as crianças “[...] abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal”. Também o n.º 2 do art. 70.º da CRP preceitua que “a política da juventude deverá ter como objetivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens [...]”. Encontrando-se a personalidade do jovem em construção, cabe ao Estado o direito e o dever de intervir sempre que o menor ofenda valores comunitários essenciais⁶³.

A intervenção estadual de que falamos encontra-se, hoje, regulada pela LTE. Esta lei procede ao abandono de uma visão paternalista e incorpora a ideia de responsabilização do menor, não através da punição, mas através da sensibilização daquele em relação ao mal praticado e de uma atuação vocacionada para a aprendizagem. Desta forma, nesta lei “não existe uma noção de responsabilidade penal nem, consequentemente, uma lei penal especial para jovens; há uma lei especial não penal que legitima a aplicação de medidas educativas [...], ainda que responsabilizadoras, [...]”⁶⁴ pelos Tribunais de Família e Menores⁶⁵.

Tendo em conta que o art. 19.º do CP fixa a maioridade penal nos 16 anos, como destinatários da LTE estão os menores com idade compreendida entre os 12 e 16 anos (cf. art. 1.º, LTE), que, por serem inimputáveis em razão da idade, merecem especial suporte. Embora o limite da maioridade seja bastante controverso⁶⁶, é entendimento unânime que só a partir dos 12 anos o menor conseguirá compreender o alcance da atuação, uma vez que, antes disso, a sua personalidade não se encontra suficientemente desenvolvida, pelo que não teria efeito útil a limitação dos seus direitos. Em vez disso, a prática de um facto ilícito por um menor de 12 anos poderá “[...] constituir um sinal de que o Estado deve intervir, mas apenas nos termos que se indicam”⁶⁷, ou seja, através da LPCJP, por se entender que essa prática poderá ser expressão de um défice de educação e atenção por quem está a seu cargo⁶⁸.

⁶³ Rodrigues, 1997, p. 376.

⁶⁴ Carvalho M. J., 2017b, p. 118.

⁶⁵ Cf. art. 28.º, LTE.

⁶⁶ Enquanto alguns autores defendem a sua elevação para os 18 anos (Carvalho M. J., 2017b, p. 119), outros entendem que não há razão para o alterar (Gersão, 2019, p. 289; Furtado, 2013, pp. 29 e 30). Já Taipa de Carvalho encara a inimputabilidade dos menores de 16 anos como uma “pura ficção legal” (Carvalho A. T., 2022, p. 474). Sobre o tema, Rodrigues, 1997, pp. 373 e seguintes; Cunha, 2021; e Duarte-Fonseca, 2005.

⁶⁷ Rodrigues, 1997, p. 385.

⁶⁸ Gersão, 1997, p. 599.

Para além do critério etário, a intervenção tutelar educativa justifica-se com o preenchimento de certos pressupostos, a saber: a) a prova da prática de facto qualificado pela lei como crime (*cf.* art. 1.º, LTE)⁶⁹; b) a necessidade de educação para o Direito (princípio da necessidade); e c) a subsistência dessa necessidade no momento da decisão (princípio da atualidade).

Relativamente à necessidade de educação para o Direito, não só é um pressuposto, como também é a finalidade das medidas tutelares educativas (*cf.* art. 2.º, n.º 1, LTE). “A exigência deste requisito suplementar mostra que a intervenção educativa não pretende constituir um sucedâneo do Direito Penal e que é primacialmente ordenada ao interesse do menor [...]”⁷⁰. Isto é, “embora a sanção penal promova, também, a ressocialização do infrator (art. 40.º, CP), a necessidade dessa ressocialização não tem necessariamente de existir no momento de aplicar a sanção penal [*tradução nossa*]”⁷¹. Já o Direito Penal de Menores não prescinde da necessidade de educação para o Direito como condição indispensável para a aplicação da medida, o que significa que, ainda que o menor tenha praticado o facto ilícito, se este não demonstrar essa necessidade, deixa de ser possível intervir⁷². A apreciação dessa necessidade terá de ser realizada no momento da decisão⁷³.

Podemos, no entanto, interrogar em que “pé” fica a comunidade quando a prática de um facto ilícito sai impune, no caso de não existirem necessidades educativas. Não causará um sentimento de insegurança? De facto, as expectativas da sociedade podem sair frustradas⁷⁴, porém, “[...] a aplicação de uma medida tutelar não visa primariamente satisfazer as expectativas comunitárias [...]”⁷⁵, sendo, antes, orientada pelo interesse do menor. Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues, com as quais concordamos, “[...] entende-se que o dano social produzido deve ser suportado pela própria comunidade, como um custo da coexistência com os seus jovens”⁷⁶, “custos que, aliás, não serão tão elevados como isso, pois ninguém nega que a comunidade possui uma certa margem de tolerância relativamente a comportamentos ilícitos de menores”⁷⁷.

Nesta senda, fará sentido descortinar o significado de educar para o Direito.

⁶⁹ Com a exigência da prova, previne-se a arbitrariedade permitida pelos modelos de proteção (Duarte-Fonseca, 2005, p. 375). Assim, “[...] caso não haja indícios suficientes da prática de facto qualificado pela lei penal como crime deve o Inquérito Tutelar Educativo ser arquivado porque aqui também vale o princípio *in dubio pro reo*, com as devidas adaptações [...]” (Silva J. B., 2013, p. 33).

⁷⁰ Rodrigues, 1997, p. 380.

⁷¹ Cunha, 2015, p. 336.

⁷² Acolhendo a perspetiva dada por Conceição Cunha, na unidade curricular “Direito Penal de Menores”, é necessário distinguir atos ilícitos praticados por menores que necessitam de ser educados para o Direito de atos que são mera expressão da rebeldia própria da idade. Falamos, p. ex., de um menor que furta, pela primeira vez, um chocolate no supermercado.

⁷³ *Cf.* art. 7.º, LTE.

⁷⁴ Rodrigues, 1997, p. 381.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 382.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 381.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 382.

*Educar é algo mais que ensinar. Ensinar, em sentido estrito, é comunicar a alguém conhecimentos, teóricos ou práticos, de uma ciência ou de uma arte, dando lições e explicações. Educar é, para além disso, formar, isto é, desenvolver harmonicamente a personalidade, as faculdades físicas, psíquicas, morais e intelectuais*⁷⁸.

Trata-se de uma “[...] interiorização de valores cuja necessidade ficou a descoberto na prática do ato qualificado como crime por parte do adolescente ou jovem”⁷⁹. O objetivo primordial é o de conseguir que o menor compreenda quais bens jurídicos violou com a sua conduta e a respetiva importância⁸⁰; o impacto que a sua ação teve; e de que modo poderá alterar o seu comportamento. Para tal, pretende-se que o jovem adquira/reforce competências éticas, psicológicas, afetivas, cívicas e educacionais⁸¹.

Percebemos, assim, que toda a atuação ao abrigo da LTE gira em torno do princípio basilar do superior interesse do menor, tendo em vista “a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade” (cf. art. 2.º, LTE).

Ora, preenchidos os pressupostos *supra*, “[...] a restrição de direitos fundamentais [...] encontrar-se-á justificada pela prossecução de outros interesses constitucionalmente protegidos [...]” (cf. arts. 69.º e 70.º n.º 2, CRP). Esta restrição consubstancia-se na aplicação ao menor de medidas tutelares educativas, taxativamente elencadas no art. 4.º da LTE. Graduada de acordo com a sua gravidade, a medida mais “leve” consiste na admoestação (uma das várias medidas não institucionais) e a medida de internamento (a única medida institucional) apresenta-se como a mais grave. Contrariamente ao que ocorre no Direito Penal, em que a prática de um facto ilícito corresponde *a priori* a uma concreta sanção, aqui, cumpridos os pressupostos, caberá ao tribunal a escolha *a posteriori* pela medida que se evidencie mais ajustada às circunstâncias. Sem embargo dessa liberdade de escolha, a operação terá sempre de atender aos fatores estabelecidos nos arts. 6.º e 7.º da LTE, pelo que, para além de se impor um princípio de preferência por medidas não privativas da liberdade, o tribunal terá de obedecer aos princípios da adequação, suficiência e proporcionalidade (cf. art. 18.º n.ºs 2 e 3, CRP), e de procurar a medida que traduza uma maior adesão por parte do menor⁸² e dos seus pais/representante legal/pessoa que tenha a sua guarda (princípio da consensualidade)⁸³.

Para o que nos interessa, analisaremos a medida mais gravosa e aquela que continua (e, provavelmente, continuará) a suscitar questões – o internamento.

⁷⁸ Rodrigues, 1997, p. 355.

⁷⁹ Duarte-Fonseca, 2014, p. 91.

⁸⁰ Neste sentido, cf. Cunha, 2016, p. 462.

⁸¹ Leandro, 2015, p. 368.

⁸² “Hoje entende-se que se deve dar a palavra aos menores [...]” (Gersão, 1997, p. 581).

⁸³ Sobre os princípios, cf. Cunha, 2016, pp. 454-460.

Capítulo IV – O internamento em Centro Educativo

Dentro do catálogo do art. 4.º da LTE, o internamento vem assumir-se como a única medida privativa da liberdade, executada em CE⁸⁴. Amplamente reconhecida como sendo uma medida de *ultima ratio*, limitada ao menor número de casos possível⁸⁵, “[...] a privação da liberdade tem-se revelado constituir uma solução incontornável ou inevitável, omnipresente nos instrumentos internacionais [...]”⁸⁶. Observou-se, aliás, um aumento dos jovens internados. De acordo com o RASI de 2022, em 31 de dezembro desse ano, “encontravam-se internados em centro educativo um total de 119 jovens, valor que, comparativamente com o período homólogo do ano anterior significa mais 3 jovens internados”⁸⁷, sendo que “a média mensal de jovens internados foi de 121,4 (em 2021 foi de 102,1) [...]”⁸⁸.

De acordo com o n.º 1 do art. 17.º da LTE,

a medida de internamento visa proporcionar ao menor, por via do afastamento temporário do seu meio habitual e da frequência de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável.

Embora o objetivo final seja o mesmo que o das medidas não institucionais – educar para o Direito –, “[...] a diferença da medida de internamento relativamente a essas medidas tutelares educativas reside [...] nos meios a utilizar para atingir a socialização do adolescente [...]”⁸⁹. No CE, educar para o Direito passará por distanciar o menor das suas rotinas e por lhe transmitir exemplos através de métodos didáticos⁹⁰. No fundo, o Centro “[...] passa a ser então uma pequena sociedade, onde o jovem irá adquirir competências a vários níveis, onde irá socializar de um modo diferente daquele a que está habituado [...]”⁹¹.

De acordo com o art. 162.º da LTE, cada CE deve dispor de um projeto de intervenção educativo próprio, que deve permitir uma programação faseada e progressiva da intervenção. Esta progressividade passou a ser obrigatória com a Lei

⁸⁴ Regulados pelo DL n.º 323-D/2000, de 20 de dezembro, e dirigidos pela DGRSP, “procura-se que os centros de detenção sejam instituições diferentes das prisões [...]” (Gersão, 2019, p. 273). Atualmente, são seis os CE na rede nacional.

⁸⁵ Deve ser dada preferência à justiça reparadora (Bolieiro & Guerra, 2014, p. 147).

⁸⁶ Duarte-Fonseca, 2005, pp. 15 e 16.

⁸⁷ RASI, 2022, p. 11.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 107; RASI, 2021, p. 104.

⁸⁹ Duarte-Fonseca, 2014, p. 80.

⁹⁰ Por curiosidade, *cf.* o projeto “DiCi-Educa” (Duarte & *et al.*, 2022, p. 120).

⁹¹ Cunha, 2016, p. 464.

n.º 4/2015⁹², que eliminou a expressão “sempre que possível”. A *ratio* desta alteração prende-se com a preocupação de que a medida tenha em conta a evolução do menor.

A medida de internamento é executada num de três possíveis regimes: aberto, semiaberto ou fechado.

O regime que representa uma menor incursão na esfera jurídica do menor é, como o nome indica, o aberto. De acordo com o n.º 1 do art. 167.º da LTE, neste regime os menores “residem e são educados no estabelecimento, mas frequentam no exterior, preferencialmente, as atividades escolares, educativas ou de formação, laborais, desportivas e de tempos livres [...]”. No n.º 2 permite-se, inclusive, que os menores saiam do CE sem acompanhamento e que passem períodos de férias ou de fim de semana com os pais ou com quem de direito/outras pessoas idóneas.

O regime semiaberto, por apresentar uma maior elasticidade na sua aplicação, continua a ser, de acordo com o RASI de 2022, o regime predominante⁹³. Neste, os jovens “residem, são educados e frequentam atividades educativas e de tempos livres no estabelecimento, mas podem ser autorizados a frequentar no exterior atividades escolares, educativas ou de formação, laborais e desportivas [...]” (*cf.* art. 168.º, n.º 1, LTE). Para além disso, as saídas são acompanhadas por pessoal de intervenção educativa, mas os menores podem ser autorizados a sair sem acompanhamento para a frequência das atividades e para períodos de férias (*cf.* art. 168.º, n.º 2, LTE). Assim, a elasticidade de que falamos é espelhada na faculdade que a norma confere de ser desenhado um plano mais ou menos limitativo da liberdade, conforme as necessidades do menor.

Por fim, no regime fechado assistimos a um corte radical com aquele que é o meio habitual do menor, corte esse retratado no facto de todas as atividades (tanto formativas, como de lazer) ocorrerem dentro do espaço do CE, estando as saídas, sob acompanhamento, estritamente limitadas (*cf.* n.º 1 do art. 169.º, LTE)⁹⁴. De acordo com o n.º 2, no limite, poderão existir saídas sem acompanhamento por períodos limitados, autorizadas pelo Tribunal mediante proposta dos serviços de reinserção social.

Sublinhe-se que, para além dos requisitos já mencionados, existem condições adicionais – importantes para restringir o seu “uso” e respeitar o princípio da proporcionalidade – quando se trata de aplicar os regimes semiaberto e fechado. Diz-nos o n.º 3 do art. 17.º que só é possível recorrer ao regime semiaberto quando o menor tiver cometido facto qualificado como crime contra as pessoas a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos ou tiver cometido dois

⁹² Lei que procedeu à primeira alteração à LTE, aprovada em anexo à Lei n.º 166/99.

⁹³ RASI, 2022, p. 107.

⁹⁴ No entender de António Duarte-Fonseca, as restrições do regime fechado são equivalentes às da prisão (Duarte-Fonseca, 2005, p. 393).

ou mais factos qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, superior a três anos. Quanto ao regime fechado, o n.º 4 do mesmo art. exige que, por um lado, o menor tenha cometido facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos ou ter cometido dois ou mais factos contra as pessoas qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos; e, por outro, que o menor tenha idade igual ou superior a 14 anos à data da aplicação da medida.

Atente-se, todavia, à contradição nestes limites. Elucidados por Conceição Cunha⁹⁵, percebemos que a redação do art. 17.º “falha” a partir do momento em que, em certas situações, se permite a aplicação do regime fechado e já não do semiaberto, o que contraria a máxima de que *a maiori, ad minus*. Pensemos no cometimento de um crime de furto qualificado⁹⁶, previsto no n.º 2 do art. 204.º do CP e punível com uma pena de prisão de dois a oito anos. Uma vez que estamos perante uma pena de prisão superior a cinco anos, permite-se, desde logo, a aplicação do regime fechado (*cf.* alínea a) do n.º 4 do art. 17.º, LTE). Contudo, por se tratar de um crime, não contra as pessoas, mas contra o património, é precluída a hipótese de aplicação do regime semiaberto, visto que o n.º 3 do art. 17.º exige que sejam praticados “dois ou mais factos” sempre que estejam em causa crimes que não contra as pessoas (*in casu*, só através do cometimento de dois furtos qualificados seria possível a aplicação deste regime). Deixa, assim, a desejar esta redação que possibilita tal incoerência.

Relativamente à duração do internamento, “a literatura científica comprova que a evolução do jovem atinge um pico a determinada altura da execução [...] e não é pelo prolongamento da medida no tempo que a mesma se torna mais eficaz”⁹⁷. Desta forma, o art. 18.º vem estipular prazos máximos e mínimos⁹⁸. Os regimes aberto e semiaberto têm a duração máxima de dois anos; já o regime fechado apresenta igual duração, exceto nos casos previstos na lei em que poderá prolongar-se até aos três anos. Relativamente à duração mínima⁹⁹, esta é, agora, com a alteração da Lei n.º 4/2015, comum aos três regimes. Com esta lei, o limite mínimo da medida em regime aberto e semiaberto passou de três para seis meses, igualando o regime fechado, uma vez que o período anterior era tido como notoriamente insuficiente para uma atuação frutífera¹⁰⁰.

⁹⁵ Em contexto de aula, no âmbito da disciplina “Direito Penal de Menores”.

⁹⁶ Exemplo dado por Conceição Cunha aquando da análise dos pressupostos do internamento, em aula (*cf.* nota 94). Na mesma linha, *cf.* Andrade, 2022, p. 102.

⁹⁷ Carvalho M. J., 2016, s/p.

⁹⁸ Sem embargo de tais limites, o internamento cessa aos 21 anos do jovem (*cf.* art. 5.º, LTE).

⁹⁹ António Duarte-Fonseca refere que a persistência de um limite mínimo em alguns sistemas contraria o princípio da privação de liberdade pelo menor tempo possível (Duarte-Fonseca, 2005, p. 22).

¹⁰⁰ Silva J. B., 2015, p. 41. No mesmo sentido, *cf.* Amorim, 2015, p. 177. Note-se, contudo, que o Relatório da CAFCE, de 2023, refere que aplicar medidas de seis meses é “votá-las ao fracasso” (Relatório CAFCE, 2023, p. 53).

Independentemente do tipo de regime, dado que “o princípio da máxima adequação possível da medida de internamento aos seus destinatários exige uma resposta especializada e individualizada [...]”¹⁰¹, em qualquer caso terá sempre que existir um projeto educativo pessoal, consagrado no art. 164.º da LTE. A educação tem de respeitar a diversidade¹⁰² e, portanto, deve existir uma avaliação casuística em ordem a ser proporcionado ao menor um plano que corresponda às suas necessidades e personalidade¹⁰³. Elaborado num prazo de 30 dias, o PEP deve especificar “os objetivos a alcançar [...], sua duração, fases, prazos e meios de realização [...], por forma a que o menor possa facilmente aperceber-se da sua evolução e que o centro possa avaliá-lo” (cf. n.ºs 1 e 2 do art. 164.º, LTE).

Por fim, ao nível processual, importa destacar que, quando está em causa a aplicação da medida de internamento, o tribunal é constituído pelo juiz do processo e por dois juízes sociais (cf. arts. 30.º n.º 2 e 119.º, LTE). De acordo com o n.º 2 do art. 207.º da CRP, a lei pode estabelecer a intervenção de juízes sociais quando, entre outros, houver necessidade de uma especial ponderação dos valores sociais ofendidos, encontrando-se o seu regime no DL n.º 156/78, de 30 de junho¹⁰⁴. No ponto 3 do preâmbulo deste DL podemos ler que

com a institucionalização dos juízes sociais procura-se fundamentalmente trazer a opinião pública até aos tribunais e levar os tribunais até à opinião pública: já atuando contra a rotina dos juízes [...].

No fundo, são “[...] uma espécie de pontas de lança da sociedade junto dos Tribunais, uma espécie de consciência crítica dos Senhores Magistrados Judiciais [...]”¹⁰⁵. No caso do internamento, visa-se apurar se a sociedade acredita, ou não, que a privação da liberdade é inevitável. Ainda ao nível processual, tendo em consideração a severidade que lhe é inerente, a medida de internamento não poderá ser aplicada em audiência prévia, impondo-se a sua aplicação em audiência (cf. arts. 115.º e seguintes, LTE). Implicando a privação da liberdade especial cautela e reflexão, exige-se um procedimento complexo e formal (incompatível com a natureza simplificada da audiência prévia).

Face o exposto, é indubitável que a lei está redigida de forma cuidadosa e de modo a cumprir o que instituem os instrumentos internacionais sobre a aplicação da medida. Porém, não só “[...] as leis só testam a sua validade e eficácia no confronto com a vida”,

¹⁰¹ Andrade, 2022, p. 96.

¹⁰² Rodrigues, 1997, p. 356.

¹⁰³ Carvalho M. J., 2016, s/p. A realização de perícia sobre a personalidade (cf. art. 69.º, LTE) e a elaboração de relatório social com avaliação psicológica (cf. art. 71.º, LTE) constituem duas formas de auxílio “[...] de compreensão da personalidade e do modo de vida do menor [...]” (Fialho, 2022, pp. 249 e 250).

¹⁰⁴ Sobre a importância e problemas da figura, cf. Sottomayor, 2003, e Maximiano, 2018.

¹⁰⁵ Sottomayor, 2003, p. 6.

como “[...] toda a lei pode ser melhorada [...]”¹⁰⁶. E a verdade é que o regime do internamento não é (ainda) perfeito. Vejamos.

¹⁰⁶ Cunha, 2016, p. 448.

Capítulo V – Reflexão crítica

1. A contradição (in)eficaz do internamento

A medida de internamento tem sido objeto de grande controvérsia. No seu cerne, está a questão de saber se é exequível reeducar para a autonomia e para o exercício de uma vida conforme ao Direito através de uma medida privativa da liberdade que afasta os jovens dos contextos sociais nos quais é suposto reintegrá-lo¹⁰⁷.

O internamento implica, necessariamente, o distanciamento do jovem do seu meio habitual. Como explica Conceição CUNHA, pode ser benéfico o afastamento da família (e, em determinadas situações, dos amigos) para fazer com que o menor repense o seu comportamento e ganhe consciência do mal que causou¹⁰⁸. Para além disso, “[...] embora seja verdade que restringir ou limitar a liberdade afeta uma experiência real de autonomia responsável, essa contradição existe apenas como um risco considerável, a ser evitado ou resolvido [*tradução nossa*]”¹⁰⁹. Isto é, o internamento encontra-se, desde logo, reservado para os casos mais graves, pelo que, decidindo-se pela insuficiência das medidas não institucionais, se a medida de internamento for aplicada em plena conformidade com os princípios que enfermam a intervenção tutelar educativa, a sua legitimidade será reforçada e as perspetivas de sucesso aumentadas¹¹⁰. Deste modo, e na medida em que se encontrem satisfeitas as suas exigências, a privação da liberdade pode surgir como algo positivo¹¹¹.

Contudo, sem menosprezar as orientações da LTE, “a eficácia de uma lei é dada pelo tempo, e de preferência, com dados científicos sobre aquilo que está bem ou mal [...]”¹¹², sendo algumas as críticas efetuadas ao modo como a medida se processa na prática.

Ora, o CE vem assumir-se, segundo parte da doutrina, como uma “instituição total”¹¹³. Na teoria de Goffman, estas instituições caracterizam-se da seguinte forma:

Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo [...]. Em terceiro lugar, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas

¹⁰⁷ Manso & Almeida, 2010, p. 33.

¹⁰⁸ Cunha, 2016, p. 464. “Quanto ao que valorizam, [...] há uma frase, comum à maior parte dos jovens, que o sinaliza de forma significativa: “tempo para parar”. (Relatório CAFCE, 2022, p. 15).

¹⁰⁹ Leandro, 2015, p. 371.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ No *follow-up* realizado pela DGRSP, em 2021, os dados revelaram que, dos 196 jovens saídos do CE entre 1 de janeiro de 2019 e 31 de dezembro de 2020, 123 mostraram-se totalmente integrados e 36 parcialmente integrados, o que revela que o internamento é capaz de alcançar resultados positivos (pp. 3 e 6).

¹¹² Silva J. B., 2015, p. 76.

¹¹³ Carlos Laranjo Medeiros e Mário Baptista Coelho, já em 1991, identificavam os institutos de reeducação como “instituições totais” (Medeiros & Coelho, 1991, p. 24). No mesmo sentido, Neves, 2011, pp. 107 e 108.

*em horários [...] e toda a sequência de actividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as várias actividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição*¹¹⁴.

Essa totalidade, no que toca ao internamento de jovens, revela-se na circunstância de todo o sistema de regras ser vocacionado para um fim: a educação para o Direito. Sucede, no entanto, que, após a realização de um estudo no CE de Santo António, se constatou que, do catálogo de programas propostos pelo DL n.º 323-D/2000 (cf. arts. 25.º e seguintes), aquele só não desenvolvia precisamente os programas que se dirigiam à satisfação de necessidades associadas à delinquência e que se transformava, no CE, a educação para o Direito numa educação para o sistema judicial¹¹⁵. No fundo, chegou-se à conclusão de que, na prática, as regras implementadas no CE são direcionadas para a defesa do CE em si mesmo e não para educar o menor, como seria de esperar. Os altos muros de pedra, as redes de arame, os portões trancados, as portas de acesso ao exterior das unidades fechadas à chave, os *walkie-talkies* utilizados entre os técnicos para aferir da sua localização e integridade, as interações entre educandos e técnicos reduzidas à delimitação do “certo e errado, o bem e o mal”, são tudo fatores que demonstram que a intervenção nos CE está orientada para a sua própria defesa contra potenciais perigos e não para “reabilitar” o menor¹¹⁶. No fim, “[...] a reeducação vê os seus limites encolhidos para caberem dentro dos muros da instituição”¹¹⁷.

Acompanhamos António Duarte-Fonseca quando defende que a educação do menor não se pode limitar à interiorização dos regulamentos de funcionamento interno do CE e ao conhecimento dos processos judiciais. Caso assim o seja, perverte-se severamente o fundamento que legitima o recurso a esta medida de *ultima ratio*¹¹⁸.

Se o objetivo principal da intervenção é a educação para o Direito e se esta educação, no Centro, é alcançada através de programas pedagógicos, estes têm de ser, efetivamente, postos em prática, sob pena de se descaracterizar o sentido da medida de internamento¹¹⁹. Seguimos Anabela Miranda Rodrigues quando afirma que, se no CE não for promovida a educação, o internamento não será mais do que uma medida de proteção, limitando-se a promover o percurso regular do jovem (completando, p. ex., a escolaridade); e uma medida que, em vez de educar, sanciona com a privação da

¹¹⁴ Goffman, 2005, pp. 17 e 18. Os autores *supra* (nota 141) entendem que fará sentido adicionar outra característica: ser estigmatizante (Medeiros & Coelho, 1991, pp. 21 e 22).

¹¹⁵ Neves, 2011, p. 106.

¹¹⁶ Neves, 2007, pp. 1026 e 1036. Declara Tiago Neves: “talvez por isso um membro da direção do CE me tenha confessado que [...] o internamento serve quase exclusivamente para criar na percepção dos internos uma associação entre práticas delinquentes e privação da liberdade” (*Ibidem*, p. 1031).

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 1036.

¹¹⁸ Duarte-Fonseca, 2014, p. 94.

¹¹⁹ Rodrigues, 2019, p. 57.

liberdade, colocando-se a segurança da sociedade como o fundamento da intervenção e o facto praticado como mero pretexto para intervir¹²⁰.

Note-se que “não basta, porém, conceber projetos e programas de intervenção, ainda que excelentes, sem contar com recursos humanos sólidos que os apliquem [...]”¹²¹. Manifestando preocupação, os Relatórios da CAFCE de 2022 e 2023 vêm alertar para a falta de técnicos de reinserção social nos CE¹²², o que compromete, na prática, o efeito da operação pela incapacidade de muitas atividades se poderem realizar, resultando ferido o direito dos menores a uma plena educação para o Direito. E o facto é que, sem a vertente educativa, ou com a sua existência limitada, o internamento resume-se à pura privação da liberdade, aproximando-se de uma medida de natureza penal.

Desta forma, não é de admirar que, de acordo com um estudo realizado sobre representações sociais no CE, se tenha chegado à conclusão de que há uma ideia de punição, por parte dos jovens, associada a esta medida¹²³. Embora valorizem as aprendizagens, sobretudo as atividades de formação profissional, os jovens encaram o internamento como uma sanção que lhes é imposta pela transgressão da lei¹²⁴ e não propriamente como uma oportunidade de mudarem as suas vidas. Quanto ao PEP, a necessidade do seu cumprimento não é valorizada pelos jovens no sentido de conquistas pessoais, mas como algo que lhes pode trazer benefícios¹²⁵, nomeadamente a transição para um regime mais “leve”. Acresce que o facto de a medida de internamento estar a cargo da DGRSP, organismo responsável pela execução de penas aplicadas a adultos, “[...] não favorece – pelo contrário, dificulta – que, quem a sofre, interiorize a ideia da finalidade educativa e não repressora da intervenção judiciária”¹²⁶. Chega até a ser antinómico que, não tendo Portugal uma lei penal para jovens, seja a entidade responsável por aplicar medidas de natureza penal que assume a execução das medidas tutelares educativas, correndo-se o risco de contaminação dos princípios de cunho penal e retributivo na justiça juvenil¹²⁷.

Para além da frequente frustração do seu fundamento e objetivo – a educação –, ainda há quem aponte, contra esta medida, o seu carácter estigmatizante, “[...] quer por a sociedade diferenciar os internados, rotulando-os negativamente, quer por o próprio internado assumir [...] a sua diferença face ao “homem normal” [...]”¹²⁸.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Duarte-Fonseca, 2014, p. 92.

¹²² Falta provocada pela ausência de incentivo a nível remuneratório e de carreira (Relatório CAFCE, 2022, p. 56; Relatório CAFCE, 2023, pp. 60 e 61).

¹²³ Manso & Almeida, 2010, p. 29.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 31.

¹²⁵ Manso & Almeida, 2009, p. 39.

¹²⁶ Duarte-Fonseca, 2014, p. 94.

¹²⁷ Carvalho M. J. & Ortiz, 2016, p. 274.

¹²⁸ Medeiros & Coelho, 1991, pp. 23 e 24. Mencionando a estigmatização, cf. Carvalho M. J., 2017a, p. 367.

Chama-se, ainda, à atenção para a possibilidade de o próprio internamento ser o “impulso” para futuros comportamentos desviantes, por o menor estar a socializar-se numa “subcultura desviante” onde convivem indivíduos com origens e condutas semelhantes à sua¹²⁹. Falamos, aqui, do fenómeno da “delinquência secundária”, no qual a atitude desviante é um produto da própria instituição¹³⁰.

Por todos estes motivos, e pela contradição subjacente ao internamento, que se tem por potencialmente recuperador e reintegrador, Carlos Laranjo Medeiros e Mário Baptista Coelho concluem pelo “[...] absurdo de preparar o indivíduo para uma vida em liberdade privando-o dessa mesma liberdade”¹³¹.

Quanto a nós, e retomando o raciocínio inicial do capítulo, entendemos que, para situações de maior gravidade, o internamento pode ser a única medida capaz de atender às necessidades educativas do menor, pelo que não nos parece possível equacionar, pelo menos por agora, a sua abolição enquanto medida educativa.

Atentemos no Ac. do TRE, de 8 de março de 2022. *In casu*, o jovem E, de 14 anos (à data dos factos), praticou atos suscetíveis de integrar o crime de furto (cf. art. 203.º, CP). A família e o contexto em que o menor está inserido não dão valor à educação, não sendo o menor estimulado a frequentar a escola. Embora afetuosos, os pais são permissivos e desculpabilizantes em relação ao comportamento do filho. O menor tem um grupo de amigos que apresentam condutas desviantes. O menor não admite quando age mal e tenta transferir a culpa para terceiros/circunstâncias alheias, não reconhecendo a necessidade de alterar o seu comportamento. É de notar que, anteriormente, tinha já sido alvo das medidas de acompanhamento educativo e de internamento em CE, tendo-lhe sido aplicada, novamente, agora no âmbito deste processo, medida de internamento em regime aberto. Após recurso desta última decisão, manteve o TRE a medida, concluindo que

– É do interesse da comunidade proporcionar ao menor a possibilidade de adquirir valores de que anda arredio; sendo do interesse do menor interiorizar esses valores e tomar consciência de que a sociedade não apenas não admite comportamentos ilícitos, como reage quando estes ocorrem.

*– A limitação temporária da liberdade do menor é o preço adequado e proporcional às exigências e deveres da comunidade. Mas, por outro lado é também uma oportunidade para o menor em fazer agulha para uma vida responsável no futuro*¹³².

¹²⁹ Medeiros & Coelho, 1991, p. 26. “Excluído, é aceito e acolhido apenas entre grupos na mesma situação hipotética – subcultura. Neste grupo, o indivíduo fala a mesma língua que os demais [...]” (Valada & Santos, 2019, p. 326).

¹³⁰ Medeiros & Coelho, 1991, p. 27.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Ac. do TRE, de 8 de março de 2022, proc. n.º 83/19.0T8ELV-F.E1.

Com este breve exemplo, torna-se patente que há situações que exigem um afastamento da esfera social habitual, imposto pelo superior interesse do menor. De que outra forma se educaria, em liberdade, este menor, quando a sua liberdade é potenciadora da delinquência (más influências dos pares, pais que não diligenciam a educação do filho) e quando este nem sequer reconhece a necessidade de alterar a sua conduta (sendo que a medida de acompanhamento educativo, executada em meio livre, não teve quaisquer “frutos”)? Julgamos, assim, que

*Aquilo que, num primeiro olhar do exterior, pode parecer um excesso de rigor na regulação do quotidiano dos jovens, serve o fim último de educação para o direito proporcionando-lhes a estabilidade e previsibilidade na ação, algo que poucos terão tido nos seus percursos anteriores, elementos cruciais para uma intervenção que se deseja verdadeiramente educativa*¹³³.

Não se evidenciando como possível, na nossa perspetiva, a eliminação da medida de internamento, o “absurdo” e a contradição de que falámos poderão ser anulados, ou minorados, parece-nos, com a condição de existir um “[...] comprometimento com a socialização, desde o primeiro dia de internamento”¹³⁴. Não basta anunciar a índole educativa da medida sem a sua efetiva aplicabilidade. Tem-se verificado, contudo, uma falta de investimento do Estado na educação dos menores internados, o que se reflete na ausência de programas específicos¹³⁵. Daí que, apesar de considerarmos que a privação da liberdade possa ser benéfica, tenhamos que aderir às aludidas críticas sobre a forma como é (in)alcançada, nos CE, a finalidade da educação.

Como referimos, com vista à prossecução do fim educacional, para cada menor deve ser elaborado um PEP e cada CE deverá dispor de um PIE. Subjacente a estes requisitos, está o entendimento de que a delinquência juvenil é um fenómeno não homogéneo, devendo a intervenção ser o mais especializada possível¹³⁶. Com efeito, nota António Duarte-Fonseca que

*difícilmente se concebe que se possa, com eficácia, intervir, com o fim enunciado na lei, do mesmo modo, indiferenciadamente, junto de adolescentes e jovens agentes de infracções contra a propriedade e contra a liberdade e autodeterminação sexual, ou junto de adolescentes e jovens agentes de um só facto qualificado como crime à mistura com outros multi ou pluri-reincidentes*¹³⁷.

¹³³ Carvalho M. J., 2016, s/p.

¹³⁴ Rodrigues, 2019, p. 58.

¹³⁵ Relatório CAFCE, 2022 p. 55; Duarte-Fonseca, 2014, p. 93.

¹³⁶ Duarte-Fonseca, 2014, p. 86.

¹³⁷ *Ibidem*.

Permitindo a lei a coexistência, no mesmo CE, de unidades residenciais diferenciadas somente segundo os regimes de execução, PIE e tipos de internamento (cf. art. 207.º, LTE), resulta afetada a eficácia da intervenção¹³⁸. Alerta o autor para o facto de não existir repartição dos jovens em grupos residenciais por faixas etárias, colocando-se, com esta “mistura”, o problema da possível influência negativa que os mais velhos podem representar para os mais novos¹³⁹. Da mesma forma, não há qualquer distinção entre delinquentes primários e reincidentes. Apoiando o autor, entendemos que todos estes aspetos fazem com que se sujeite diferentes jovens ao mesmo modelo de intervenção, olvidando-se a necessária especialização.

Para que seja possível continuarmos a encarar o internamento como uma medida legítima e benéfica, não idêntica à pena de prisão, a educação individualizada para o Direito não pode existir apenas no papel. É essencial que se invista na formação dos profissionais e que se reveja a organização dos CE, não podendo estes limitar-se a uma “lógica de contenção e ocupação do jovem”¹⁴⁰.

Do acima explanado retira-se que a privação da liberdade, em ordem a ser justificada, deve abrir portas à mudança. O objetivo deverá ser o “[...] incitamento do trabalho de grupo, da cooperação, [...], e educação para objetivos, ou seja, a promoção de competências pessoais e sociais que diminuam os fatores de risco associados [...]”¹⁴¹, o que só será possível se contarmos com técnicos que sejam “verdadeiros agentes de mudança e parceiros de relação”¹⁴². Só assim se compreende e aceita uma tal medida tão restritiva dos direitos do menor.

2. Revisitar o regime aberto

Particularmente contestada tem sido a questão da eficácia e utilidade do internamento em regime aberto, “[...] uma vez que não haverá muito tempo para acompanhar/educar o jovem no Centro e uma vez que este manterá relações com o exterior”¹⁴³. Enquanto alguns consideram que, pelo menos numa primeira fase, deve existir maior contenção do jovem institucionalizado, outros acreditam que este regime é revestido de proveito¹⁴⁴.

Vimos que, no regime aberto, o menor apenas reside e é educado no estabelecimento, mantendo as suas atividades e tempos livres no exterior. Isto significa que o menor conserva a sua vida “diária” em liberdade, com as (únicas) diferenças da

¹³⁸ A falta de distinção resulta na generalização das atividades (Duarte-Fonseca, 2005, pp. 478 e 479).

¹³⁹ Duarte-Fonseca, 2014, p. 87.

¹⁴⁰ Santos B. d., 2010, p. 342.

¹⁴¹ Silva A. Z., 2009, p. 66.

¹⁴² *Ibidem*, p. 67.

¹⁴³ Cunha, 2016, p. 467.

¹⁴⁴ Santos B. d., 2004, p. 598.

adição ao cotidiano de atividades constantes do PEP e de a sua residência ser outra. Assim, devido ao escasso tempo passado no CE, as opiniões relativas à pertinência deste regime têm divergido: se há quem, por um lado, defenda a sua presença enquanto regime-regra/único, também há quem, por outro, defenda a sua configuração somente como uma fase final da execução da medida de internamento e a sua eliminação enquanto modalidade.

No âmbito da alteração legislativa da LTE, o trabalho do GT-LTE teve por objetivo melhorar as respostas à delinquência juvenil. Entre múltiplas sugestões, foi proposta, pelo secretariado, a eliminação do regime aberto enquanto regime autónomo da medida de internamento, por entender “[...] tratar-se de uma medida virada para o exterior que, quando aplicada *ab initio*, não apresenta progressos do ponto de vista dos resultados, reconhecendo-se-lhe, apenas, valor como fase de graduação final dos outros regimes”¹⁴⁵. Assim, este regime deixaria de ser um modo de execução para passar a constituir-se como uma fase a ser implementada através do instituto da revisão das medidas, de acordo com uma lógica de progressividade¹⁴⁶. Note-se que Paulo Guerra já se havia pronunciado, igualmente, sobre a possibilidade de este regime configurar uma fase final da medida de internamento, deixando de constituir uma modalidade independente¹⁴⁷. Não retirando mérito aos argumentos apresentados, o GT-LTE optou por manter este regime como autónomo, julgando ser adequado em certos casos.

Face à crescida flexibilidade do regime semiaberto, Conceição Cunha veio, também, equacionar a possibilidade de eliminação dos regimes aberto e fechado, prevendo-se o regime semiaberto como o único regime. Contudo, reconhece a autora que, em casos excecionais, o regime aberto pode trazer benefícios (p. ex., quando a família é desestabilizadora), crendo, no entanto, que não deverá nunca ser o regime-regra devido ao pouco acompanhamento do jovem¹⁴⁸.

Em sentido inverso pugnou o Relatório da CAFCE, de 2022, considerando o regime aberto como aquele que deve ser, em regra, aplicado, por julgar ser o “melhor regime de execução” e o que representa uma menor privação da liberdade e uma maior autorresponsabilização do menor¹⁴⁹.

Outrossim, crendo nos ganhos do regime aberto, Ana Manso e Ana Tomás Almeida propõem, numa posição mais radical, uma “reorganização ao nível do funcionamento dos CE”, que, no seu entender, deverão funcionar apenas em regime aberto¹⁵⁰. Na ótica das autoras, não é exequível preparar os menores para a “vida real” num espaço que não

¹⁴⁵ Furtado, 2013, p. 57.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 57 e 58.

¹⁴⁷ Guerra, 2010, p. 105.

¹⁴⁸ Cunha, 2016, pp. 467 e 468.

¹⁴⁹ Relatório CAFCE, 2022, p. 53.

¹⁵⁰ Manso & Almeida, 2010, p. 35.

apresenta qualquer contacto com a realidade e com o verdadeiro problema, que é, na maioria das vezes, o contexto no qual vivem. Nesta linha, aplicar um regime que não o aberto “pode constituir-se como uma forma institucional (e não assumida) de exclusão [...]”¹⁵¹. Defendem como essencial, no processo de reeducação do menor, um contacto com o exterior. Para tal, a melhor solução começaria por incluir a comunidade nessa tarefa, passando a intervenção a incidir, não apenas no menor, mas também nos restantes aspetos da sua vida, como a família, companhias e atividades¹⁵².

Com respeito pelas diferentes perspetivas sobre o tema, acreditamos ser importante a manutenção do regime aberto enquanto modo de execução da medida de internamento, a par com os regimes semiaberto e fechado. O número de situações em que o regime aberto será apropriado poderá ser, de facto, reduzido, mas não cremos que tal circunstância alicerce a sua eliminação.

Imagine-se um jovem a quem foi anteriormente aplicada medida não institucional e que praticou, novamente, um facto que, à luz da lei penal, configura crime. Suponha-se que este jovem confessou o ato, ainda que não entenda realmente a sua dimensão e consequências, e que, embora provenha de uma família problemática e que incentive, inclusive, a prática de ações ilícitas, é gentil, respeitoso, simpático e afável com os que o rodeiam, tendo até um grupo de amigos que não se identifica com os seus comportamentos¹⁵³. Ora, é perceptível que a medida anterior, executada em liberdade, não foi suficiente para afastar o menor do caminho desviante, mantendo-se a necessidade premente da sua educação para o Direito. Face à presente conjuntura e à insuficiência/ineficácia das medidas não institucionais, julgamos que, neste caso, a medida de internamento em regime aberto seria a mais adequada. Entenda-se o porquê.

Apesar de ser desejável um afastamento temporário da família, cujo contacto não é, de todo, benéfico para o jovem, não se afigura necessário um corte com o restante meio envolvente, nomeadamente, com os seus amigos, que são uma influência positiva na sua vida. O que este menor necessita é de ter rotinas que incutam nele os valores essenciais de uma comunidade, que o façam repensar os seus comportamentos, e de regressar, no fim de um dia de atividades pedagógicas, a um ambiente que irá reforçar e prosseguir essa aprendizagem e onde o menor sinta estabilidade para evoluir (contrariamente ao que sucede junto da sua família). Na verdade, não é pelo facto de as atividades constantes do PEP serem realizadas no exterior que se perde o cunho educativo da intervenção, que se pretende, neste regime, conciliador fora e dentro dos muros do CE. Assim, neste quadro, o regime aberto possibilitaria a concretização e harmonização de dois objetivos:

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*, p. 37.

¹⁵³ Exemplo por nós ficcionado, com inspiração no Ac. do TRC, de 22 de maio de 2019, proc. n.º 1700/17.1T9VIS-B.C1.

a) a continuação de uma vida diária no exterior, já que o convívio do menor com a comunidade (e com os seus pares) não é problemático, mas com a criação de novas rotinas compostas por programas educativos; e b) permitiria o afastamento necessário da família e a consolidação da aprendizagem num ambiente habitacional (o Centro), de apoio, que permite a continuidade da educação iniciada “lá fora”.

Independentemente da posição que se adote no tema – pela manutenção ou abolição do regime –, é importante perceber que as dificuldades alusivas ao regime aberto não partem apenas da forma como a LTE o consagrou (diminuto acompanhamento e forte contacto com o exterior), mas encontram, também, a sua causa em fatores alheios.

Como já evidenciámos, é alarmante a falta de investimento estadual na justiça juvenil¹⁵⁴. Entre muitas outras complicações, a falta de diferenciação dos CE e a falta de recursos faz com que não se verifique, na prática, a flexibilidade de formas de privação da liberdade que a LTE prevê. Coexistindo vários regimes no CE¹⁵⁵, ainda que em unidades distintas, a organização, sistemas de vigilância e estruturas necessárias para o cumprimento do regime fechado recaem sobre os menores internados com regimes menos restritivos, acabando estes por ser diluídos¹⁵⁶.

*Os jovens apresentam grande dificuldade em compreender por que razão lhes é aplicada medida de internamento em regime aberto e não beneficiam do mesmo, sendo patente sentimentos de injustiça e até alguma mágoa face aos técnicos que com eles trabalham e que, não obstante não respeitarem o decidido [...], dão o seu melhor e executam a medida da forma mais adequada às necessidades dos jovens face aos recursos de que dispõem*¹⁵⁷.

Neste conspecto, o Relatório da CAFCE, de 2022, concluiu que, apesar de os tribunais decidirem por medidas em regime aberto, “[...] as mesmas acabam por ser levadas a cabo em regime semiaberto, o qual, nas primeiras fases de execução não representam distinção do regime fechado”¹⁵⁸. Para explicar este fenómeno violador dos direitos do jovem¹⁵⁹, o Relatório aponta a falta de condições e habilitações dos jovens para ingressarem em atividades escolares e outras fora do CE; e a carência de recursos humanos, financeiros e protocolos com outras entidades que lhes permitam executar

¹⁵⁴ Cf. Relatório CAFCE, 2022, p. 55; e Relatório CAFCE, 2023, pp. 60 e 61.

¹⁵⁵ No CE Navarro de Paiva, p. ex., a unidade feminina abrange os três regimes (informação dada pela DGRSP, via email, a 21 de dezembro de 2023).

¹⁵⁶ Duarte-Fonseca, 2005, pp. 479 e 480; Duarte-Fonseca, 2014, p. 78. Veja-se o exemplo de uma vedação exterior in Rodrigues & Duarte-Fonseca, 2003, p. 101.

¹⁵⁷ Relatório CAFCE, 2022, p. 54. No Ac. do TRC de 23 de outubro de 2013 (indicado por Andrade, 2022, p. 101), é manifesta a desconsideração pelo regime aberto aplicado, permanecendo o menor sem contacto com o exterior.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 51.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 53.

uma medida mais livre¹⁶⁰. Desta forma, torna-se praticamente impossível retirar os benefícios daquele que podia ser, no entender do Relatório, o regime mais benéfico para o jovem.

Posto isto, na nossa perspetiva, a solução para o problema em análise não passa pela alteração legislativa do regime aberto, mas sim pela intervenção urgente ao nível das instalações e recursos humanos. Concordamos totalmente com quem julga ser mais fácil e menos arriscado para a eficácia da medida de internamento conceber Centros com um único regime de funcionamento¹⁶¹. Na medida em que nem todos os regimes necessitam das mesmas estruturas, defendemos o fim dos CE que admitem regimes mistos para que a intervenção possa ser genuína e eficaz. Para além disso, não descuremos a desigualdade que tal configuração mista envolve, ao fazer com que os menores sob regimes mais restritivos se sintam injustiçados e revoltados, desestabilizando mais facilmente, “[...] quando sabem perto de si de outros em situação menos limitativa e se apercebem do seu acesso a disponibilidades que lhes estão vedadas”¹⁶². Desta feita, acreditamos que uma reestruturação ao nível dos CE, impondo-se estabelecimentos de regime exclusivo, significará uma intervenção eficiente e um reforço considerável das vantagens do regime aberto que tanto tem sido negligenciado. Adicionalmente, é indispensável o incentivo dos profissionais através da melhoria de condições na área.

Por fim, uma última nota. Apesar de considerarmos o regime aberto proveitoso, ainda que com as aludidas modificações, é importante advertir: afirmar que este regime deve ser aplicado devido às suas potencialidades não é o mesmo que abrir porta a que este seja um instrumento para serem alcançados fins terceiros, como para colmatar necessidades de proteção da criança. Em estudo realizado por Boaventura de Sousa Santos, foram vários os operadores entrevistados a admitir que a falha do sistema da LPCJP faz crescer o recurso à justiça tutelar, nomeadamente, ao internamento em regime aberto, por ser a única forma de que se dispõe para proteger as crianças com famílias ausentes/problemáticas¹⁶³. Decidir-se pela privação da liberdade por necessidades de proteção e não de educação é algo inadmissível e que viola os princípios que orientam a intervenção tutelar educativa, sendo indispensável a melhoria dos serviços para que tal não suceda.

¹⁶⁰ Relatório CAFCE, 2023, p. 45; Relatório CAFCE, 2022, pp. 52 e 53.

¹⁶¹ Rodrigues & Duarte-Fonseca, 2003, p. 101.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Santos B. d., 2004, pp. 591 e 592.

3. Transição para a liberdade: Desafios e perspectivas futuras

A estadia no CE é transitória, colocando-se a questão de saber como preservar a boa evolução do menor após o regresso deste à sua realidade e às condições que favoreceram a trajetória desviante¹⁶⁴.

Na comunidade internacional, foram múltiplos os instrumentos a manifestar preocupação com o dia seguinte. Nas Regras de Havana, estipulou-se que “todos os jovens devem beneficiar de medidas destinadas a auxiliá-los no seu regresso à sociedade, à vida familiar, à educação ou ao emprego depois da libertação” (cf. regra n.º 79) e que as autoridades devem “criar ou recorrer a serviços para auxiliar os jovens a reintegrarem-se na sociedade e para diminuir os preconceitos contra esses jovens” (cf. regra n.º 80). No mesmo sentido, as Regras de Beijing, que promoveram a assistência, supervisionamento e apoio após a saída da instituição (cf. regras n.ºs 28.1, 28.2 e 29.1).

De igual modo, em Portugal, a doutrina foi-se pronunciando. Boaventura de Sousa Santos apontou a ânsia, por parte dos magistrados e técnicos, de que o internamento fosse seguido por uma fase final de adaptação ao exterior¹⁶⁵. Sob o mesmo prisma, Paulo Guerra, quando afirmou que se impunha a consagração de uma medida que assegurasse a transição do CE para a vida em liberdade e a reinserção no meio sociofamiliar¹⁶⁶. Na reunião plenária ocorrida a 27 de março de 2014, que teve por objetivo a discussão dos projetos de lei para uma primeira alteração à LTE, as intervenções dos partidos políticos convergiram, também, nessa mesma preocupação: a de fixar medidas de acompanhamento do menor após o cumprimento do internamento¹⁶⁷. Foi, então, no decurso deste processo legislativo que, com a Lei n.º 4/2015, foram aditados à LTE os arts. 158.º-A e 158.º-B, que vieram instituir, respetivamente, o “período de supervisão intensiva” e o “acompanhamento pós-internamento”. A ideia-base será a de que “a reeducação orientada para a fixação de limites anda de mãos dadas com uma vigilância contentora”¹⁶⁸.

Relativamente ao período de supervisão intensiva, este é determinado por decisão judicial precedida de parecer (obrigatório, mas não vinculativo) dos serviços de reinserção social¹⁶⁹. Esta supervisão visa “aferir o nível de competências de natureza integradora adquiridas pelo menor no meio institucional, bem como o impacto no seu comportamento social e pessoal”¹⁷⁰, num período nunca “superior a metade do tempo de

¹⁶⁴ Intervenção da Ministra da Justiça [Francisca Van Dunem] no Acordo de Parceria entre a DGRSP e a SCML, 2021.

¹⁶⁵ Santos B. d., 2004, p. 689.

¹⁶⁶ Guerra, 2010, p. 106.

¹⁶⁷ Reunião Plenária de 27 de março, Diário da Assembleia da República, I Série – n.º 66, 2014, p. 12.

¹⁶⁸ Neves, 2007, p. 1031.

¹⁶⁹ Júlio Barbosa e Silva acrescenta que terá que existir um parecer do MP, já que lhe compete promover a execução das medidas nos termos do art. 40.º, n.º 1, da LTE (SILVA J. B., 2015, p. 71).

¹⁷⁰ Art. 158.º-A, n.º 1, LTE.

duração da medida”¹⁷¹, podendo ser executada em “meio natural de vida ou [...] em casa de autonomia”¹⁷². Caracteriza-se, assim, por ser uma fase em que o menor irá continuar a ter o apoio indispensável à forte mudança de que é alvo quando retoma a uma vida que existia antes do Centro. Falamos, na maioria das vezes, de regressar a um meio que potenciou o caminho para a delinquência, daí a importância da inclusão de uma norma legal deste tipo, sob pena de o menor reincidir no mesmo ciclo de transgressão. Neste sentido, prevê o n.º 6 do art. 158.º-A da LTE a possibilidade de o Tribunal sujeitar o jovem ao cumprimento de obrigações e/ou impor-lhe condutas durante o período de supervisão intensiva, como forma de garantir que continuará o seu trajeto de forma digna, desta vez, em liberdade. Se forem cumpridas, a medida é extinta e o processo arquivado¹⁷³; caso contrário, em caso de grave ou reiterada violação das obrigações e regras impostas ao menor, o internamento prosseguirá para cumprimento do tempo da medida que lhe faltar completar¹⁷⁴.

Decidindo o Tribunal pela não estipulação de um período de supervisão intensiva, ainda assim, não fica o menor desprotegido. Para estes casos, prevê-se um acompanhamento pós-internamento realizado pelos serviços de reinserção social, com o intuito de acompanhar o regresso do menor à liberdade e de propor fundamentadamente, sendo caso disso, junto da comissão de proteção de crianças e jovens, a instauração de processo de promoção e proteção, nos termos da LPCJP¹⁷⁵. Estabelece, também, o n.º 4 do mesmo art. que “podem ser criadas, em termos a definir por decreto-lei, unidades residenciais de transição destinadas a jovens saídos de Centro Educativo”¹⁷⁶.

Analisando ambos os instrumentos, torna-se claro o esforço legislativo no sentido de evitar o abandono abrupto do jovem aquando da sua saída do Centro. Afinal,

*[...] se a saída do jovem deve ser trabalhada desde o primeiro dia em que é admitido no Centro Educativo, então é forçoso, sob pena de todo o trabalho desenvolvido durante o internamento colapsar, que o esforço de acompanhamento do jovem se prolongue fora dos muros do estabelecimento [...], sempre que não beneficie de uma adequada retaguarda familiar [...]*¹⁷⁷.

Contudo, não obstante a generosidade das soluções, certos pontos são, ainda, objeto de debate na doutrina.

¹⁷¹ Art. 158.º-A, n.º 4, LTE.

¹⁷² Art. 158.º-A, n.º 5, LTE. É o DL n.º 42/2018, de 12 de junho, que regula as casas de autonomia.

¹⁷³ Art. 158.º-A, n.º 10, LTE.

¹⁷⁴ Art. 158.º-A, n.º 11, LTE.

¹⁷⁵ Art. 158.º-B, n.º 3, LTE.

¹⁷⁶ Art. 158.º-B, n.º 4, LTE.

¹⁷⁷ Martins N., 2022, pp. 464 e 465.

Conceição Cunha questiona a “[...] razão para estas “medidas” surgirem em alternativa, pois são pensáveis situações em que a sua conjugação poderia fazer sentido”¹⁷⁸. Ademais, julga a mesma autora que o período de supervisão intensiva deveria ser obrigatório pelo menos quando esteja em causa o internamento em regime fechado¹⁷⁹.

Mas se há quem encare este período como necessário, também há quem questione a sua lógica.

Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues, “[...] não se compreende a previsão do «período de supervisão intensiva», ao jeito de uma liberdade condicional tal como existe no sistema penal para adultos [...]”¹⁸⁰. Como pudemos observar, é pressuposto para a aplicação de uma medida a constatação de que existe uma necessidade educativa atual. Assim, em honra a este princípio, a autora entende não ser legítimo fixar tal supervisão na fase final da execução do internamento em regime fechado, porquanto “[...] o internamento em regime fechado, tal como foi concebido na Lei Tutelar Educativa, não é um arremedo de «prisão» para adolescentes e jovens” e “o que deve ditar a decisão de substituir o internamento por uma medida de flexibilização é a evolução da educação para o direito do adolescente e do jovem”¹⁸¹. Assim, na visão da autora, “[...] um acompanhamento ou «supervisão intensiva», na fase final da execução do internamento em regime fechado, a configurar como uma fase obrigatória ou facultativa do internamento” não deverá ter lugar¹⁸².

Na mesma linha, José Eduardo Lima afirma que “[...] este mecanismo, ou outro similar, foi de propósito descartado do desenho inicial que a LTE traçou para a execução das medidas”¹⁸³, resultando o seu aditamento de um “equivoco” – equivoco esse assente na ideia de que, na mesma medida em que a rigidez de uma pena de prisão justifica um período como a liberdade condicional, também a rigidez da medida de internamento justifica um período de transição semelhante¹⁸⁴. Porém, garante o autor que, além de esta rigidez não existir no campo tutelar educativo, está já a transição gradual do jovem internado para a liberdade assegurada pelo instituto da revisão¹⁸⁵.

Destarte, considera o mesmo autor que a opção legislativa mais adequada teria sido a de consagrar a supervisão intensiva “[...] como um dos efeitos da revisão da medida de internamento, a par dos já previstos no art. 139.º n.º 1, e com estes conjugado, assim se

¹⁷⁸ Cunha, 2016, p. 482.

¹⁷⁹ *Ibidem*. Como menciona a autora, o Projeto de Lei n.º 520/XII (PS) previa a obrigatoriedade da supervisão (*Ibidem*, nota 139).

¹⁸⁰ Rodrigues, 2019, p. 65.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Lima, 2022, p. 457.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 457 e 458.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 458.

aperfeiçoando este regime [...]”¹⁸⁶. De facto, podemos observar no n.º 4 do art. 137.º da LTE que “a medida de internamento, em regime semiaberto e em regime fechado, é obrigatoriamente revista seis meses após o início da sua execução ou após a última decisão de revisão” (cf. art. 137.º, n.º 4, LTE)¹⁸⁷. Dessa revisão podem resultar os efeitos previstos no n.º 1 do art. 139.º, nomeadamente a possibilidade de substituir a medida de internamento por uma medida não institucional. Nesta senda, para José Eduardo Lima, a substituição, em sede de revisão, da medida de internamento por medida de acompanhamento educativo, com sujeição a regras de conduta/obrigações, produz o mesmo resultado que a supervisão intensiva¹⁸⁸.

Embora seja pertinente a visão que nos é dada pelos autores, a questão que nos inquieta é a mesma que nos foi elucidada por Conceição Cunha, em contexto de aula¹⁸⁹: é verdade que, em relação aos regimes semiaberto e fechado, se estipulou (e bem) a obrigatoriedade da revisão, todavia, há que ter em conta que o menor pode até apresentar uma evolução favorável, mas não favorável o suficiente para se considerar a alteração da medida de internamento, mantendo-se, antes, a medida aplicada, tal como prevê a alínea a) do n.º 1 do art. 138.º da LTE. O que se pretende, aqui, clarificar é que, cabendo ao Tribunal a decisão final sobre o efeito da revisão, nunca é totalmente garantido (conquanto possa ser provável) que o menor veja o seu regime ser alterado durante a execução da medida e, principalmente, na fase final da mesma. Isto significa que pode não ocorrer qualquer modificação por via do instituto da revisão e, consequentemente, podemos ter um menor internado em regime semiaberto ou fechado que, como nunca viu a sua medida ser “suavizada”, segue diretamente para a vida em liberdade quando a duração daquela termina sem ter tido qualquer tipo de transição entre o CE e a liberdade. Desta forma, ainda que a revisão acautele esta transição em alguns casos, o facto de haver possibilidade de não acautelar noutros – por estar dependente do entendimento do juiz – leva-nos a considerar a solução da supervisão intensiva vantajosa e necessária, para evitar que, nestes últimos casos, exista uma mudança drástica na vida do menor.

No entanto, apesar do juízo por nós feito sobre a relevância da sua presença, não silenciemos as falhas ao nível prático destas figuras.

De acordo com o Relatório da CAFCE, de 2022, em abril desse ano, encontravam-se apenas quatro jovens (num universo de 123) a beneficiar do período de supervisão intensiva, que tem vindo a ser maioritariamente cumprido em meio natural de vida¹⁹⁰ –

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 460.

¹⁸⁷ Sobre a revisão, cf. Silva J. B., 2013, pp. 405 e 406 e Rodrigues & Duarte-Fonseca, 2003, p. 254.

¹⁸⁸ Lima, 2022, p. 459. Paulo Guerra refere que “existem dificuldades em distinguir o acompanhamento educativo da supervisão intensiva” (Guerra, s/d., p. 50).

¹⁸⁹ No âmbito da disciplina “Direito Penal de Menores”.

¹⁹⁰ Em 2020, dos oito jovens em supervisão intensiva, apenas um cumpriu o período em casa de autonomia (Relatório CAFCE, 2022, p. 64). A DGRSP esclareceu-nos, também, após contacto, via email, a 26 de janeiro

o que, de acordo com o mesmo Relatório, não será o desejado, dada a preferência à sua implementação em casas de autonomia por significarem um cumprimento mais rigoroso das regras¹⁹¹. A realidade é que, em Portugal, existem apenas duas casas de autonomia¹⁹² – nos Açores e em Lisboa –, as quais não permitem assegurar o acolhimento de todos os jovens que o necessitam¹⁹³. É, portanto, imperativa a criação de um maior número de casas na rede nacional, uma vez que “[...] muitas são as situações em que é inviável ou prejudicial que o jovem volte para o seu meio de origem, sendo então imprescindível criar condições para que comece uma nova vida”¹⁹⁴. Nessa medida, é forçoso um aumento do investimento estadual nesta área para que os jovens iniciem o caminho em liberdade num sítio ao qual possam chamar “lar”, com a crucial monitorização aquando dos primeiros contactos com os seus contextos de origem.

Importa referir, ainda, que, de acordo com a informação prestada pela DGRSP¹⁹⁵, nunca foram criadas as unidades residenciais de transição previstas no art. 158.º-B da LTE, cuja presença seria uma mais-valia para jovens sem um suporte familiar adequado.

Cumprir destacar, por fim, que em estudo exploratório realizado por Joana Pimenta sobre a perceção dos técnicos e dos jovens que cumpriram medida de internamento relativamente à supervisão intensiva¹⁹⁶, a conclusão retirada é a de um entendimento praticamente unânime sobre a utilidade deste período. Na visão dos técnicos, só em liberdade é que os jovens são “eles próprios” e, por isso, a saída do CE é um momento delicado em que só a supervisão é capaz de auxiliar o menor a estruturar a sua vida e de evitar que haja espaço para o desvio¹⁹⁷. Quanto aos jovens, a maioria referiu que este período lhes permitiu “começar devagar”, ter uma vida organizada e com oportunidades, e, acima de tudo, ter o apoio que necessitavam¹⁹⁸.

Posto isto, e para que se possa retirar sentido útil ao que acreditamos ter sido um admirável aditamento à LTE, exige-se uma melhoria dos recursos, com vista a uma melhoria das respostas e dos resultados.

de 2024, que dos 19 jovens sujeitos a supervisão intensiva em 2023, apenas cinco cumpriram em casa de autonomia.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 65.

¹⁹² Dado confirmado pela DGRSP (via email, a 2 de novembro de 2023).

¹⁹³ Dispõe o n.º 3 do art. 4.º do DL n.º 42/2018 que as casas de autonomia acolhem um n.º de jovens não superior a oito. Informou-nos a DGRSP, após contacto, via email, no dia 26 de janeiro de 2024, que a casa de Lisboa tem uma lotação máxima de oito jovens e a dos Açores de três.

¹⁹⁴ Cunha, 2016, p. 482.

¹⁹⁵ Mediante contacto, via email, a 26 de janeiro de 2024.

¹⁹⁶ Cf. Pimenta, 2021 – dissertação de mestrado onde o estudo vem enquadrado.

¹⁹⁷ Pimenta, 2021, p. 44.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 53 e 56.

4. A família e o seu papel

No processo de concretização de melhorias no âmbito da justiça juvenil, não deverá ser negligenciado um elemento fundamental: a família (*cf.* art. 173.º, n.º 1, LTE).

Citando Eliana Gersão, as famílias, mesmo as problemáticas, têm um papel insubstituível na vida dos jovens, pelo que pouco se pode alcançar sem a sua colaboração¹⁹⁹.

Resultando à evidência que, por detrás da delinquência juvenil, está, muitas vezes, uma infância conturbada, marcada pela falta de supervisão ou pela ausência/abandono dos pais, é essencial que a intervenção ocorra, não apenas junto dos menores, mas também junto das suas famílias. Seguimos Júlio Barbosa e Silva quando este afirma que “[...] não se pode admitir que os pais ou cuidadores encarem os seus jovens como um problema exterior e a ser resolvido por terceiros, do tipo colocar um carro na oficina a reparar pelo mecânico”²⁰⁰. Se os pais são, múltiplas vezes, parte do problema, é importante que integrem o processo educativo e de auto-consciencialização²⁰¹ – “[...] a intervenção tutelar é também uma intervenção parental [...]”²⁰².

Com efeito, é o próprio art. 22.º da LTE que apela à participação, sempre que for possível, dos pais ou outras pessoas de referência para o menor na execução das medidas.

Nesta linha, veio o 2.º Relatório da CAIDJCV recomendar o desenvolvimento de um programa de reforço da parentalidade consciente e a promoção de iniciativas de fomento de competências parentais²⁰³. Somos da opinião que a educação se deve estender a estas figuras da vida dos menores, não apenas (embora principalmente) quando o jovem é entregue à justiça, mas, de preferência, desde sempre. Um seio familiar²⁰⁴ estável, que transmita ao jovem os valores fundamentais da comunidade desde o início da sua vida, significará uma menor probabilidade de este vir a delinquir. Considerando que “a criança utiliza as experiências que tem com o seu progenitor para construir um modelo mental do ‘eu-em-relação’”²⁰⁵, acreditamos que se existir apoio junto da família, auxiliando-a na tarefa de formar uma criança ou, numa fase (indesejada) posterior, na tarefa de contribuir para a sua educação no CE, tal

¹⁹⁹ Gersão, 1997, p. 582.

²⁰⁰ Silva J. B., 2013, p. 110.

²⁰¹ Existirão sempre casos em que não será de exigir o envolvimento dos pais/cuidadores, p. ex., quando são estes as vítimas dos atos praticados (Silva J. B., 2013, p. 111). Ou situações em que não será do superior interesse do menor a manutenção do contacto com a sua família, p. ex., quando os atos foram incentivados por esta. A este propósito, o GT-LTE propôs uma “corresponsabilização parental” – esta medida não foi, no entanto, implementada (Furtado, 2013, p. 67).

²⁰² Silva J. B., 2013, p. 110. Alguns países, como a Bélgica, fixaram na sua lei um “estágio parental” para pais de jovens delinquentes (*cf. Ibidem*, p. 112).

²⁰³ Relatório CAIDJCV, 2023, pp. 49, 80 e 84.

²⁰⁴ Entenda-se “familiar” abrangendo parentes e outras figuras de referência na vida do menor.

²⁰⁵ Silva A. Z., 2009, p. 56.

representará um sucesso na prevenção da delinquência e, no segundo caso, no “tratamento” desta delinquência.

Neste sentido, a educação parental deve ser implementada, desde logo, nas escolas. Como indica a Ordem dos Psicólogos Portugueses, é essencial que as escolas possuam psicólogos capazes de “apoiar as famílias no cumprimento das suas funções básicas”²⁰⁶. Em relação aos pais/representantes de jovens alvo de medidas tutelares educativas, é importante a disponibilização de cursos individualizados para que estes possam educar-se e desenvolver/aprimorar conhecimentos e habilidades necessárias para uma melhor abordagem com as suas crianças e jovens que transgrediram a lei. Defendemos, contudo, que estes programas deverão ser de participação facultativa, devendo partir dos próprios a iniciativa de os querer frequentar, com vista a uma maior adesão e eficácia da intervenção²⁰⁷.

No caso concreto da medida de internamento, a família pode ter “[...] um papel determinante na preparação do regresso do jovem ao seu meio social, evitando, igualmente, uma sensação de abandono que possa surgir por via do ingresso no Centro”²⁰⁸. A este propósito, revela-se crucial a proximidade dos CE à residência das famílias dos jovens²⁰⁹, exigência esta imposta pelo n.º 2 do art. 150.º da LTE. Ditando o internamento, só por si, o afastamento da família, “não deve acrescer a esta circunstância um afastamento geográfico para além do que estritamente possa já resultar imposto por questões estruturais e de organização administrativa [...]”²¹⁰.

²⁰⁶ Cf. Projeto “Escola SaudávelMente”.

²⁰⁷ Subscrevemos Júlio Barbosa e Silva: medidas obrigatórias “[...] podem ser contraproducentes e até injustas na medida em que podem colocar um peso excessivo na falta de supervisão parental, esquecendo que [...] determinados factos podem não ter na sua base uma falta de educação ou supervisão parental” (Silva J. B., 2013, p. 112).

²⁰⁸ Silva J. B., 2015, p. 42.

²⁰⁹ Cunha, 2016, p. 463.

²¹⁰ Rodrigues & Duarte-Fonseca, 2003, pp. 97 e 98.

Conclusão

O estudo da literatura, aliado à consulta de relatórios e estatísticas, conduziu-nos à constatação da necessidade premente de refletir, na presente dissertação, sobre a delinquência juvenil, mais concretamente, sobre a pertinência e eficácia da aplicação da medida de internamento em CE no âmbito da intervenção tutelar educativa.

Antes de mais, há que aplaudir o percurso que tem vindo a ser feito com vista ao aperfeiçoamento da justiça juvenil, nomeadamente através da Lei n.º 4/2015, que introduziu disposições fundamentais à LTE e colmatou falhas que há muito vinham sendo apontadas pela doutrina. Apesar de notável esforço legislativo, verificámos que a lei em pouco auxilia quando a realidade não a acompanha.

Consideradas as várias perspetivas, chegámos à conclusão de que o internamento em CE é necessário e frutífero, ainda que em limitados casos – quando, pelas circunstâncias de vida do menor, é exigido um corte (mais ou menos intenso) com o seu meio. Não obstante, confrontámo-nos, no decurso da investigação, com inúmeras falhas no seu emprego, falhas essas que nos fazem crer na urgência de repensar o regime. Evidenciou-se, assim, que o principal problema reside, não na lei, mas na incapacidade técnica de executar cabalmente a medida.

Quanto ao internamento em CE, constatámos que a sua potencialidade está obscurecida pelas dificuldades na sua aplicação prática. É necessário que os CE tenham como objetivo final (e real) a educação dos jovens para o Direito e não a sua própria proteção, sob pena de continuarem a ser vistos por alguns como meros espaços de encarceramento de menores, aproximando-se a medida de internamento de uma medida de natureza penal que visa, não reeducar, mas sancionar. Se é o cunho educativo que legitima tal privação da liberdade, a aposta deverá ser em métodos didáticos individualizados, de acordo com as necessidades de cada menor. Esta educação especializada, a nosso ver, só será possível se existir uma profunda reestruturação ao nível dos Centros.

Admitir a existência de CE de regime misto, que permitem a coexistência de vários regimes de internamento, ainda que em unidades residenciais distintas, é “[...] fazer entrar pela janela aquilo a que manifestamente se havia querido fechar a porta com a reforma do sistema tutelar de menores”²¹¹. Para além dos problemas óbvios associados ao facto de conviverem, no mesmo espaço, menores delinquentes primários e reincidentes, menores de diferentes faixas etárias, e menores que praticaram diferentes tipos de atos ilícitos, esta falta de diferenciação também não permite que se executem plenamente os diferentes tipos de regime, acabando uns a ser diluídos por outros²¹².

²¹¹ *Ibidem*, pp. 101 e 102.

²¹² Duarte-Fonseca, 2005, pp. 478-480; Duarte-Fonseca, 2014, pp. 78, 86 e 87.

Assim sendo, propomos a implementação, na rede nacional, de Centros de regime exclusivo para uma maior eficácia da intervenção e, particularmente, para que seja possível retirar as vantagens do regime aberto que têm sido obstaculizadas por esta ausência de distinção.

Com o intuito de evitar que o internamento seja percecionado como uma medida punitiva, parece-nos, igualmente, pertinente que, das duas uma: ou que não continue a ser a DGRSP a entidade responsável pela execução das medidas tutelares educativas, sendo relevante a criação/atribuição de um organismo exclusivamente dedicado à justiça juvenil; ou, caso não se afigure exequível, que seja determinada, pelo menos, a impossibilidade de o mesmo técnico acumular funções relativas ao processo penal e ao processo tutelar educativo²¹³.

Em relação à passagem para o mundo exterior, as medidas de supervisão intensiva e de acompanhamento pós-internamento pecam pela falta de estruturas, impondo-se um aumento do número de casas de autonomia e a criação efetiva de unidades residenciais de transição. Na maioria das situações, só através destes espaços será possível assegurar que a transição dos menores para a liberdade seja feita “devagar” (como os próprios enunciam), com apoio, visto que, muitas vezes, estes carecem de um suporte familiar adequado e que garanta, principalmente numa fase inicial, a continuação do trabalho iniciado no CE.

No que toca ao papel da família, este é crucial pela sua influência no trajeto de vida do menor. Tendo em mente que nos encontramos todos a vivenciar o mundo pela primeira (e única) vez e que nem os pais/representantes são “super-heróis”, há que reconhecer que também a família pode necessitar de ser educada. Neste âmbito, revela-se importante, para a prevenção da delinquência, a implementação de formações parentais nas escolas. Para pais de menores delinquentes, quer tenham estes contribuído ou não para o caminho desviante, devem ser disponibilizados cursos personalizados, de participação facultativa, que possibilitem a interiorização de valores do Direito e que transmitam estratégias parentais. A (re)educação dos pais terá, certamente, impacto no prosseguimento do caminho da (re)educação do menor – tal como afirma Maria João Leote, “a reabilitação do jovem implica [também] a (re)construção da noção de família [...]”²¹⁴.

A fim de viabilizar a concretização de todas as mencionadas sugestões, é fundamental o aumento do investimento do Estado nesta área, bem como a melhoria das condições de trabalho dos técnicos. Só com essa melhoria será possível aumentar a

²¹³ Santos B. d., 2010, pp. 239 e 341. A este respeito, procurámos obter informação junto da DGRSP sobre a existência, ou não, de tal impedimento – sem êxito. No entanto, mediante a análise do DL n.º 215/2012 (Lei Orgânica da DGRSP), evidencia-se a ausência de norma legal que impeça essa acumulação.

²¹⁴ Carvalho M. J., 2016, s/p.

qualidade dos serviços prestados e colmatar a falta de recursos humanos que afeta a transformação dos jovens delinquentes.

Investir nos jovens é investir no futuro do nosso país.

*Um abre-olhos é a gente vem para aqui por fazer asneiras e acho que isto é um abre-olhos **‘não, há outras formas de viver’** [sublinhado nosso]. Se toda a gente trabalha para ter a vida que tem, porque é que a gente também não podemos ter? (Jorge, 15 anos)²¹⁵.*

²¹⁵ Manso, 2006, p. 273.

Referências bibliográficas

- ABREU, C. P. de, I. CARVALHO SÁ & V. COSTA RAMOS (2010). *Protecção, delinquência e justiça de menores. Um manual prático para juristas... e não só*. Lisboa: Edições Sílabo.
- AMORIM, R. J. G. F. de (2015). Fundamentos e alcance da recente revisão da Lei Tutelar Educativa. *Revista do CEJ*, n.º 2, pp. 165-185.
- ANDONOVA, G. (2021). Development of juvenile delinquency – causes and conditions. *Vestnik of Saint Petersburg University, Law*, no. 4, pp. 1069-1081.
- ANDRADE, A. S. (2022). Artigo 17.º – Internamento. In C. Dias, M. Santos & R. Carmo (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 92-109. Edições Almedina.
- AZEVEDO, T. & V. DUARTE (2014). Intervenção em centro educativo: Discursos a partir de dentro. *Configurações, Revista de Ciências Sociais*, n.º 13, pp. 103-117.
- BOLIEIRO, H. & P. GUERRA (2014). *A criança e a família – Uma questão de direito(s), visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, 2.ª edição. Coimbra Editora.
- CARNEIRO, R. (coord.) (2014). *A delinquência e o bem-estar juvenil: O caso português e o contexto europeu*. Lisboa: Centro de Estudos dos Povos e Culturas de Expressão Portuguesa (CEPCEP).
- CARVALHO, A. T. de (2022). *Direito Penal, Parte Geral – Questões fundamentais, teoria geral do crime*. Universidade Católica Editora.
- CARVALHO, M. J. L. de (2005). Jovens e delinquências: (Sobre)vivências na família. *Psicologia*, vol. XVIII, n.º 2, pp. 129-158.
- CARVALHO, M. J. L. de (2010) – *Do outro lado da cidade. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*. Tese de doutoramento em Sociologia. Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa.
- CARVALHO, M. J. L. de (2016). A medida de internamento da Lei Tutelar Educativa: Sentido e potencialidades. In Guerra, P. (ed.). *I Congresso de Direito da Família e das Crianças. A criança e a família no colo da lei: As causas não se medem aos palmos*. Edições Almedina.
- CARVALHO, M. J. L. de (2017a). Privação de liberdade na justiça juvenil em Portugal: Da Reeducação do “menor” à “educação para o direito”. *Sociedade e Segurança*, n.º 3: *Espaços de reclusão: Questões teóricas, metodológicas e de investigação*, pp. 361-369.
- CARVALHO, M. J. L. de (2017b). Qual o lugar da justiça juvenil em Portugal? Potencialidades e constrangimentos na aplicação da Lei Tutelar Educativa. *Cescontexto – Direito, Justiça e Cidadania: O Direito na Constituição da Política*, n.º 19, pp. 112-125.
- CARVALHO, M. J. L. de (2017c). Traços da evolução da justiça juvenil em Portugal: Do “menor” à “justiça amiga das crianças”. *Configurações, Revista de Sociologia: Justiça, Direito(s) e Instituições*, n.º 20, pp. 13-28.
- CARVALHO, M. J. L. de (2019). “Aos olhos dos outros nós somos sempre o problema!”. Desafios à intervenção da justiça juvenil. In M. J. Leote et al. (coord). *II Congresso Europeu sobre uma Justiça Amiga das Crianças: Criança e Delinquência – Fortalecer os Sistemas de*

- Justiça*, pp. 92-111. Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais (CICS.NOVA– NOVA FCSH).
- CARVALHO, M. J. L. de & V. R. ORTIZ (2016). La intervención con menores en desprotección y conflicto con la ley: Portugal. In N. Morales (ed.). *La intervención comparada con menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países*, pp. 259-291. Editorial Dykinson.
- CASTRO, J., J. FERREIRA & L. CAPUCHA (2023). Uma análise histórica do sistema de proteção de crianças português: Que lições para o futuro? *Sociologia, Problemas e Práticas* [online], n.º 112, pp. 59-78.
- CUNHA, C. (2015). Educating for justice during custody: An irreconcilable combination. In R. Carneiro. *Youth, offense and well-being: Can science enlighten policy?*, pp. 327-353. Centro de Estudos dos Povos e Culturas de Expressão Portuguesa (CEPCEP).
- CUNHA, C. (2016). Respostas à delinquência juvenil: Do internamento para a liberdade – primeiros passos para a inserção social dos jovens. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 26, pp. 438-483.
- CUNHA, C. (2021). É tudo uma questão de idade. *Jornal Público*.
- DUARTE, V. et al. (2022). “Cidadania digital” e “educação para o direito”: Contributos do Projeto DiCi-Educa para a intervenção em centros educativos. *Sombras e Luzes – Revista da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais*, n.º 7, pp. 119-132.
- DUARTE-FONSECA, A. C. (2005). *Internamento de menores delinquentes, a lei portuguesa e os seus modelos: Um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição*. Coimbra Editora.
- DUARTE-FONSECA, A. C. (2014). Privação de liberdade na justiça juvenil: Contornos de problemas entre meios e fins. *Revista Julgar*, n.º 22, pp. 75-95.
- FERREIRA, P. M. (1997). Delinquência juvenil, família e escola. *Análise Social*, vol. XXXII, n.º 143, pp. 913-924.
- FIALHO, A. J. (2022). Artigo 19.º — Perícia sobre a personalidade. In C. Dias, M. Santos e R. Carmo (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 249-250. Edições Almedina.
- FURTADO, L. (2013). *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório final*. Grupo de Trabalho de Alteração à Lei Tutelar Educativa. Bubok Publishing.
- GERSÃO, E. (1997). A reforma da organização tutelar de menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, pp. 577-617.
- GERSÃO, E. (2019). Os jovens e o sistema criminal: Crónica de um longo caminho. Para lado nenhum? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, pp. 265-299.
- GOFFMAN, E. (2005). *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva.
- GUERRA, P. (s/d.). *Lei Tutelar Educativa: Breve panorâmica e alterações legislativas*. Ordem dos Advogados.
- GUERRA, P. (2010). A Lei Tutelar Educativa – Para onde vais? *Revista Julgar*, n.º 11, pp. 99-108.

- LEANDRO, A. (2015). Protection systems and youth well-being – A focus on intervention. In R. Carneiro. *Youth, offense and well-being: Can science enlighten policy?*, pp. 355-373. Centro de Estudos dos Povos e Culturas de Expressão Portuguesa (CEPCEP).
- LIMA, J. L. (2022). Artigo 158.º-A – Período de supervisão intensiva. In C. Dias, M. Santos & R. Carmo (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 454-463. Edições Almedina.
- MALHEIRO, M. B. (2021). A educação para o direito nos centros educativos: Regime dos prémios e medidas disciplinares. *Observatório Almedina*.
- MANSO, A. (2006). *Educação para o direito: Representações sociais de jovens institucionalizados em centro educativo*. Dissertação de Mestrado em Estudos da Criança, Universidade do Minho – Instituto de Estudos da Criança.
- MANSO, A. & A. TOMÁS DE ALMEIDA (2009). Representações sociais de jovens institucionalizados em centro educativo – Perspetivas sobre a educação para o direito. *Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*, n.º 2, pp. 31-42.
- MANSO, A. & A. TOMÁS DE ALMEIDA (2010). “E depois o que é querer que faça?”. Educar para o direito: Pontes de ligação do centro educativo à comunidade. *Educação, Sociedade & Culturas*, n.º 30, pp. 23-40.
- MARTINS, E. C. (2022). O sistema de proteção à infância portuguesa (séc. XX): Dos normativos jurídicos e pressupostos científicos aos dispositivos de intervenção. *CLIO: Revista de Pesquisa Histórica*, n.º. 40, pp. 236-261.
- MARTINS, N. (2022). Artigo 158.º-B – Acompanhamento pós-internamento. In C. Dias, M. Santos e R. Carmo (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 464-466. Edições Almedina.
- MAXIMIANO, A. C. (2018). Juízes sociais no Tribunal de Menores: A realidade – 40 anos após a sua criação. *Revista do Ministério Público*, vol. 39, n.º 155, pp. 151-178.
- MEDEIROS, C. L. & M. BAPTISTA COELHO (1991). Do desvio à instituição total: Sub-cultura, estigma, trajectos. *Cadernos do CEJ*, n.º 2/89, pp. 16-31.
- NEGREIROS, J. (2001). *Delinquências juvenis: Trajectórias, intervenções e prevenção*. Lisboa: Editorial Notícias.
- NEVES, T. (2007). A defesa institucional numa instituição total: O caso de um centro de internamento de menores delinquentes. *Análise Social*, vol. XLII (185), pp. 1021-1039.
- NEVES, T. (2008). Educação para o direito e mediação de conflitos. *Educação, Sociedade & Culturas*, n.º 27, pp. 73-88.
- NEVES, T. (2011). Educação em centro educativo: Um lugar para a mediação. In J. Barreto Xavier (coord.). *Arte e delinquência*, pp. 105-115. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- PIMENTA, J. M. da S. (2021). *A perceção dos/as técnicos/as de reinserção sociais e dos jovens que cumpriram medida de internamento em Centro Educativo sobre a supervisão intensiva: Um estudo exploratório*. Dissertação de Mestrado em Criminologia, Universidade da Maia.
- RODRIGUES, A. M. (1997). Repensar o direito de menores em Portugal – Utopia ou realidade? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, pp. 355-386.

- RODRIGUES, A. M. (2019). Jovens e delinquentes: A revisão urgente da idade da imputabilidade. In A. Dias Ramos & A. Amaro Rosa (coord.). *Estudos em homenagem a António Henriques Gaspar*, pp. 53-74. Edições Almedina.
- RODRIGUES, A. M. & A. C. DUARTE-FONSECA (2003). *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra Editora.
- SANTOS, B. de S. (dir.) (2004). Os caminhos difíceis da “nova” justiça tutelar educativa: Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa. *Observatório Permanente de Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- SANTOS, B. de S. (2010). Entre a lei e a prática: Subsídios para uma reforma da Lei Tutelar Educativa. *Observatório Permanente de Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- SANTOS, M. (2022). Artigo 1.º — Âmbito da lei. In C. Dias, M. Santos & R. Carmo (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*, pp. 13-23. Edições Almedina.
- SILVA, A. Z. (2009). O estilo de vinculação e o desenvolvimento de comportamentos delinquentes na adolescência: Factor de risco ou de protecção. *Ousar Integrar – Revista de reinserção social e prova*, n.º 2, pp. 55-68.
- SILVA, J. B. e (2013). *Lei Tutelar Educativa comentada: No âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Edições Almedina.
- SILVA, J. B. e (2015) – “E se todo o mundo é composto de mudança...”: Um primeiro comentário sobre as novidades trazidas pelas alterações à Lei Tutelar Educativa, efetuadas pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro. *Revista do Ministério Público*, n.º 143, pp. 27-78.
- SILVA, J. M. da (2014). A imputação de tipos de culpa aos jovens entre os 12 e os 16 anos nos processos tutelares educativos, e alguns aspetos da reforma da LTE: Uma reflexão jurisprudencial. *Revista Julgar*, n.º 24, pp. 47-65.
- SOTTOMAYOR, M. C. (coord.) (2003). *Cuidar da justiça de crianças e jovens. A função dos juízes sociais – Actas do Encontro*. Edições Almedina.
- SUSANO, H. (2010). A dinâmica do processo na Lei Tutelar Educativa – Contributo para a resolução de questões jurisprudenciais suscitadas na sua aplicação. *Revista Julgar*, n.º 11, pp. 109-133.
- VALADA, D. C. & J. E. LOURENÇO DOS SANTOS (2019). A estigmatização e sua influência na etimologia criminal. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, n.º 5, pp. 321-344.

Jurisprudência consultada

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22 de maio de 2019, processo n.º 1700/17.1T9VIS-B.C1. Relator: Helena Bolieiro.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23 de outubro de 2013, processo n.º 1233/11.0TAGRD-B.C1. Relator: Alice Santos.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 8 de março de 2022, processo n.º 83/19.0T8ELV-F.E1. Relator: Moreira das Neves.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de setembro de 2023, processo n.º 223/07.1TMPDL-D.L1-9. Relator: Jorge Rosas de Castro.

Relatórios e outros

Estatística Mensal dos Centros Educativos, outubro 2023.

Follow-up realizado em 2021: Avaliação do percurso dos jovens após a cessação das medidas tutelares educativas de internamento e de acompanhamento educativo, relativa aos anos de 2019 e 2020.

Intervenção da Ministra da Justiça [Francisca Van Dunem] no Acordo de Parceria entre a DGRSP e a SCML para criação de uma Casa de Autonomia em Lisboa, 2021.

Relatório Anual de Segurança Interna (RA SI), 2021.

Relatório Anual de Segurança Interna (RA SI), 2022.

Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos (CAFCE) 2022.

Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos (CAFCE), 2023.

Relatório da Comissão de Análise Integrada da Delinquência Juvenil e da Criminalidade Violenta (CAIDJCV) – 2.º Relatório, 2023.

Reunião Plenária de 27 de março, Diário da Assembleia da República, I Série – número 66, 2014.

Contratação pública, proteção de dados e inteligência artificial

**Problematizar a fase de habilitação – em especial,
o artigo 85.º, n.º 3, do CCP**

Luís Maria Teixeira Cardoso

Sob a orientação da Professora
Doutora Filipa Urbano Calvão

Agradecimentos

À Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito, Escola do Porto –, pela diferente visão que me proporcionou e pelas portas que me abriu, em especial no mundo profissional.

Aos meus Professores do Mestrado em Direito Administrativo, pela qualidade, simpatia e proximidade no ensino.

À Senhora Prof. Doutora Filipa Urbano Calvão, a orientadora da presente dissertação, pela disponibilidade, pela atenção, pela simpatia e por desde a primeira aula me/nos fazer perceber a relevância da Proteção de Dados Pessoais no dia-a-dia.

Um especial agradecimento aos Professores do Departamento de Informática da Universidade do Minho, Prof. Doutor José Valença e Prof. Doutor Cesar Analide, pelas reuniões e pelo tempo disponibilizado para debater o presente tema.

Aos meus pais, irmãos, Liça, prima e primos, tia e tios pelo apoio.

Aos meus amigos que sempre estão lá.

Aos meus avós.

Em especial, à minha avó, por seguir um sonho que também lhe pertence.

Resumo

A evolução do panorama jurídico europeu no desenvolver do direito à proteção de dados pessoais representa uma mudança de paradigma, capaz de entender o valor da circulação de dados e das operações de tratamento destes.

A nossa dissertação procura explorar a circulação de dados pessoais no seio dos procedimentos de contratação pública, em especial na fase de habilitação, por ser um momento procedimental em que se opera o tratamento de dados referentes a condenações penais. A delicadeza do tratamento deste tipo de dados leva-nos a questionar o método consagrado pelo legislador nacional para cumprimento da inexistência de impedimentos legais, aferindo sobre a proporcionalidade da solução e o enquadramento da mesma perante as obrigações decorrentes da regulamentação europeia em matéria de proteção de dados pessoais.

Através da análise de posições doutrinárias, dos restantes ordenamentos jurídicos europeus e, em especial, de métodos decorrentes dos avanços tecnológicos em matéria de inteligência artificial, chegamos à conclusão de que existem meios menos lesivos para o direito à proteção de dados pessoais e que conseguem atingir o mesmo objetivo a que se propõem. Contudo, cabe ao legislador nacional manter a senda da mudança que introduziu com o Portal Nacional dos Fornecedores do Estado, procurando estabelecer soluções menos lesivas no cumprimento das exigências dadas pelo estabelecimento de impedimentos aos parceiros privados na contratação pública.

Palavras-chave: concorrentes; concurso público; consulta prévia; contratação pública; crimes; dados pessoais; diretivas; excesso de tratamento; fase de habilitação; impedimentos; operações de tratamento; proteção de dados pessoais; portal de fornecedores do estado; procedimentos; proporcionalidade; proposta; registo criminal.

Abstract

The evolution of the European legal panorama in the development of the right to the protection of personal data represents a paradigm shift, now capable of understanding the value of the circulation of data and its processing operations.

Our dissertation seeks to explore the circulation of personal data within public procurement procedures, especially in the qualification phase, as this is a procedural moment in which data relating to criminal convictions is processed. The delicate nature of the processing of this type of data leads us to question the method used by the national legislator to comply with the absence of legal impediments, assessing the proportionality of the solution and how it fits within the obligations arising from European regulations on the protection of personal data. By analysing doctrinal positions, other European legal systems and methods arising from technological advances in artificial intelligence, we have concluded that there are means that are less damaging to the right to personal data protection and still achieve the same objective.

However, it is up to the national legislator to continue along the path of change introduced with the National Portal for State Suppliers, seeking to establish less damaging solutions in fulfilment of the requirements given by the establishment of impediments to private partners in public procurement.

Keywords: bidder; crime; criminal record; directive; excess processing; impediment; personal data protection; personal data; prior consultation; procedure; processing operation; proportionality; public procurement; public tender; qualification phase; state suppliers' portal; tender.

Lista de siglas e abreviaturas

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CCP	Código dos Contratos Públicos
Cfr.	Conforme
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DSIC	Direção de Serviços de Identificação Criminal
IA	Inteligência Artificial
<i>i.e.</i>	<i>Id Est</i>
IMPIC	Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção
n.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	Página
pp.	Páginas
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCA-S	Tribunal Central Administrativo Sul
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
V.	<i>Vide</i>

Índice

Introdução	7
Nota introdutória	7
Objeto	7
Sequência	8
1. O direito e a proteção de dados – perspectiva europeia e nacional	9
1.1. Perspetiva europeia – o RGPD	10
1.2. Perspetiva nacional – a previsão constitucional e a Lei 58/2019	13
2. Os procedimentos de contratação pública e os dados em tratamento	14
2.1. A fase de habilitação	16
2.2. Enfoque problemático	18
2.2.1. Do mecanismo de heterocontrolo entre concorrentes	20
2.2.2. Dos fundamentos de licitude do RGPD	21
2.2.3. Do interesse público e a proporcionalidade	21
2.2.4. Do desequilíbrio de posições entre Administração e concorrentes	24
2.3. Análise dos procedimentos disponibilizados no Portal BASE	26
3. Uma solução ajustada ao presente? – Apreciação global	27
3.1. Propostas doutrinárias	30
3.2. A europeização das normas	31
3.3. O Portal Nacional de Fornecedores do Estado	33
3.4. Inteligência artificial e programação	34
3.4.1. Problematização	35
Conclusões	37
Referências bibliográficas	40
Lista de jurisprudência	42
Plataformas consultadas	43
Anexos	44

Introdução

Nota introdutória

No panorama jurídico hodierno, tanto a legislação sobre a proteção de dados pessoais, com particular destaque para o Regulamento Geral da Proteção de Dados¹ (RGPD, doravante), como a legislação nacional, especificamente a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (Lei 58/2019, doravante), são aplicáveis à atividade desenvolvida pela Administração Pública. Em demonstração do referido, o Código do Procedimento Administrativo² consagrou o *princípio da proteção dos dados pessoais*, no art. 18.º. Enquanto princípio geral orientador da atividade administrativa, confere a todos os particulares a proteção dos seus dados pessoais e a segurança dos sistemas e suportes utilizados pela Administração Pública que efetuam tratamento de dados.

Por outro prisma, o desenvolvimento tecnológico conduziu a um aumento notável na quantidade de operações de tratamento de dados pessoais, que resulta num valor cada vez mais acentuado destes para quem os trata – no nosso caso, para as autoridades públicas³. E, o valor, entenda-se de diferentes perspetivas: seja pelos cuidados a ter, pelos deveres perante os titulares ou pelos diversos interesses que podem servir.

Objeto

O foco da análise é a relação estabelecida entre o regime dos contratos públicos e o regime da proteção de dados. Toda a atividade administrativa tem de respeitar o enquadramento legal aplicável à proteção de dados, no entanto, a presente dissertação versa apenas sobre aspetos inerentes à fase pré-contratual.

Reconhecendo que são diversos os domínios de incidência da proteção de dados nos procedimentos de formação de contratos públicos, a exposição com a qual nos comprometemos incide sobre uma problemática específica: a fase de habilitação do adjudicatário, no contexto da inexistência de impedimentos relacionados com condenações penais. Em particular, a ligação estabelecida entre o art. 55.º, n.º 1, al. b) e h) e o art. 81.º, ambos do Código dos Contratos Públicos⁴ (CCP, doravante).

Como reflete Prata Roque, “O progresso tecnológico vertiginoso tem contribuído não só para uma aproximação entre a administração pública e aqueles que com ela se

¹ Regulamento (UE), 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

² DL n.º 4/2015, de 07 de janeiro de 2015, atualizado à versão mais recente, do DL n.º 54/2023, de 14 de julho.

³ Na base da ideia, v. Lynskey, 2015, p.2.

⁴ DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro de 2008, atualizado à versão mais recente do DL 54/2023, de 14 de julho.

relacionam, como para uma evidente melhoria da eficiência, celeridade e simplificação dos procedimentos administrativos”⁵.

Neste sentido, os procedimentos eletrônicos de contratação pública agregam toda a informação numa plataforma acessível a todos os concorrentes, o que beneficia o cumprimento da transparência e da igualdade de oportunidades.

A análise visa elucidar sobre a norma do art. 85.º, n.º 3, do CCP, que consagra a disponibilização, para consulta de todos os concorrentes, dos documentos de habilitação apresentados pela entidade adjudicatária na plataforma eletrónica utilizada no procedimento pré-contratual.

Em jeito de problematização, questionamo-nos:

A que custo deve o legislador nacional privilegiar a transparência nos procedimentos? Poder-se-á sobrepor ao respeito pelo direito fundamental da proteção de dados pessoais?

Sequência

A presente dissertação inicia-se pela exposição teórica sobre o direito à proteção de dados pessoais enquanto direito autónomo e na sua relação com o binómio contratação pública/regime da proteção de dados e a forma como estes se entrelaçam.

De seguida, partimos para a problematização das normas, para que se compreenda as exigências que advêm do RGPD e a forma como cumprem a *licitude no tratamento de dados pessoais*.

Por fim, o último capítulo focar-se-á na procura de soluções que proponham a mudança e melhor satisfaçam as exigências legais. Apresentaremos diferentes perspetivas sobre o tema – entre as quais, a nossa.

⁵ Cfr. Roque, 2023, p. 645.

1. O direito e a proteção de dados – perspetiva europeia e nacional

O tratamento de dados pessoais sempre constituiu uma prática comum nas sociedades do continente europeu⁶. A ideia de criar “um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas”⁷ saiu reforçada com a celebração do Tratado de Lisboa que entrou em vigor no final de 2009. O alargamento da capacidade legislativa do Parlamento Europeu nos mais diversos domínios no seio de uma Europa unida, em conjunto com os marcantes desenvolvimentos sociais relacionados com os avanços tecnológicos e a proliferação da internet/redes sociais e da *big data*, tornaram premente a regulamentação em matéria de proteção de dados pessoais.

Hodiernamente, todo o debate que incida na relação entre o Direito e a Proteção de Dados no espaço europeu assenta num plano jurídico consolidado, fruto de um longo caminho já percorrido. Analisando o desenvolvimento da matéria de proteção de dados pessoais nos instrumentos legislativos da União Europeia:

(i) Desde logo, o Art. 8.º da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais⁸, de 4 de novembro de 1950, que consagra o direito ao respeito pela vida privada⁹ e familiar¹⁰.

(ii) O art. 8.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹¹, que prescreve que “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhe digam respeito”¹², acrescentando no n.º 2 que esses dados devem ser objeto de um tratamento “leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei”.

(iii) Na mesma senda, o art. 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que institui o direito à proteção de dados, cimentando a competência do Parlamento Europeu e do Conselho para “estabelecerem as normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União”¹³.

⁶ No desenvolvimento dos antecedentes na Europa, v. Alves, 2021, pp. 24-29.

⁷ Art. 2.º, n.º 2, do Tratado de Lisboa, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL>.

⁸ Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, Roma, de 4 de novembro de 1950.

⁹ Relativamente à definição de privacidade, v. Krotoszynski Jr., 2016, pp. 2-5.

¹⁰ “Natural persons have the right to private life, regardless of the quality they hold, and the protection of personal data is enshrined as a distinct right from the right to private life in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.”, cfr. Alexe & Mihail-Sandru, 2020, p. 226.

¹¹ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2016/C 202/022, de 7 de junho de 2016.

¹² A expressão “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhe digam respeito” surge algum malgrado. Tal como menciona Joel Alves, o TJUE já demonstrou nos desideratos da jurisprudência europeia que o direito à proteção de dados “não deve ser encarado como uma prerrogativa absoluta, mas antes ser tomado em consideração face à sua função na sociedade”, cfr. Alves, 2021, pp.50-51.

¹³ Cfr. art. 16.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

(iv) Dadas as bases, projetou-se o primeiro grande contributo para a construção da dogmática do direito à proteção de dados – a Convenção 108 do Conselho da Europa de 1981, de 28 de janeiro de 1981, relativa à Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais¹⁴.

(v) Assim se chegou a um instrumento legislativo mais completo, a Diretiva 95/46/CE de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados¹⁵. Em traços largos, *inter alia*, estendeu o tratamento a dados não automatizados, definiu os princípios relativos à legitimidade para o tratamento de dados pessoais e categorizou a natureza dos dados pessoais a tratar, tendo em conta a sensibilidade que possam revelar¹⁶.

1.1. Perspetiva europeia – o RGPD

No seguimento dos avanços jurídicos aqui relevados, o legislador europeu sentiu a necessidade de acompanhar uma nova era no tratamento de informações pessoais, num contexto tecnológico já muito diferente do que se protagonizava em 1995 (ano em que se regulou a Diretiva de Dados Pessoais)¹⁷.

Estabelecidas as condições e imbuídos deste dever, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram o já mencionado RGPD¹⁸, em 2016, relativo à proteção das pessoas singulares na tutela e tratamento de dados pessoais. De forma concisa, o grande objetivo do RGPD é garantir a livre circulação de dados no espaço da União Europeia, consagrando um regime jurídico homogéneo no tratamento desses mesmos dados.

De modo a concretizar o objetivo proposto, o regime direciona o seu objeto para “regular a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”¹⁹ –, como esclarece, desde logo, o art. 1.º, n.º 1, do RGPD. Num plano subjetivo²⁰, o campo de aplicação do RGPD abrange apenas as pessoas singulares, excluindo da sua proteção todas as tipologias de pessoas coletivas (conclusão com relevo para fase posterior da dissertação).

No âmbito material, dita o normativo do n.º 1 do art. 2.º que se aplica o RGPD ao tratamento de dados pessoais realizados (i) por meios total ou parcialmente

¹⁴ Convenção 108 do Parlamento Europeu, de 28 de janeiro de 1981.

¹⁵ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995.

¹⁶ Cfr. Alves, Joel A., 2021, pp. 37-38.

¹⁷ Sem propriamente revolucionar o conteúdo da Diretiva de 1995, o RGPD foi uma adaptação à nova realidade - cfr. Coimbra, José Duarte, 2021, p.389.

¹⁸ “Constando de um ato regulamentar da União Europeia, qualquer uma das normas contidas nessas disposições é, por um lado, obrigatória em todos os seus elementos e, por outro, diretamente aplicável em todos os Estados-Membros (...)”, cfr. Coimbra, José Duarte, 2021, p. 391.

¹⁹ A respeito da interpretação da norma, v. Calvão, Filipa Urbano, 2023, pp. 12-13.

²⁰ Cfr. Cordeiro, A. Barreto Menezes, 2021, p. 63.

automatizados; (ii) por meios não automatizados de dados pessoais, desde que contidos em ficheiros ou a eles destinados.

No contexto do RGPD, os dados pessoais são entendidos enquanto informação relativa a uma pessoa singular, identificada ou identificável, tida por titular dos dados, através de um qualquer tipo de identificador (geralmente, o nome). O tratamento desses mesmos dados pessoais sustenta uma operação ou conjunto de operações, tais como a recolha, registo, organização, utilização ou transmissão.

Na estrutura do RGPD é central a figura do *princípio da licitude no tratamento de dados pessoais*, um dos princípios basilares destacado no art. 5.º, n.º 1, alínea a) do RGPD. Assim sendo, a nossa análise debruça-se sobre o art. 6.º, do RGPD, relativo às condições de licitude no tratamento, que começa por esclarecer que o tratamento de dados apenas será lícito se se subsumir a alguma das alíneas do art. 6.º, n.º 1, do RGPD. O corpo da norma estabelece que o tratamento apenas poderá verificar-se quando a pessoa interessada prestar o seu consentimento²¹ ou se for necessário para cumprimento de determinadas obrigações legalmente previstas, de um elenco tipificado das alíneas b) a f).

Ad rem, destacamos os fundamentos de licitude no tratamento de dados pessoais das alíneas b), c) e e), do art. 6.º, n.º 1, do RGPD.

(i) A alínea b) determina que o tratamento de dados pessoais será lícito na medida em que seja (i) *necessário* (ii) *para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte ou para as diligências pré-contratuais, sempre que a iniciativa seja do titular dos dados*. Esta alínea está pensada para o tratamento de dados de pessoas singulares com quem se contrata diretamente, excluindo do seu âmbito o tratamento de dados das empresas e dos seus administradores. O conceito de execução do contrato é abrangente a todo o período que se dá pós-celebração do mesmo. Não obstante, a alínea aplica-se, igualmente, à fase de formação do contrato, desde que a iniciativa seja imputável ao titular dos dados²².

(ii) Por sua vez, a ideia que a alínea c) transmite está relacionada com o tratamento de dados pessoais (i) *necessário* (ii) *para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito*. Deste modo, a obrigação terá sempre origem numa disposição legislativa (não numa disposição contratual)²³, e o tratamento será necessário na medida em que a lei assim o determine, na senda do

²¹ Nos termos do considerando 32 do RGPD, o conceito de *consentimento* consiste num “ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico, ou uma declaração oral”.

²² Cfr. Cordeiro, 2021, p. 112.

²³ *Ibidem*, p. 113.

princípio da legalidade.

(iii) Nos termos da alínea e), o tratamento de dados pessoais é lícito se for *necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício de autoridade pública*²⁴. Uma alínea específica para a atividade administrativa – uma previsão para casos que não se incluam no âmbito das restantes alíneas.

Com relevo, acrescenta o n.º 3 do art. 6.º do RGPD que o fundamento jurídico da necessidade de tratamento de dados, nos termos das alíneas c) e e), deve estar previsto pelo Direito da União ou pelo Direito do Estado-Membro a que o responsável do tratamento está sujeito – atuar na base de um preceito legal que assim o permita.

No caso da alínea c), a finalidade do tratamento é assim determinada pelo fundamento jurídico e, no que respeita à alínea e), o fundamento de interesse público ou exercício da autoridade pública pode (e deve) prever disposições específicas que agregam as condições gerais de licitude do tratamento, os dados objeto de tratamento e as entidades a quem os dados serão transmitidos, quais os efeitos e com que limites.

Neste contexto, reflete Menezes Cordeiro²⁵, com todo o sentido, que a atribuição de competências legislativas aos Estados-Membros coloca em causa a unificação pretendida com um Regulamento Europeu – dado que, de acordo com o art. 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia²⁶, o regulamento tem carácter geral e é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

Contudo, o legislador europeu teve o devido cuidado de criar um importante limite à abertura legislativa conferida ao Direito da União ou dos Estados-Membros. Consta na letra do art. 6.º, n.º 3, *in fine*, que devem os fundamentos jurídicos que aqui se incluem: (i) *responder a um objetivo de interesse público* e (ii) *ser proporcionais ao objetivo legítimo prosseguido*²⁷.

Por último, com relevo para o tema em análise, sublinhamos o art. 10.º do RGPD, relacionado com o tratamento de dados que envolvam condenações penais e infrações assim consideradas à luz do Direito nacional, podendo também subsumir-se a infrações

²⁴ Menezes Cordeiro, analisando o contexto jurídico, ressalva que do texto do RGPD e dos considerandos constam vários exemplos de interesses públicos a prosseguir, seja na gestão de serviços, cuidados de saúde ou ação social, seja arquivamento de dados para fins estatísticos, seja a segurança do Estado e a segurança pública; e, por autoridade pública, deve entender-se as entidades coletivas que atuem revestidas de *ius imperii*, ainda que caiba ao legislador nacional determinar quais as entidades habilitadas a prosseguir a função de autoridade pública – neste sentido, v. *ibidem*, p. 115.

²⁵ Cfr. *ibidem*, p. 113.

²⁶ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 202/01).

²⁷ Quanto ao respeito pela proporcionalidade, o TJUE pronunciou-se no Processo C-58/08, *The Queen*, a pedido de *Vodafone Ltd* e outros: “Todavia, mesmo tendo esse poder, o legislador comunitário deve basear a sua opção em critérios objectivos. Além disso, no âmbito da apreciação dos condicionalismos ligados a diferentes medidas possíveis, deve examinar se os objectivos prosseguidos pela medida adoptada são de natureza a justificar consequências económicas negativas, mesmo consideráveis, para certos operadores” – cfr. Acórdão do TJUE, 8 de junho de 2010, Processo C-58/08, Relator: von Danwitz.

administrativas ou fiscais²⁸. O legislador europeu criou um regime especial sobre o tratamento destes dados pessoais, ainda que não os inclua na categoria de *dados sensíveis*²⁹ (art. 9.º do RGPD).

Assim, dita o preceito normativo que o tratamento de dados pessoais relacionado com condenações penais e infrações será lícito sempre que se reporte aos fundamentos elencados no art. 6.º, n.º 1, do RGPD. Estabelecem-se dois requisitos alternativos e adicionais: (i) *tratamento realizado sob controlo de uma autoridade pública*, ou (ii) *se o tratamento for autorizado por disposições do Direito da União ou dos Estados-Membros que prevejam garantias adequadas para os direitos e liberdades dos titulares dos dados*. Ambos os requisitos na pressuposição de que os registos completos das condenações penais são conservados apenas sob controlo das autoridades públicas. Destarte, o tratamento deste tipo de dados não se circunscreve às entidades públicas, podendo ser efetuado por todos os sujeitos, desde que se cumpram as exigências legais positivadas pelo Direito Interno ou Comunitário³⁰.

1.2. Perspetiva nacional – a previsão constitucional e a Lei 58/2019

A Constituição da República Portuguesa (CRP, doravante) foi uma das primeiras Leis Fundamentais a incluir o direito à proteção de dados pessoais, reconhecendo-lhe a devida autonomia perante o direito à reserva da vida privada. O preceito constitucional presente no art. 35.º da CRP garante o direito de conhecer quem é o responsável pelo tratamento dos nossos dados, a duração, a finalidade e a incidência objetiva desse mesmo tratamento³¹.

Com efeito, a sua inserção na matéria dos “*direitos, liberdades e garantias*” reclama a aplicação do art. 18.º da CRP, devendo as restrições à proteção limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Como explica Lingnau da Silveira³², a consagração constitucional implica que o legislador ordinário, ao regular sobre a matéria de proteção de dados, não desrespeite o núcleo essencial deste direito fundamental. Logo, a primeira proteção de que o titular dos dados deve dispor é a de conhecer o tratamento e ter acesso à informação que outrem

²⁸ Cfr. Cordeiro, 2021, p. 143.

²⁹ Sobre a caracterização de dados sensíveis, v. Pinheiro, 2015, pp. 723-724.

³⁰ Cfr. Cordeiro, 2021, p. 144.

³¹ Art. 35.º, da CRP, define o direito dos cidadãos ao “acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei” e que é “proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excecionais previstos na lei”.

³² Cfr. Silveira, 2010, pp. 506-507.

disponha sobre os seus dados e que as limitações à proteção do direito fundamental não sejam desproporcionais à necessidade.

Na ordem jurídica nacional, a Lei 58/2019, de 8 de agosto, assegura a execução do RGPD e concretiza o preceito constitucional do art. 35.º, n.º 2, da CRP, que previa a necessidade de criar uma “*entidade administrativa independente*” – art. 21.º, da Lei 58/2019, que cria a Comissão Nacional de Proteção de Dados. A regulação normativa estabelecida nesta lei apenas cria um ponto de conexão com a contratação pública, no art. 27.º, segundo o qual, caso seja necessária a publicação de dados pessoais, não devem ser publicados outros para além do nome, quando este seja suficiente para identificar o contraente público e o cocontratante.

2. Os procedimentos de contratação pública e os dados em tratamento

No âmbito dos procedimentos de contratação pública, o ordenamento jurídico português foi pioneiro na introdução das plataformas eletrónicas em todas as etapas do procedimento pré-contratual³³, na senda do fenómeno de “automação administrativa”³⁴. Em 2008, com a aprovação do DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, consolidou-se o Código dos Contratos Públicos que, em conjunto com a Portaria n.º 701-F/2018, de 29 de julho (hodiernamente revogada pela Lei n.º 96/2015), regulou a disponibilização e utilização das plataformas eletrónicas utilizadas nos procedimentos pré-contratuais públicos – *e-procurement*³⁵.

Posteriormente, a verdadeira desmaterialização da contratação pública dá-se através da implementação das Diretivas de 2014³⁶ e a respetiva transposição através da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto³⁷. As plataformas eletrónicas consistem em infraestruturas tecnológicas constituídas por um conjunto de meios e serviços

³³ As estratégias para a inovação e modernização tecnológica do Estado e da Administração Pública continuam a ser uma preocupação do Estado Português, como demonstrado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 55/2020, de 31 de julho, que aprova a Estratégia para a Inovação e Modernização do Estado e da Administração Pública 2020-2023.

³⁴ Expressão retirada de Gonçalves, 1997, p. 48.

³⁵ Sobre experiências internacionais de referência em matéria de contratação pública eletrónica, v. Seong & Lee, 2024, que analisam em detalhe o sistema nacional sul-coreano (GePS), destacando os principais fatores que contribuíram para a sua implementação bem-sucedida — nomeadamente, o apoio político ao mais alto nível, a consolidação tecnológica e a centralização procedimental —, permitindo ganhos assinaláveis em transparência, eficiência e redução de custos administrativos.

³⁶ Diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos, Diretiva 2014/25/UE sobre os contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores especiais e Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão.

³⁷ Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública – diploma que ainda não sofreu alterações.

informáticos que desenrolam e potenciam os procedimentos eletrónicos de contratação pública³⁸.

Ainda que a fase de implementação da contratação eletrónica no regime jurídico nacional não tenha acarretado, *prima facie*, uma preocupação legislativa sobre a proteção de dados pessoais³⁹, a transformação contínua do mundo contemporâneo decorrente da evolução tecnológica⁴⁰ pressupõe a elaboração de um quadro normativo europeu e nacional de proteção de dados pessoais com específica aplicação à função administrativa e à contratação pública.

No preâmbulo do RGPD, insere-se o Considerando 78⁴¹, que clarifica que o contexto dos contratos públicos não é imune à incidência dos princípios essenciais em matéria de proteção de dados⁴². Assim, concretiza o merecido destaque à relação entre a regulação definida pelo RGPD e a aplicabilidade ao regime da contratação pública.

Como bem sabemos, a crescente importância da atividade contratual pública como expressão de uma Administração moderna pós-liberal⁴³ tornou os contratos públicos uma figura central no âmbito do agir administrativo – e, como tal, esperava-se que a legislação europeia e nacional acompanhasse com o devido cuidado este percurso.

Transportando como exemplo as Diretivas de 2014 da União Europeia em matéria de contratação pública:

(i) A Diretiva 2014/23/EU, relativa à adjudicação dos contratos de concessão, apenas menciona no considerando 60 que “A fim de garantir a confidencialidade durante o procedimento, as autoridades adjudicantes e entidades adjudicantes, bem como os operadores económicos, não devem divulgar nenhuma informação designada como sendo confidencial. O incumprimento dessa obrigação deverá desencadear a aplicação de sanções adequadas, quando e como previsto no direito civil ou administrativo dos Estados-Membros”.

(ii) Por sua vez, as Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, relativas aos contratos públicos, limitam-se a mencionar nos considerandos 77 e 80, respetivamente, que “Ao elaborarem as especificações técnicas, as entidades adjudicantes deverão ter em conta os requisitos decorrentes do direito da UE no domínio da legislação em matéria de proteção de dados, nomeadamente no que respeita à conceção do tratamento de dados pessoais (proteção de dados na conceção)”.

³⁸ Informação retirada do Portal BASE, contratos públicos online, disponível em: <https://www.base.gov.pt/Base4/pt/plataformas-eletronicas/o-que-sao/> e art. 2.º, al. e), da Lei n.º 96/2015.

³⁹ Cfr. Pinheiro & Batista, 2020, p. 70.

⁴⁰ Numa análise sobre a evolução na era das tecnologias e impacto na Administração Pública, v. Gonçalves, 2022, pp. 183-184.

⁴¹ Em conjunto com o Considerando 77 da Diretiva 2014/24/UE, relativo aos procedimentos de contratação pública.

⁴² Sobre o Considerando 78 do RGPD e 77 da Diretiva 2014/24, v. Raimundo & Caldeira, 2023, p. 310.

⁴³ Cfr. Melo, 2023, p. 791.

A nosso ver, as manifestações normativas europeias mencionadas revelam algum descuido no respeito pelo cumprimento do RGPD e uma consequente abertura às construções normativas dos Estados-Membros relativamente ao acesso a dados pessoais nos procedimentos pré-contratuais públicos. Uma vez que no circuito dos procedimentos pré-contratuais o universo de operadores económicos/concorrentes é tendencialmente constituído por pessoas coletivas⁴⁴, este fator poderia afetar em grande medida a aplicabilidade do RGPD, por falhar o seu âmbito subjetivo.

Porém, apesar de o tratamento de dados pessoais ser relativo a uma pessoa singular identificada ou identificável, nos termos do art. 4.º, n.º 1, do RGPD, as pessoas coletivas “actuam no tráfego jurídico mediante a acção de pessoas singulares, o que significa que os dados destes também estão presentes no procedimento”⁴⁵ – consideração determinante para o tema em análise, em ligação com o mencionado no capítulo referente à estrutura do RGPD (v. capítulo 2.1.).

2.1. A fase de habilitação

Em virtude do exposto, exploramos uma das fases do procedimento público pré-contratual que gera maior circulação de dados pessoais entre concorrentes – a fase de habilitação insere-se no Capítulo VIII, do Título II do CCP, relativo às fases de formação dos contratos – cfr. arts. 81.º a 87.º-A, do CCP.

Esta etapa decorre num momento pós-adjudicação, *i.e.*, a fase que antecede o momento conclusivo da outorga/celebração do contrato⁴⁶. Após a decisão de adjudicação por parte da entidade adjudicante, o adjudicatário é notificado, no prazo fixado pela entidade adjudicante, para efetuar as diligências elencadas, nos termos do art. 77.º, n.º 2, do CCP, *inter alia*, apresentar os documentos de habilitação exigidos pelo art. 81.º do CCP [cfr. art. 77.º, n.º 2, alínea a), do CCP].

Num interessante entendimento vertido num acórdão de 2022⁴⁷, o TCA-S menciona que a separação entre a avaliação das propostas e a fase de habilitação impede que esta última possa influir no mérito das propostas, garantindo que a entidade adjudicante se vincula a adjudicar a melhor proposta, independentemente das habilitações legais. Esta opção legislativa permite que apenas o adjudicatário apresente os documentos de habilitação, numa lógica de *winner-only*⁴⁸, sendo que os documentos serão exigidos e entregues em fase posterior à prática da decisão de adjudicação.

⁴⁴ Sobre os sujeitos da contratação pública, v. Neves, 2020, p. 7.

⁴⁵ Raimundo & Caldeira, 2023, p. 312.

⁴⁶ Sobre a fase pós decisão de adjudicação, v. Gonçalves, 2021, p. 954.

⁴⁷ Acórdão do TCA-S, 23 de junho de 2022, Processo n.º 393/21-6BEBJA, Relator: Rui Pereira.

⁴⁸ Expressão utilizada por Gonçalves, 2021, p. 956.

Sobre o recorte normativo do art. 81.º do CCP, Pedro Gonçalves explica que “o conceito de habilitação se reporta à *habilitação pessoal* (ausência de impedimentos) e à *habilitação profissional* para o exercício da atividade contratada”⁴⁹.

Por um lado, os n.ºs 2 e 8 do art. 81.º referem-se à *habilitação profissional*, sem que se exija a apresentação dos documentos comprovativos dessa titularidade. Não obstante, os programas de procedimento devem exigir a apresentação destes documentos e, ainda que não o exijam, o órgão adjudicante tem sempre o poder de solicitar ao adjudicatário a sua apresentação⁵⁰. Este tema encontra-se regulado na Portaria n.º 372/2017⁵¹, que define as regras e termos da apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário, em especial para os contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços (art. 2.º) e em contratos de empreitada ou de concessão de obras públicas (art. 3.º).

Por outro lado, a questão da *habilitação pessoal*, sobre a qual concentramos a nossa análise, trata a remissão normativa estabelecida entre o n.º 1 do art. 81.º e a verificação da ausência de impedimentos, designadamente das alíneas b), d), e) e h), do n.º 1 do art. 55.º do CCP.

O art. 55.º do CCP, prescreve um conjunto de impedimentos à participação de candidatos ou concorrentes⁵² que se encontrem nas situações taxativamente enumeradas. Do diverso catálogo instituído no n.º 1, conferimos relevo às alíneas b) e h), **referentes às condenações por sentença transitada em julgado pelos crimes graves ou que afetem a honorabilidade profissional**, das pessoas singulares, ou, no caso das pessoas coletivas, a condenação da própria pessoa coletiva ou dos titulares dos seus órgãos sociais de administração, direção ou gerência, no exercício das respetivas funções e que se encontrem em efetividade de funções durante o procedimento pré-contratual⁵³.

⁴⁹ Na transcrição, cfr. *ibidem*, p. 955.

⁵⁰ Cfr. Gonçalves, 2021, pp. 959-960.

⁵¹ Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, Regras e termos de apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário, versão atualizada à data.

⁵² Na diferença entre candidatos e concorrentes, cfr. art. 52.º e 53.º, do CCP.

⁵³ Cfr. art. 55.º, 1 n.º 1, alíneas b) e h), do CCP:

“b) Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por qualquer crime que afete a sua honorabilidade profissional, no caso de pessoas singulares, ou, no caso de pessoas coletivas, quando tenham sido condenados por aqueles crimes a pessoa coletiva ou os titulares dos seus órgãos sociais de administração, direção ou gerência, e estes se encontrem em efetividade de funções, em qualquer dos casos sem que entretanto tenha ocorrido a respetiva reabilitação; (...)

h) Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por algum dos seguintes crimes, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas coletivas, tenham sido condenados pelos mesmos crimes a pessoa coletiva e os titulares dos seus órgãos sociais de administração, direção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efetividade de funções, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação:

i) Participação numa organização criminosa, tal como definida no n.º 1 do artigo 2.º da Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de outubro de 2008;

ii) Corrupção, tal como definida no artigo 3.º da Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários da União Europeia ou dos Estados-Membros da União Europeia e no n.º 1 do artigo

A instituição de impedimentos na contratação pública constitui um assunto delicado, pelos limites que coloca ao princípio europeu basilar do favorecimento à *concorrência*, por corresponder à proibição de um operador económico entrar no mercado público⁵⁴. Em boa verdade, a ausência de impedimentos “começa por ser apenas declarada pelos candidatos ou concorrentes no momento da apresentação das suas propostas, através da apresentação de uma declaração sob compromisso de honra nesse sentido”⁵⁵ – mantendo-se, assim, abertura à concorrência procedimental baseada na autorresponsabilidade dos concorrentes na apresentação das suas propostas.

Mormente, a efetiva verificação de impedimentos subjetivos far-se-á somente sobre o adjudicatário – *i.e.*, entidade que apresentou a proposta adjudicada – ideia que já transmitimos previamente. No caso dos impedimentos supramencionados, o art. 83.º-A, do CCP, determina, *expressis verbis*, que a prova se basta com a apresentação às entidades adjudicantes de **certificado de registo criminal** ou de documento equivalente emitido por autoridade judicial ou administrativa competente⁵⁶.

Por fim, o art. 86.º do CCP, premeia a tramitação procedimental da fase de habilitação com uma *causa de caducidade* da adjudicação do contrato. Em caso de o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação, por facto que lhe seja imputável, sempre que se verifiquem factos como incumprimento dos prazos de apresentação ou documentos apresentados em língua estrangeira sem o acompanhamento da devida tradução legalizada. Esta fase de pós-adjudicação que se desenrola, principalmente, entre o órgão adjudicante e o adjudicatário, representa uma etapa imperativa para a formalização e celebração do contrato. Não obstante, como veremos no próximo capítulo, outros concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas, mantêm aqui a condição de concorrentes e sujeitos no procedimento, com direitos face ao órgão adjudicante e, bem se entenda, face àquele a quem a proposta foi adjudicada.

2.º da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, e nos artigos 372.º a 374.º-B do Código Penal;

iii) Fraude, na aceção do artigo 1.º da Convenção relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias;

iv) Branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo, tal como definidos no artigo 1.º da Diretiva n.º 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo”.

v) Infrações terroristas ou infrações relacionadas com um grupo terrorista, tal como definidas nos artigos 3.º e 4.º da Diretiva n.º 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo, ou qualquer infração relacionada com atividades terroristas, incluindo cumplicidade, instigação e tentativa, nos termos do artigo 14.º da referida diretiva;

vi) Trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos, tal como definidos no artigo 2.º da Diretiva n.º 2011/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011”.

⁵⁴ Visão interessante relativamente aos impedimentos, cfr. Gonçalves, 2021, p. 662.

⁵⁵ Cfr. arts. 57.º, n.º 1, alínea a) e o ponto 4 do Anexo I, e 168.º, n.º 1, e o ponto 2 do Anexo V, todos do CCP; sobre o tema, ainda, cfr. *ibidem*, p. 713.

⁵⁶ Cfr. Gonçalves, 2021, p. 957.

2.2. Enfoque problemático

Compreendido o cerne desta etapa procedimental, é possível constatar que a obrigação de apresentação dos documentos de habilitação que aqui tratamos constitui uma *clara* situação de tratamento de dados de uma pessoa singular ou coletiva identificável, com fundamento na legitimidade legal estabelecida nas obrigações decorrentes da fase de habilitação para efeito das condições de licitude do tratamento, do art. 6.º, n.º 1, do RGPD⁵⁷.

No prisma da *habilitação pessoal*, a prova da inexistência de impedimentos relacionados com condenações penais dá-se pela apresentação do certificado de registo criminal, o que repercute o acesso a dados que se inserem no art. 10º do RGPD, relativamente a condenações penais, com as devidas consequências que desse facto se possa retirar, como previamente analisamos (recuar ao capítulo 2.1.).

Neste sentido, menciona o art. 81.º, n.º 1, al. b), do CCP que a entidade cuja proposta foi adjudicada deve apresentar os documentos comprovativos de que não se encontra nas situações previstas nas alíneas b) e h) do n.º 1, do art. 55.º - referentes a condenações transitadas em julgado por crimes que afetem a honorabilidade profissional, no caso da alínea b), ou pelos crimes de um elenco exclusivo, enumerados na alínea h) (p.e. corrupção, organização criminosa, infrações terroristas, branqueamento de capitais ou trabalho infantil).

Se o impedimento abrange, no caso das pessoas coletivas, *a condenação da própria pessoa coletiva ou dos titulares dos seus órgãos sociais de administração, direção ou gerência, no exercício das respetivas funções*, **significa que o adjudicatário deve apresentar como prova bastante o certificado de registo criminal dos seus administradores, diretores ou gerência no exercício das respetivas funções ao tempo do procedimento pré-contratual⁵⁸, nos termos do art. 83.º-A, n.º 1, do CCP** (e, obviamente, no caso das pessoas singulares o seu certificado de registo criminal pessoal). Na falta de registo criminal, devem apresentar documento equivalente emitido pela autoridade judicial ou administrativa competente. E, na letra do art. 83.º-A, n.º 3, no caso de não emissão dos documentos ou certificados ou caso estes não se refiram a todos os casos das alíneas b) e h) do n.º 1 do art. 55.º, podem ser substituídos por *declaração solene, sob compromisso de honra, feita pelo interessado perante autoridade judicial ou administrativa competente*.

⁵⁷ Cfr. Pinheiro & Batista, 2020, p. 77.

⁵⁸ Cfr. Gonçalves, 2021, p. 956;

e, menciona a Diretiva 2014/24/UE, no art. 57.º, n.º 1, *in fine*, que “A obrigação de excluir um operador económico aplica-se também caso a pessoa condenada por decisão final transitada em julgado seja membro dos órgãos administrativos, de direção ou de supervisão desse operador económico ou tenha poderes de representação, decisão ou controlo nesses órgãos”.

Os constrangimentos em torno do direito fundamental à proteção de dados acentuam-se com a previsão normativa do art. 85.º, do CCP, que obriga a que o órgão competente para a decisão de contratar deve notificar todos os concorrentes, presentes no procedimento de contratação pública, da apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário e, **nos termos do n.º 3, os documentos ficam disponíveis para consulta de todos os concorrentes na plataforma eletrónica utilizada.**

Todo o *iter* da problematização que dá voz à presente investigação foca-se nos efeitos práticos que os desígnios normativos mencionados repercutem nos procedimentos pré-contratuais. Em conformidade com esta asserção, o legislador determina que a apresentação dos certificados de registo criminal dos representantes da entidade adjudicatária fiquem disponíveis para consulta de todos os concorrentes na plataforma eletrónica utilizada. Se de uma perspetiva, o CCP optou por uma solução simplificadora que apenas analisa efetivamente os impedimentos da entidade adjudicatária também se depreende (embora não se compreenda, atenção seja feita) que os procedimentos de contratação pública, em especial os concursos públicos, abrangem a disponibilização de uma pluralidade de informações pessoais que ficam acessíveis às várias entidades concorrentes.

2.2.1. Do mecanismo de heterocontrolo entre concorrentes

Na Diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos, o art. 60.º prevê os meios de prova da inexistência de motivos de exclusão, limitando o tratamento dos documentos probatórios às autoridades adjudicantes⁵⁹. Em nenhum momento as disposições normativas europeias relativas à fase de habilitação fazem referência a um mecanismo de heterocontrolo entre concorrentes.

O legislador português, aquando da transposição da diretiva, decidiu criar uma solução que vai muito além das recomendações europeias e propicia uma total transparência entre os concorrentes, despolarizando a incumbência da Administração Pública de controlar a legalidade na fase pós-adjudicatória.

No acórdão SAG ELV Slovensko a.s., de 29 de março de 2012⁶⁰, o TJUE afirma que o princípio da transparência se destina a garantir a ausência de um certo risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante. Nesta lógica, é compreensível que o *mecanismo de controlo heterónimo entre concorrentes* instituído pelo art. 85.º do CCP, sirva exatamente o propósito de cumprir a relação íntima entre a transparência e a concorrência, em contexto procedimental de contratação pública.

⁵⁹ Art. 60.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24/UE.

⁶⁰ Acórdão do TJUE, 29 de março de 2012, Processo C-599/10, Relator: J.-C. Bonichot; igualmente neste sentido, v. Acórdão do TJUE, 29 de abril de 2004, Processo C-496/99, Relator: R. Schintgen.

Ainda que a intenção do legislador nacional seja reforçar o *princípio da transparência*, privilegiando a leal concorrência, continua latente uma situação de desproteção de dados pessoais, uma vez que se garante o acesso de todo o universo de concorrentes do procedimento aos documentos de registo criminal da pessoa coletiva e das pessoas singulares pertencentes aos órgãos sociais de administração, direção ou gerência.

2.2.2. Dos fundamentos de licitude do RGPD

Sem prejuízo das observações legais, é no âmbito do RGPD que podemos fundamentar a licitude do tratamento de dados pessoais no mecanismo de heterocontrolo. Remontando às observações realizadas no capítulo 2.1., afiguram-se diferentes perspetivas a assinalar, entre as alíneas do art. 6.º, n.º 1:

(i) A alínea b), por tratar diligências pré-contratuais, *i.e.*, da fase de formação do contrato. A subsunção da licitude aos termos desta alínea pressupõe que o tratamento de dados pessoais seja necessário para efetuar diligências pré-contratuais - o que na verdade não parece encaixar-se na fase de habilitação. Nesta, o tratamento de dados pessoais é necessário por obrigatoriedade legal fundada na razoável prossecução do interesse público e na verificação da legitimidade dos parceiros cocontratantes.

(ii) A alínea c) em razão do tratamento de dados pessoais ser necessário para o cumprimento de uma obrigação legal a que o responsável pelo tratamento se encontra sujeito – sendo que esta obrigação legal tem origem numa disposição normativa, e não no plano contratual.

(iii) Ou, a alínea e) que se aplica à atividade administrativa e ao exercício de funções de interesse público – sendo que esta alínea acaba por se encontrar imbuída no contexto da alínea c), por ser o interesse público atinente à atividade administrativa o verdadeiro fundamento da obrigatoriedade legal que aqui tratamos.

De entre as perspetivas apresentadas, afirmamos que a licitude no tratamento se consigna nos termos da alínea c). O procedimento de tratamento de dados pessoais aqui retratado assim o é realizado por imposição direta da lei –na leitura conjunta dos arts. 81.º, 83.º-A e 85.º, todos do CCP.

2.2.3. Do interesse público e a proporcionalidade

Para que se compreenda o alcance da proteção de dados nos procedimentos pré-contratuais, o *iter* adequado exige que remontemos às menções prévias, relacionadas com o preceito constitucional da proteção de dados pessoais enquanto direito

fundamental⁶¹. Não obstante à consagração do mesmo, este direito fundamental não é uma prerrogativa absoluta, não existe um regime-geral de proibição das atividades que tratam informações relativas a pessoas singulares identificadas⁶² – esse é o ponto de partida, sempre.

Tendo em conta a temática que aqui refletimos, importa conferir a devida atenção ao considerando 4 do RGPD que delineia que o direito à proteção de dados não é um direito absoluto⁶³, *i. e.*, deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o *princípio da proporcionalidade* e com o fundamento jurídico que alicerça o tratamento de dados⁶⁴.

Em boa verdade, ainda que o RGPD afirme o exato propósito de defender os direitos e as liberdades fundamentais, também significa a aceitação do tratamento de dados pessoais, dado que a proteção dos dados não equivale a proibição de tratamento dos mesmos. Este entendimento ganha um ainda maior significado quando retrata a licitude do tratamento de dados pessoais em contexto da prossecução de interesse público.

Como já analisamos, o tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 6.º, n.º 1, alínea c), do RGPD, é lícito se (i) *necessário* (ii) *para o cumprimento de uma obrigação legal a que o responsável pelo tratamento se encontre sujeito* (iii) *determinadas pelo Direito da União ou de um Estado-Membro* (iv) *devendo essa imposição legal responder a um objetivo de interesse público e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido* (passagem refletida no capítulo 2.1.). A letra da norma europeia é constituída sob a alçada de conceitos indeterminados, sendo que o RGPD nem sequer determina o alcance do conceito de *interesse público* ou do *objetivo legítimo prosseguido*. Deste modo, o preenchimento dos fundamentos legais é uma incumbência do legislador dos Estados-Membros, atribuída, mas balizada, pelos termos do regulamento europeu.

No caso do ordenamento jurídico-administrativo português e na lógica da fase de habilitação, há que atentar que a prossecução do interesse público não pode legitimar toda e qualquer solução legal de tratamento de dados. A prossecução do interesse público, constitui mais do que uma finalidade em si, constitui sim a génese da atividade da Administração Pública⁶⁵. Todavia, não deixa de ser necessário que o mecanismo de

⁶¹ Cfr. Pinheiro, 2023, p. 450.

⁶² Sobre a ponderação entre direitos fundamentais, incluindo a proteção de dados pessoais, v. Acórdão do TJUE, 13 de maio de 2014, Processo C-131/12, Relator: M. Ilešič; e, Acórdão do TJUE, 4 de setembro de 2019, Processo C-507/17, Relator: M. Ilešič.

⁶³ Cfr. Alexe & Mihai-Sandru, 2020, p. 225.

⁶⁴ Neste sentido, v. Acórdão do TJUE, 9 de novembro de 2010, Processos apensos C-92/09 e C-93/09, Relator: K. Lenaerts.

⁶⁵ “A prossecução do interesse público constitui, mais do que a finalidade, a razão de ser da Administração Pública”, cfr. Gonçalves, 2023, p. 349.

heterocontrolo entre concorrentes assumido pela legislação nacional responda proporcionalmente ao *objetivo legitimamente prosseguido*, num exame casuístico ao cumprimento das múltiplas obrigações decorrentes da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3, ambos do art. 6.º do RGPD⁶⁶.

Assim, não pode a formulação dos normativos legais incorrer em incumprimento das obrigatoriedades do *princípio da proporcionalidade* balizado por valores constitucionalmente prescritos. A relação entre o *princípio da proporcionalidade*⁶⁷ enquanto princípio diretor da atividade administrativa encontra-se explicitamente consignada no art. 266.º, n.º 2, da CRP. Este é, acima de tudo, um “subprincípio densificador do princípio constitucional do Estado de direito democrático e está claramente implícito em várias normas constitucionais”⁶⁸.

Dita o STJ, num acórdão datado a 31 de março de 2011⁶⁹., sob o prisma do *princípio da proporcionalidade*, importa distinguir os requisitos da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto requisitos intrínsecos de controlo das disposições normativas que limitam os direitos fundamentais.

Assim, dos requisitos do *princípio da proporcionalidade* entende-se que deve existir:

- (i) idoneidade exige que a medida seja adequada à prossecução da finalidade a que se propõe;
- (ii) necessidade reflete que deve eleger-se, entre as medidas igualmente aptas para o objetivo pretendido, aquela que é menos lesiva aos direitos dos cidadãos⁷⁰;
- (iii) proporcionalidade em sentido estrito implica uma relação razoável e proporcional com a importância do objetivo a atingir, pesando os prós e os contras.

No contexto dos princípios básicos e estruturantes da proteção de dados, surge elaborada no capítulo II do RGPD, art. 5.º, uma ligação intrínseca entre o *princípio da proporcionalidade* e o *princípio da minimização dos danos*, exigindo a aferição dos dados a aceder, a sua adequação e pertinência e, qual o impacto que tem o seu tratamento.

⁶⁶ O STA, afirma num acórdão datado a 27 de março de 2003: “embora balizada pelos valores constitucionalmente prescritos ou programados, a determinação do que é interesse nacional depende integralmente de juízos de valoração extra-legal que o legislador deixou à determinação casuística e à responsabilidade da administração”, Acórdão do STA, 27 de março de 2003, Processo n.º 0831/02, Relator: Pais Borges.

⁶⁷ Como refere o TJUE: “Resulta de jurisprudência assente que o princípio da proporcionalidade faz parte dos princípios gerais do direito comunitário e exige que os meios postos em prática por uma disposição do direito comunitário sejam aptos a realizar os objetivos legítimos prosseguidos pela regulamentação em causa e não vão além do que é necessário para os alcançar”, Acórdão do TJUE, 8 de junho de 2010, Processo C-58/08, Relator: von Danwitz.

Ademais, V. Acórdão do TJUE, 8 de dezembro de 2005, Processo C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04 (apensos), Relator: A. Rosas.

⁶⁸ Cfr. Canotilho, J.J. Gomes, 2018, p. 921.

⁶⁹ Acórdão do STJ, 31 de março de 2011, Processo 257/10.9YRCBRS1, Relator: Santos Cabral.

⁷⁰ Sublinhado nosso.

O *princípio da minimização em matéria de tratamento de dados pessoais*⁷¹, exige que os dados a tratar sejam adequados, pertinentes e limitados ao que é exigido pelas finalidades que determinam o tratamento – vai, na verdade, muito ao encontro do *subprincípio da necessidade* (do *princípio da proporcionalidade*) na medida em que exige que os dados pessoais apenas devem ser tratados se a finalidade do tratamento não se puder atingir de forma idónea, através de outros meios menos lesivos, portanto, com a utilização de menos dados.

Em suma, são os princípios, enquanto normas-vértice⁷², que postulam uma ética de comportamento que também corresponde ao ideal da boa administração. E, na consagração das disposições legais de direito administrativo, de nenhuma forma o legislador nacional se pode desimbuir da pertinência e do cumprimento dos princípios, sobretudo, quando no caso em específico, o legislador europeu fez questão de sublinhar que a normatização dos fundamentos jurídicos não se basta por si só, tendo de responder proporcionalmente ao objetivo legitimamente prosseguido.

2.2.4. Do desequilíbrio de posições entre Administração e concorrentes

A leitura realizada sobre os mecanismos de heterocontrolo entre concorrentes não se basta com a valorização conferida à apreciação da legalidade, ao cumprimento do interesse público e ao respeito pelo princípio da proporcionalidade. Toda a lógica atinente ficaria subvertida se não se atendesse ao desequilíbrio de posições em que se encontram as entidades adjudicantes quando em comparação com as entidades que apresentam proposta num procedimento pré-contratual.

Quando nos debruçamos sobre tratamentos de dados pessoais previstos na lei com carácter obrigatório ou vinculativo, “não há qualquer espaço para a afirmação da vontade do titular dos dados – pelo que o espaço de autodeterminação relativamente à informação pessoal fica substancialmente reduzido, apenas se manifestando na faculdade de exercício de alguns dos direitos supra elencados, máxime, de informação, de acesso, de retificação e, eventualmente de limitação do tratamento”⁷³.

O estudo do desequilíbrio de posições no momento de constituir o consentimento foi uma preocupação da Comissão Europeia na proposta inicial do RGPD⁷⁴ – continha uma norma que mencionava que em caso de desequilíbrio significativo entre a posição

⁷¹ Cfr. Kelleher & Murray, 2018, p. 141.

⁷² Expressão retirada de Neves, 2020, p. 6.

⁷³ Cfr. Calvão, 2023, pp. 15-16.

⁷⁴ Cfr. Cordeiro, 2021, pp. 124-125.

do titular dos dados e o responsável pelo tratamento, o consentimento não constituía fundamento jurídico válido.

Menezes Cordeiro apresenta uma posição, com a qual concordamos, de que o desenvolvimento do conceito de desequilíbrio manifesto, apesar de não se encontrar legislativa ou jurisprudencialmente preenchido, teoricamente pode reconduzir-se aos consumidores, trabalhadores, doentes, contribuintes ou, no geral, aos cidadãos nas relações com o Estado⁷⁵. A posição dominante⁷⁶ assumida pelos órgãos públicos no exercício da atividade administrativa, em especial, nos procedimentos de contratação pública em que atuam dotados do *ius imperii*⁷⁷, confere-lhes uma posição privilegiada na definição das várias fases do procedimento.

Apesar de, do ponto de vista prático, a Administração Pública se encontrar totalmente subordinada à lei (ideia de *precedência da lei*⁷⁸ enquanto fundamento, critério e limite da atividade administrativa), a nosso ver, as normas que agregam o *bloc legal* da fase de habilitação, não devem deixar de ter em consideração o interesse dos particulares, entendendo a delicada posição de subjugação em que se encontram nos procedimentos de contratação⁷⁹. Ainda que os particulares se queiram opor ao tratamento de dados nos moldes delineados pelo CCP, a Administração atua dentro das balizas do *princípio da legalidade*.

Em jeito de conclusão e pela pertinência da posição refletida, transportamos os reflexos partilhados por Filipa Calvão: é especialmente importante, quando se analisa a aplicação do RGPD à Administração Pública – *rectius*, a aplicação do RGPD pela Administração Pública –, ter presente o posicionamento de cada um dos sujeitos jurídicos envolvidos nos tratamentos de dados pessoais e o peso que o RGPD reconhece ao responsável pelo tratamento na verificação da conformidade das operações com o Direito e na tutela dos direitos dos titulares dos dados. E é especialmente importante

⁷⁵ Cfr. *ibidem*, p. 124.

⁷⁶ Posição dominante, expressão utilizada e explicada por Miguel Moura e Silva, num contexto de mercado empresarial, mas com interesse para o tema tratado: “(...) empresas que têm uma possibilidade de adoptar comportamentos independentes que lhes permite agir sem ter, nomeadamente, em conta os concorrentes, os clientes ou os fornecedores; que tal sucede quando, devido à sua quota de mercado, ou desta em combinação, nomeadamente, com a posse de conhecimentos técnicos, de matérias-primas ou de capitais, elas dispõem da possibilidade de determinar os preços ou de controlar a produção ou a distribuição para uma parte significativa dos produtos em causa (...)”, v. Silva, 2010, pp. 57-58.

⁷⁷ Numa posição importante para a leitura, defende Mário Aroso de Almeida que “Apesar da importante evolução que, entretanto, resultou da democratização das relações da Administração Pública com os particulares, concretizada no reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos e na procedimentalização da sua participação no exercício do poder administrativo, o nosso sistema administrativo ainda hoje assenta, na verdade, no entendimento de que a eficácia do exercício das funções de satisfação, regular e contínua, das necessidades de interesse geral de segurança e bem-estar, moral e material, que estão confiadas à Administração exige que esta não esteja juridicamente colocada na mesma posição que um qualquer particular e que, pelo contrário, seja dotada de prerrogativas de poder público, designadamente do poder de definir unilateralmente a situação jurídica dos cidadãos através da tomada de decisões dotadas de um estatuto de autoridade que lhe permita fazer prevalecer as suas posições”, v. Almeida, 2022, pp. 115-116.

⁷⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 117-118.

⁷⁹ Cfr. Machete, 2010, p. 198.

porque, na maioria dos casos, os tratamentos de dados pessoais realizados pela Administração Pública não dependem da vontade do titular dos dados e, mesmo quando esta poderia ser relevante, ele surge numa posição de dependência ou vulnerabilidade na relação com a Administração Pública⁸⁰.

Em suma, não devemos deixar de apreciar a lei tendo por base o seu contexto de aplicação prática, na medida em que o *princípio da legalidade* administrativa se dirige tanto à prossecução do interesse público, como ao respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos – assim dita o art. 266.º, n.º 1, da CRP⁸¹.

2.3. Análise dos procedimentos disponibilizados no Portal BASE

Concluindo a contextualização prática do nosso tema, encarregamo-nos agora de procurar como é que se efetiva verdadeiramente este mecanismo de heterocontrolo entre concorrentes, nos procedimentos de contratação pública e na conceção do convite à apresentação de propostas ou na elaboração dos programas de procedimento. Importante é ainda atentar que o pequeno caso de estudo que aqui apresentamos não deixa de ter em devida consideração que as normas do CCP, em matéria de formação e execução do contrato, prevalecem sobre as disposições das peças do procedimento com elas desconformes, como explicita o art. 51.º do CCP.

Atendendo a este propósito, revimos procedimentos de concurso público e de consulta prévia⁸², cujas passagens sobre a fase de habilitação se apresentam nos Anexos I a IV – capítulo final da presente dissertação. E, para o efeito, elaborámos um pequeno estudo conjunto das previsões que operacionalizam o mecanismo de heterocontrolo entre concorrentes na fase de habilitação.

Por norma, as disposições do programa de procedimento indicam que os documentos de habilitação são apresentados pelo adjudicatário na plataforma eletrónica utilizada e será posteriormente notificado aos restantes concorrentes que os mesmos se encontram disponíveis para consulta. Em geral, dos programas de procedimento

⁸⁰ Cfr. Calvão, 2023, p. 14.

⁸¹ Marcelo Rebelo de Sousa defende, e com todo o sentido, que: “Um princípio da actividade administrativa que aparece a encabeçar o n.º 1 do Art.º 266.º da Constituição da República Portuguesa e o Art. 4.º do Código do Procedimento Administrativo é o princípio da prossecução do interesse público.

Em rigor, ele não deveria anteceder o princípio da legalidade, pois é esta que define o interesse público concreto em cada circunstância relevante. O interesse público, que vincula sempre a Administração Pública é, assim, um interesse colectivo concreto, definido por lei (ou secundário, para distinguir do interesse primário, estabelecido na Constituição), traçado amiúde com recurso a conceitos indeterminados.

Neste interesse público concreto definido por lei cabem os contornos da necessidade colectiva a satisfazer, a sua satisfação por processo colectivo e os termos que essa satisfação deve revestir”, cfr. Sousa, 1999, p. 114.

⁸² O procedimento de ajuste direto não foi analisado por não incluir mais do que um concorrente. Convite à apresentação de propostas, concebido nos termos do art. 115.º, CCP; programa do procedimento, concebido nos termos do art. 41.º, CCP.

apresentados em anexo, as cláusulas bastam-se com uma mera repetição das normas legais do CCP e da Portaria 372/2017, de 14 de dezembro, enquanto forma de determinar os trâmites da fase de habilitação (pessoal e profissional).

Com interesse, relatamos que os concursos públicos dos Anexos III e IV, exprimem uma preocupação sobre o direito da proteção de dados pessoais que vai muito além das normas do Código dos Contratos Públicos, sustentando o tratamento de dados nas alíneas b) e c), do n.º 1, do art. 6.º, do RGPD – artigos que previamente analisamos.

Em acrescento, no anexo IV, o programa de procedimento do concurso público reflete na Cláusula 18 um dever de sigilo entre concorrentes:

“Os concorrentes obrigam-se a garantir o sigilo, quer por si ou seus trabalhadores, quer por seus contratados, quanto a informações, documentos ou dados que venham a ter conhecimento ou acesso no âmbito do presente concurso ou subsequentes procedimentos, mantendo-se tal obrigação mesmo após o seu termo ou dos procedimentos subsequentes”.

Numa análise detalhada das cláusulas dos programas de procedimento, emerge a necessidade de formular especificidades quanto à proteção de dados pessoais que vão além das obrigações decorrentes do Código. Ainda que não esteja em causa a essência da formulação dos programas, consideramos ser relevante entender que o clausulado depreende a sensibilidade dos dados que são tratados nas diligências pré-contratuais.

Em suma: os exemplos dos anexos III e IV demonstram que a formulação das peças procedimentais “abrem o jogo” e salientam valores de caráter extralegal, não se cingindo à insuficiência das normas do CCP e da Portaria n.º 372/2017. Não obstante, temos também o exemplo inverso, sendo que os anexos I e II, na maioria das disposições se limitam a transcrever *ipsis verbis* as disposições gerais normativas, não indo além das obrigações legais.

Da disparidade de formulações entre os diferentes exemplos, pretende-se demonstrar que é ao legislador nacional que cabe o papel de fundamentar as opções traçadas na tramitação da fase de habilitação. Se no controlo de impedimentos a solução encontrada se sustenta num mecanismo entre concorrentes, então, deve o CCP remeter para o art. 6.º, n.º 1, alínea c), do RGPD e explicitar o cumprimento das suas exigências, de forma a dar a conhecer as circunstâncias de licitude do tratamento de dados pessoais.

3. Uma solução ajustada ao presente? – Apreciação global⁸³

O art. 10.º do RGPD prevê que o tratamento de dados pessoais relacionados com condenações penais, infrações ou medidas de segurança conexas, é efetuado sob o controlo de uma autoridade pública ou de uma entidade privada desde que o tratamento seja autorizado por disposições do direito da União ou de um Estado-Membro e se “prevejam garantias adequadas para os direitos e liberdades dos titulares dos dados”. A nosso ver, a mera previsão legal⁸⁴ de apresentação de documentos de habilitação por parte do adjudicatário à entidade adjudicante, baseada nos interesses procedimentais da concorrência, não conforma uma visão suficiente para acautelar a *minimização dos danos*⁸⁵ e as garantias adequadas para o titular dos dados.

Nas palavras de Jorge Andrade da Silva, a notificação ordenada neste preceito, como já decorre daquele princípio da transparência, visa facultar aos concorrentes ou candidatos o controlo da legalidade da atuação da entidade adjudicante quanto à adjudicação⁸⁶.

Concordando com a posição do autor, convergimos no sentido que o *princípio da transparência* ocupa lugar de eleição no âmbito da contratação pública, pelas garantias que afirma sobre a inexistência de riscos de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante, sedimentando os ideais de justiça e proporcionalidade, decorrentes do *supraprincípio* europeu de promoção da concorrência⁸⁷.

O *princípio da transparência* quando associado à atividade administrativa advém dos postulados da *administração aberta*⁸⁸ e da *publicidade*, no sentido de abrir um espaço de conhecimento público das decisões tomadas na atividade administrativa. No domínio da contratação pública, soluções como a consagrada no art. 85.º do CCP, pretendem assegurar a *igualdade de oportunidades* entre os proponentes, o controlo sobre o cumprimento da legalidade e a fidedignidade do procedimento pré-contratual.

⁸³ Para a elaboração do presente capítulo realizamos um conjunto de reuniões com Professores do Departamento de Informática da Universidade do Minho, em outubro de 2023. As reuniões foram propostas com o intuito de compreender da melhor forma possível o percurso do procedimento de tratamento de dados e para questionar sobre possíveis soluções no domínio informático que naturalmente não são do nosso domínio. Desde já, aqui fica o nosso agradecimento pela ajuda.

⁸⁴ Por um lado, a previsão legal compagina-se com o *Princípio da transparência*, na sua vertente da proteção de dados – mantém-se os titulares informados sobre o modo como os seus dados poderão vir a ser atualizados, qual o fim e por quem serão tratados.

⁸⁵ Sobre o *princípio da minimização dos danos*, cfr. Alves, 2021, p. 59.

⁸⁶ Cfr. Silva, 2022, p. 413.

⁸⁷ Sobre a transparência e a promoção da concorrência: “Así, además de servir los objetivos señalados inicialmente – garantía de que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación desde la perspectiva de la integridad –, la transparencia también es un instrumento fundamental que promueve directamente la concurrencia y la competencia en la contratación pública”, v. Díaz, Javier Miranzo, 2019, p. 281.

⁸⁸ Cfr. Pereira, 2013, p. 19; ainda, cfr. art. 2.º, da Lei do Acesso aos Documentos Administrativos, Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto.

Mormente, da matriz do mecanismo de controlo entre concorrentes decorre uma via de defender os interesses legalmente protegidos dos restantes concorrentes a quem a proposta não foi adjudicada, promove e, bem, um maior índice de transparência. As disposições previstas no art. 81.º, n.º 1, alínea b), conjugado com o art. 55.º, n.º 1, alíneas b) e h), do CCP, constituem situações de tratamento de dados pessoais que se baseiam na concretização do princípio da transparência, sendo a principal justificação para que os dados sejam enviados a todos os concorrentes através da plataforma eletrónica de contratação pública⁸⁹. Todavia, interfere sobrejamente com o direito à proteção dos dados pessoais, enquanto direito fundamental previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, como supramencionado.

Não obstante, como viemos a aprofundar no anterior capítulo, quando se coloca em confronto as soluções do legislador nacional relativamente à fase de habilitação com o RGPD e os princípios em matéria de tratamento de dados pessoais, as circunstâncias apontam para uma desconsideração das obrigações jurídicas que derivam do regulamento europeu.

Neste sentido, apesar do nosso foco principal ter sido a ligação entre o *princípio da proporcionalidade* e o *princípio da minimização dos danos*, cabe-nos, igualmente, conceder o devido realce ao *princípio da finalidade do tratamento*. Este último, enquanto pedra angular do sistema europeu da proteção de dados⁹⁰, reflete que a finalidade associada ao tratamento dos dados pessoais determina a pertinência do tratamento dos dados em questão e a comunicação às entidades com acesso aos mesmos. Em boa verdade, a *finalidade do tratamento* condiciona as circunstâncias em que os dados são tratados. Assim, estabelece, por um lado, um aspeto a ter em conta no cumprimento da proporcionalidade e do subprincípio da necessidade e, sob outra perspetiva, atua como um garante no cumprimento do *princípio da minimização dos danos*⁹¹.

Em virtude do que foi dito, é possível concluir que o legislador ao consagrar a legislação relativa à verificação da inexistência de impedimentos criminais por parte dos parceiros privados na contratação pública, percorre a ponderação de vários interesses em disputa, devido às múltiplas realidades que abrangem esta fase. De modo a facilitar a apreciação global e a existência de meios menos lesivos para atingir o objetivo prosseguido pela fase de habilitação, sistematizamos o percurso de segurança no tratamento e disponibilização dos dados, agregando três grupos distintos: (i) *o autor da informação*; (ii) *o item de informação*; (iii) *a consulta da identidade/informação*.

⁸⁹ Seguindo esta ideia, cfr. Pinheiro & Batista, 2020, p. 75.

⁹⁰ No sentido da expressão, v. Alves, 2021, p. 58.

⁹¹ Cfr. *ibidem*, p. 59.

Na verdade, no caso dos certificados de registo criminal enquanto documento com força probatória da inexistência de impedimentos e do envio a todos os concorrentes, o problema só se pode colocar sobre os eixos do item de informação e da disponibilização para consulta – afirmação com os seguintes fundamentos:

(i) O autor da informação é a entidade responsável pela emissão dos certificados de registo criminal (DSIC – Direção de Serviços de Identificação Criminal). Assim, este é o organismo que confere a fé pública necessária à informação emitida através de certificado de registo criminal, garantindo-lhe a devida força probatória da (in)existência de impedimentos.

(ii) A solução mais simples de almejar deve incidir sobre o plano da consulta. Como ficou demonstrado pela exposição do capítulo 3, o problema do mecanismo de heterocontrolo entre concorrentes está especificamente no panorama alargado de agentes a quem é concedido o acesso a informação tão sensível quanto os dados criminais (ainda que o RGPD assim não a categorize).

(iii) Uma das possíveis formas de continuar a priorizar o *princípio da transparência*, mantendo o devido respeito pelos demais princípios, seria criar uma solução que incidisse sobre o próprio item de informação, reduzindo-o aos dados estritamente necessários em matéria de contratação pública.

Assim, servem os capítulos finais da dissertação para especificar, dentro deste quadro sistematizado de possibilidades, possíveis soluções que melhor cumpram as exigências da licitude no tratamento de dados, nos termos do art. 6.º, n.º 1, do RGPD.

3.1. Propostas doutrinárias

No seio dos procedimentos pré-contratuais, orbitam várias normas que reforçam a dimensão da transparência⁹², por se tratar de um princípio próprio da atuação administrativa e da contratação pública. Com efeito, o aspeto do direito à informação disponível nos procedimentos pré-contratuais assume sempre uma relevância essencial, em especial no cumprimento do *supraprincípio da contratação pública* – o da *concorrência*⁹³.

Dos pronúncios da doutrina nacional sobre o tema, destacamos, *primo*, a posição de Fernando Batista e Alexandre Pinheiro⁹⁴. Os autores começam por expor que o

⁹² Ana Neves sublinha que “ O procedimento deve ser realizado de forma transparente, o que implica, pelo menos: i) igualdade de tratamento dos respectivos participantes no que às informações e esclarecimentos prestados concerne; ii) o dever de notificação das decisões que lhe dizem respeito; iii) que a Administração Pública fundamente os seus actos; iv) a audição cabal dos interessados; v) a disponibilização de informação sobre o procedimento, designadamente, a pedido dos interessados; vi) a estabilidade dos termos do procedimento e salvaguarda da confiança dos participantes no mesmo”, cfr. Neves, 2010, p. 46.

⁹³ Cfr. Raimundo, 2018, pp. 134-135.

⁹⁴ Cfr. Pinheiro & Batista, 2020, p. 77.

princípio da transparência é uma manifestação garantística da imparcialidade, reduzindo a arbitrariedade e prevenindo possíveis conflitos de interesse nos procedimentos de contratação – permite aos concorrentes conhecer e escutinar as decisões que sejam tomadas.

Contudo, quando versamos sobre a fase de habilitação, o contraponto a ponderar com o *princípio da transparência* adquire outra dimensão, pela sensibilidade dos dados que ficam em documento aberto. Neste sentido, Fernando Batista e Alexandre Pinheiro mencionam, sobre crimes sem qualquer relação com a contratação pública em questão ou crimes com penas já extintas, que: “A informação em causa em todas as alíneas excede os princípios da finalidade e da minimização dos dados, pelo que deve ser apagada nos termos do artigo 17.º, n.º 1, alínea a) [do RGPD]. Os dados em causa ‘nunca’ foram necessários para qualquer tratamento de dados relacionado com contratação pública”.

Concordando com a posição dos autores, a verdade é que a pertinência e a proporcionalidade no tratamento de dados, quando ponderada com a prossecução da transparência e da concorrência, alcança-se através da adequação e idoneidade dos dados recolhidos conforme a finalidade com a qual se comprometem – que é, neste caso, a inexistência dos crimes elencados taxativamente nos impedimentos dos arts. 55.º, n.º 1, alíneas b) e h), do CCP. Pela delicadeza do conteúdo do registo criminal, é natural que os autores proponham o apagamento dos dados que não cumpram com a finalidade do tratamento, assentando a sua posição sobre a pertinência do item de informação *per se*.

Neste ângulo, Assis Raimundo e Marco Caldeira⁹⁵ referem que sobre os mecanismos de heterocontrolo na fase de habilitação radicam dificuldades de índole prática por “estarmos perante documentos oficiais emitidos por entidades terceiras, que o adjudicatário carrega directamente na plataforma eletrónica de contratação pública” – colocando um problema óbvio sobre quem procederia ao apagamento das informações em excesso.

A sugestão que apresentam é a de regular o momento da emissão dos certificados por parte da DSIC, obrigando a que as certidões de registo criminal para efeitos de contratação pública só contemplem os dados que possam ter relevo para efeito dos impedimentos criminais instituídos no art. 55.º do CCP.

Com base na doutrina exposta, deve concluir-se que a solução deve incidir sobre o próprio *item de informação* e o conteúdo que neste radica, sendo que é neste momento que se devem propor medidas para combater o excesso de dados em exposição, tendo em conta a conexão com a *finalidade do tratamento*.

⁹⁵ Cfr. Raimundo & Caldeira, 2023, p. 332.

3.2. A europeização das normas⁹⁶

Para que melhor se compreenda o contexto da solução adotada pelo legislador nacional, é obrigatório que se tome como exemplo o que sucedeu na matriz de outros ordenamentos jurídicos europeus, sobre a ponderação entre a fase de habilitação imposta pelas Diretivas de contratação pública de 2014 e as determinações do RGPD em matéria de proteção de dados.

Em Espanha, a *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*⁹⁷ determina as proibições de contratação no art. 71.º, incidindo igualmente sobre condenações por responsabilidade criminal, das pessoas jurídicas e dos seus administradores ou representantes – alínea a) do n.º 1.

Relativamente à proibição de contratar pelos motivos da alínea a), o art. 72.º, n.º 2, da *Ley 9/2017* define que a apreciação será realizada diretamente pelas entidades contratantes. Porém, a comprovação da aptidão das entidades concorrentes poderá ser realizada através da inscrição no Registo Oficial de Concorrentes e de Empresas Classificadas do Setor Público, uma plataforma em que um órgão terceiro detém a competência para certificar as entidades inscritas, em termos da sua personalidade e capacidade jurídica, estado de solvência económica e financeira, habilitações técnicas e profissionais, bem como da existência ou não de impedimentos à contratação.

Nos termos do art. 151.º, da *Ley 9/2017*, a decisão de adjudicação deverá ser motivada e notificada a todos os concorrentes e, dessa mesma decisão, deverá figurar a exposição resumida das razões pelas quais se tenham descartado os restantes concorrentes; as razões pelas quais se excluíram os concorrentes excluídos, entenda-se a redundância; e o nome da entidade a quem a proposta foi adjudicada e as características/vantagens da sua proposta determinantes para a adjudicação⁹⁸.

No ordenamento jurídico francês, no *Code de la commande publique*, a grande diferença reside no facto de que a entidade adjudicante poderá, excecionalmente, autorizar um operador económico que se encontre em situação de exclusão (das previstas em toda a secção das exclusões), desde que tal se justifique por razões imperiosas de interesse geral, o mercado em causa possa ser confiado apenas a este operador. Assim, ao organismo público contratante incumbe esta ponderação, de comprovar a existência de casos de exclusão e, de fundamentar qualquer medida de carácter excecional sobre a adjudicação do contrato a um parceiro com potencial impedimento.

⁹⁶ Toda e qualquer tradução das normas vigentes em legislação espanhola, francesa ou alemã, são da nossa responsabilidade.

⁹⁷ *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁹⁸ Cfr. Martín-Retortillo & Rodríguez, 2020, pp. 163-164.

Na lei alemã, sobre as situações de exclusão, existe uma remissão entre o Regulamento relativo à adjudicação de contratos públicos – VgV⁹⁹, de 12 de abril de 2016, e a Lei contra as restrições da concorrência – GWB¹⁰⁰. A letra do art. 42.º do Regulamento VgV reflete que a autoridade contratante verifica a adequação dos proponentes e a ausência de motivos de exclusão, com base nos critérios estabelecidos nas secções 123 e 124 da Lei contra as restrições da concorrência. A secção 123 da Lei contra as restrições da concorrência, reflete que as próprias autoridades contratantes públicas excluem uma empresa concorrente, desde que tenham conhecimento que a mesma foi legalmente condenada sob uma das infrações elencadas na norma.

Contudo, as disposições abrem igualmente uma exceção de autolimpeza, na secção 125 – deste modo, fica a cargo do contratante público o ónus de examinar a congruência das medidas de autolimpeza adotadas pela empresa concorrente.

Sumariamente, da observação das disposições normativas de alguns ordenamentos jurídicos europeus, retira-se que a responsabilidade fica, maioritariamente, do lado da entidade pública contratante. Todas as referências de análise de motivos de exclusão indicam que cabe ao “comprador público” verificar a existência de motivos de exclusão, sempre de acordo com o elenco legal e com o ónus de aceitar (ou não), possíveis medidas de reversão adotadas pelas entidades concorrentes.

As soluções apresentadas visam atuar sobre o acesso aos dados disponibilizados pelas entidades a concurso, revogando a possibilidade dos demais concorrentes acederem aos dados emitidos e conferindo o papel preponderante à entidade adjudicante – uma solução que vai mais ao encontro do conteúdo das Diretivas Europeias de Contratação Pública e a uma congruência estrutural¹⁰¹ na legislação europeia e, de certa forma, a um meio menos lesivo que corresponda às obrigações decorrentes do RGPD.

3.3. O Portal Nacional de Fornecedores do Estado

O legislador português introduziu com a Lei n.º 30/2021¹⁰² (que altera o CCP) uma solução parecida com a consagrada no ordenamento jurídico espanhol, criando o Portal Nacional de Fornecedores do Estado, nos termos do DL n.º 72/2018¹⁰³. Assim, na estrutura do art. 81.º do CCP passa a constar o n.º 10, que determina que “[o] adjudicatário não tem de apresentar os documentos previstos na alínea b) do n.º 1 se estiver registado no Portal Nacional de Fornecedores do Estado” – o que representa uma solução para evitar os mecanismos de heterocontrolo.

⁹⁹ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV).

¹⁰⁰ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

¹⁰¹ Expressão retirada de Miranda, 2010, p. 431.

¹⁰² Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, aprova medidas especiais da contratação pública e altera o CCP.

¹⁰³ DL n.º 72/2018, de 12 de setembro, que cria o Portal Nacional de Fornecedores do Estado.

Segundo os dados disponibilizados pelo Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção (IMPIC), entidade gestora do Portal (nos termos do art. 4.º, do DL 72/2018), a criação desta plataforma visa tornar mais simples a interação dos cidadãos¹⁰⁴, permitindo que as pessoas singulares e coletivas nele registadas fiquem dispensadas de entregar documentos comprovativos da sua situação, junto das entidades adjudicantes. Esta ferramenta permite assim agilizar e simplificar a verificação da inexistência dos impedimentos previstos no Código dos Contratos Públicos, validando ou não a sua habilitação.

Como se retira do art. 6.º do DL 72/2018, cabe a cada fornecedor do Estado promover o seu registo no Portal e manifestar o seu consentimento para efeitos de verificação e disponibilização dos dados registados no Portal. Bem como, no caso de pessoas coletivas, o consentimento individual dos titulares dos órgãos de administração, direção ou gerência (art. 7.º). Esta iniciativa legislativa permitiu criar uma ferramenta em que uma entidade externa ao procedimento fica encarregue de verificar o cumprimento das circunstâncias legais do Código. Esta medida demonstra ser menos lesiva da proteção dos dados pessoais, atingindo o mesmo objetivo de respeitar as previsões sobre os impedimentos – que recupera maioritariamente a confiança e a boa-fé dos critérios normativos da fase de habilitação¹⁰⁵.

Apesar de o mecanismo criado por este Portal ser mais eficiente em matéria de proteção dados pessoais, numa vertente prática, os problemas mantêm-se. Por um lado, o Portal de Beneficiadores do Estado, já com mais de dois anos de existência, sofre ainda de pouca adesão por parte dos parceiros privados da contratação pública, facto que pode resultar do carácter voluntário de inscrição no Portal. De outra perspetiva, e esta sim a mais relevante, as disposições normativas que elencamos, inclusivamente as do acesso por parte de todos os concorrentes aos dados da entidade adjudicatária, continuam em vigor. A previsão desta solução, apesar de criar uma significativa via alternativa, não elimina nem reduz o cariz desproporcional das previsões normativas que criticamos de forma acérrima ao longo da nossa dissertação.

3.4. Inteligência artificial e programação

Os recentes desenvolvimentos tecnológicos a que temos assistido em torno da Inteligência Artificial¹⁰⁶ (IA, doravante) demonstram que nos encontramos perante um

¹⁰⁴ Informação disponível no site do www.impic.pt.

¹⁰⁵ Sobre a importância da boa-fé na conduta administrativa refere Luís Cabral de Moncada: “Enquanto critério da actividade administrativa, a boa-fé reporta-se assim ao *animus* que deve presidir à interpretação da norma a aplicar, à intenção que deve presidir à prática dos actos administrativos, à adopção das condutas materiais e às relações contratuais, mas também aos critérios normativos e outros que devem orientar objectivamente esta mesma actividade”, cfr. Moncada, 2010, p. 574.

¹⁰⁶ Sobre o conceito e limites da inteligência artificial, v. Cortizo, 2021, pp. 96-104.

novo mundo de instrumentos capazes de ajudar no cumprimento da lei. Em sede de exemplo, o Tribunal de Contas avançou em janeiro de 2023 com um investimento em conjunto com a OCDE e a Comissão Europeia para a utilização da IA na contratação pública, de forma a identificar e prevenir irregularidades nos procedimentos¹⁰⁷.

Por sua vez, as novas regras sobre a IA encontram-se a ser preparadas pela União Europeia, trabalho do qual resultará um grande passo na sua regulamentação (*EU AI Act*). Perspetiva-se um regulamento que pretende garantir que, no espaço europeu, os sistemas de IA implementados respeitam os direitos fundamentais instituídos pela legislação da União¹⁰⁸.

Todos os fortes avanços levam-nos a crer que, também no nosso tema possam existir sistemas que facilitem o cumprimento da legalidade e que minimizem devidamente o acesso aos dados.

A nosso ver, a conciliação entre os princípios da *finalidade do tratamento* e da *minimização dos danos* e da *proporcionalidade* do tratamento dos dados em questão preenchem-se, de forma assertiva, pela assunção jurídico-normativa da proposta apresentada (capítulo 4.1.) por Assis Raimundo e Marco Caldeira. *I.e.*, o fundamento de licitude no tratamento dos dados seria garantido por uma maior especificação dos certificados de registo criminal, tornando-os concretamente pensados para a contratação pública e para os crimes que importam do elenco dos impedimentos.

Esta solução agregaria, (i) por um lado, uma verdadeira *transparência* na proteção dos dados, permitindo à pessoa coletiva e respetivos representantes conhecer, *a priori*, quais os dados pertinentes a serem tratados, em conformidade com o procedimento; (ii) por outro, cumpriria com idoneidade o reflexo normativo dos impedimentos previstos no art. 55.º do CCP, em especial das alíneas b) e h), do n.º 1, assegurando-se, através de autoridade pública competente sem interesse direto ou indireto no procedimento pré-contratual, o apagamento dos dados em excesso quando comparado com a finalidade do tratamento dos dados pessoais em questão.

De forma a cumprir o proposto, pensamos num instrumento de IA a utilizar pela DSIC que facilite a emissão de certificados de registo criminal. Este sistema seria detentor da capacidade de conhecer os impedimentos elencados legalmente e, confrontar com o conteúdo dos certificados de registo criminal, discernindo entre os crimes relevantes ou não, para efeitos da fase de habilitação.

Para o devido efeito, este instrumento seria capaz de combater eficazmente a circulação e o tratamento de dados em excesso, quando relacionados com a finalidade do tratamento. Mormente, mantém o *status quo* do respeito máximo pelo princípio da

¹⁰⁷ Informação retirada do site do Tribunal de Contas – www.tcontas.pt.

¹⁰⁸ Informação retirada do site da Comissão Europeia. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai>.

transparência que advém do mecanismo de heterocontrolo entre concorrentes na fase de habilitação, permitindo o devido controlo das exigências legais.

3.4.1. Problematização

Desde logo, compreendam-se as devidas diferenças entre as alíneas b) e h) do CCP – da alínea h) resulta um elenco tipicamente fechado de crimes que pode figurar enquanto impedimento; na alínea b), reflete-se o conceito indeterminado de “*qualquer crime que afete a sua honorabilidade profissional*”, o que sobressai o problema da interpretação legal e dos juízos valorativos em torno da norma.

Sob outro enfoque, o art. 22.º do RGPD impede a existência de decisões individuais exclusivamente tomadas tendo por base um mero tratamento automatizado, sem obter intervenção humana por parte do responsável. Esta previsão normativa vem assim regular a inadmissibilidade de certos resultados que advenham do tratamento automatizado de dados.

Conjugando os problemas, facilmente se entende que existe uma verdadeira dificuldade em conceber decisões que se baseiam unicamente num raciocínio gerado por IA. Este facto deriva da complexidade (às vezes até impossibilidade) em explicar qual a lógica por detrás de uma decisão processada por computação – ainda para mais quando envolve juízos valorativos.

No contexto da utilização de novas tecnologias, em especial as de *machine learning*, este é um problema recorrente e que complica a tarefa da auditabilidade¹⁰⁹ e, consequentemente, da responsabilização pelo modo como é realizado o tratamento de dados e se se encontra dentro dos parâmetros principiológicos e legais definidos pelo RGPD.

O problema de alinhar a lógica da IA com as preferências humanas é um dos mais complexos desafios que a área do *machine learning* enfrenta neste momento. Uma das técnicas recorrentemente utilizada – dentro do atual estado da arte – para ultrapassar este complexo enredo consiste numa contínua adequação dos instrumentos de IA através de *reinforcement learning from human feedback*¹¹⁰, uma técnica que permite alinhar a lógica da inteligência com as preferências humanas, maximizando a capacidade da lógica computacional quando equiparada às decisões tomadas por humanos no mesmo contexto.

¹⁰⁹ Na defesa desta ideia, v. Calvão, 2023, p. 20.

¹¹⁰ Sobre a técnica de *reinforcement learning from human feedback*, destacamos: “Reward learning enables the application of reinforcement learning (RL) to tasks where reward is defined by human judgment, building a model of reward by asking humans questions”, cfr. Ziegler [*et al.*], 2019, p. 1.

Em virtude desta técnica, teremos também maior propensão a identificar e apurar a responsabilidade pelo tratamento, tendo a DSIC um corpo responsável pelo cumprimento do objetivo principal de identificação das condenações por crimes com relevo para a contratação pública. Desta forma, manter-se-á uma lógica que o raciocínio humano consiga acompanhar e melhorar, sendo possível avaliar a capacidade de resposta do sistema de IA e manter uma decisão que não se baseia exclusivamente em meios automatizados.

Conclusões

Remontando ao ponto introdutório, cumpre interrogar: a que custo deve o legislador nacional privilegiar a transparência nos procedimentos? Poder-se-á sobrepor ao respeito pelo direito fundamental da proteção de dados pessoais?

Hodiernamente, assiste-se a um cuidado legislativo largamente ampliado sobre a matéria de proteção de dados. Assim, na aceção da contratação pública, mais do que entender o caminho que percorremos, importa definir qual o caminho a percorrer na inovação e modernização do Estado e da Administração Pública no espaço digital da contratação pública.

Se, de um ponto de vista, o direito à proteção de dados pessoais não é um direito absoluto, apesar de consagrado enquanto direito fundamental, de outro, não se pode legitimar um tratamento de dados pessoais sem que se questione a proporcionalidade do ferimento causado a este direito fundamental.

Em boa verdade, a Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos, não ignorou a matéria de proteção de dados (embora o tratamento concedido seja mínimo), referindo no Considerando 77 que: “ao elaborarem as especificações técnicas, as autoridades adjudicantes deverão ter em conta os requisitos decorrentes do direito da União no domínio da legislação em matéria de proteção de dados, nomeadamente no que respeita à conceção do tratamento de dados pessoais (proteção de dados na conceção)”.

A conexão entre o RGPD e os procedimentos pré-contratuais é naturalmente íntima, pela quantidade de dados disponibilizados e que circulam nas plataformas eletrónicas relativamente aos concorrentes e às especificações de cada proposta.

No caso da fase da habilitação, na perspectiva de *habilitação pessoal* da inexistência de impedimentos, os princípios são os parâmetros normativos que permitem chegar a decisões equilibradas, e só através da sua observância se podem atingir soluções equilibradas sobre um ponto de otimização entre os diversos fatores que esta matéria levanta.

O sistema europeu no domínio da proteção de dados tem evoluído paulatinamente, conferindo um papel *mister* à regulação das normas e princípios atinentes às situações de tratamento de dados. Porém, soluções normativas como a que evidenciamos, da conjugação dos arts. 81.º, n.º 1, alínea b) e 85.º, n.º 3, ambos do CCP, colocam claros condicionamentos à implementação das disposições regulamentares europeias no domínio da contratação pública.

O mecanismo de heterocontrolo entre concorrentes na fase de habilitação dificilmente cumpre o crivo da *licitude do tratamento* e as obrigações decorrentes do art. 6.º do RGPD.

O principal reflexo da nossa exposição consiste na urgência em debater as incompletudes do mecanismo criado pelo CCP para a fase de habilitação quando colocado em confronto com as exigências do RGPD. Deste modo, exortamos a necessidade de conformar os princípios estruturais de tratamento de dados por referência às definições do RGPD. No ordenamento jurídico nacional, em matéria de contratação pública, urge superar a insuficiência das disposições normativas perante o direito basilar da proteção de dados.

Para além do mais, resulta do princípio do primado do Direito da União Europeia, insito no artigo 8.º da CRP, que os regulamentos europeus prevalecem sobre o direito nacional.

Sendo assim, as disposições que limitam o direito à proteção de dados pessoais devem ser compatíveis com as obrigações decorrentes do RGPD, em especial o critério da proporcionalidade na licitude do tratamento¹¹¹.

Não obstante à criação de soluções práticas inovadoras, o planeamento legislativo deve atender, primordialmente, ao respeito pelos princípios estruturais na proteção de dados, enquanto um garante mínimo de suficiência perante a extrema complexidade que a proteção de dados pessoais apraz.

A solução consagrada no ordenamento jurídico espanhol reflete um mecanismo capaz de privilegiar e dignificar o *princípio da transparência e da fundamentação*, mantendo a transparência e a confidencialidade dos dados tratados.

Porém, a médio-longo prazo, a incorporação de plataformas tecnológicas baseadas em inteligência artificial no âmbito da fase de habilitação ajuda a combater de forma eficaz o possível excesso de tratamento de dados pessoais e a manter um estreito cumprimento do *princípio da legalidade*.

É necessário abrir caminho à implementação de novos mecanismos, procedendo a uma cuidada reflexão sobre a tecnicidade dos equipamentos para garantir a eficiente e eficaz prossecução do interesse público; a busca por uma solução coerente com a consecução das obrigações legais de verificação de impedimentos; e a certeza que a utilização da plataforma eletrónica representa verdadeiros benefícios no respeito pelas obrigações da licitude do tratamento implícitas no RGPD¹¹².

Em suma, urge que se abra o debate sobre a coerência do mecanismo de heterocontrolo entre concorrentes no âmbito da fase de habilitação, em virtude da desproporcionalidade vertida pela obrigação do artigo 85.º, n.º 3, do CCP.

¹¹¹ Cfr. Carrilho, 2022, pp. 33-34.

¹¹² Sobre a verificação destes três passos, v. Alves, 2022, p. 148.

Uma matéria que precisa de respostas rápidas que equacionem um juízo entre o RGPD e a boa administração que se exige à atuação pública e às normas que sobre ela se empenham.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, M. A. (2022). *Teoria geral do direito administrativo*, 10.^a edição revista e ampliada. Coimbra: Almedina.
- ALVES, J. A. (2022). Administração eletrónica, eficiência e proteção de dados: Breves considerações à luz dos princípios gerais da atividade administrativa. *Anuário da Proteção de Dados*, pp. 131-150. <https://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2022/12/4.-Joel-Alves.pdf>.
- ALVES, J. A. (2021). *O novo modelo de proteção de dados pessoais europeu: Da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada*. Coimbra: Almedina.
- CALVÃO, F. U. (2023). RGPD na administração pública: A perspetiva (de um membro) da CNPD. In D. S. Farinho, F. Paes Marques & T. Fidalgo de Freitas (coord.). *Direito da proteção de dados – Perspetivas públicas e privadas*, pp. 11-42. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. G. (2018). *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.^a edição. Coimbra: Almedina.
- CARRILHO, J. R. P. (2022). Compatibilidade do princípio da administração aberta com o princípio da proteção de dados, no contexto do Regulamento Geral de Proteção de Dados. *Anuário da Proteção de Dados*, pp. 13-36. <https://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2022/12/1.-Joao-Rafael.pdf>.
- COIMBRA, J. D. (2021). Contencioso da proteção de dados. In T. Serrão & J. D. Coimbra (coord.). *Contencioso administrativo especial*, pp. 389-444. Lisboa: AAFDL Editora.
- CORDEIRO, A. B. M. (2021). *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina.
- CORTIZO, L. (2021). Dados e inteligência artificial: Os efeitos jurídicos da discriminação algorítmica. *Anuário da Proteção de Dados*, pp. 96-120. <https://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2022/10/4.-Lucas-Cortizo.pdf>.
- DIAZ, J. M. (2019). El principio de transparencia em el derecho global de la contratación pública. *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 18, pp. 276-302. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22865/21954>.
- GONÇALVES, P. C. (1997). O acto administrativo informático. *Revista Scientia Iuridica*, n.º 267, janeiro-junho, pp. 47-95. <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2849901>.
- GONÇALVES, P. C. (2021). *Direito dos contratos públicos*, 5.^a edição. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, P. C. (2023). *Manual de direito administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, S. (2022). A e-contratação em Portugal. In I. C. M. Fonseca (coord.). *Governança pública digital, smart cities e privacidade*, pp. 181-216. Coimbra: Almedina.
- ALEXE, I. & D. MIHAIL-SANDRU (2020). Data protection in the public procurement process. *European Journal of Law and Public Administration*, vol. 7, no. 2, pp. 224-239. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3804937.

- KELLEHER, D. & MURRAY, K. (2018). *EU data protection law*. Londres: Bloomsbury Publishing.
- KROTOSZYNSKI JR., R. (2016). *Privacy revisited: A global perspective on the right to be left alone*. Oxford: Oxford University Press Inc.
- LYNSKEY, O. (2015). *The foundations of EU data protection law*. Reino Unido: Oxford Studies in European Law.
- MACHETE, P. (2010). A subordinação da administração pública ao direito e a dogmática do direito administrativo no âmbito do estado de direito democrático. In A. Athayde, J. Caupers & M. G. Garcia (coord.). *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, pp. 191-238. Coimbra: Almedina.
- MARTÍN-RETORTILLO & M. C. RODRÍGUEZ (2020). Secreto, transparencia, confidencialidad y protección de datos en la contratación pública. Estudio de las resoluciones de los tribunales administrativos de contratación y del consejo de transparencia y buen gobierno y órganos equivalentes. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 24, pp. 150-191. https://revistas.udc.es/index.php/afd/article/view/afdudc.2020.24.0.7467/g7467_pdf.
- MELO, P. (2010). Os contratos da administração pública no CPA. In C. Amado Gomes, A. F. Neves & T. Serrão (coord.). *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, vol. II, 6.^a edição, pp. 789-805. Lisboa: AAFDL Editora.
- MIRANDA, J. (2010). O Artigo 8.º da Constituição e o direito internacional. In A. Athayde, J. Caupers, & M. G. Garcia (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, pp. 415-458. Coimbra: Almedina.
- MONCADA, L. C. (2010). Boa-fé e tutela da confiança no direito administrativo. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, pp. 573-611. Coimbra: Coimbra Editora.
- NEVES, A. F. (2020). Contratação pública e o regime europeu de proteção de dados pessoais. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, pp. 5-26.
- NEVES, A. F. (2010). Os princípios da contratação pública. In J. Miranda (coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, pp. 9-42. Coimbra: Coimbra Editora.
- PEREIRA, D. A. (2013). Princípios gerais da contratação pública eletrónica. *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2. <https://cij.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2013-nordm-2/principios-gerais-da-contratacao-publica-electronica/>.
- PINHEIRO, A. S. & BATISTA, F. (2020). A proteção de dados pessoais nos contratos públicos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 8, pp. 69-77.
- PINHEIRO, A. S. (2023). A proteção de dados no CPA. In C. Amado Gomes, A. F. Neves & T. Serrão (coord.). *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, 6.^a edição, pp. 447-474. Lisboa: AAFDL Editora.
- PINHEIRO, A. S. (2015). *Privacy e protecção de dados pessoais: A construção dogmática do direito à identidade informacional*. Lisboa: AAFDL Editora.

- RAIMUNDO, M. A. & CALDEIRA, M. (2023). Protecção de dados e contratos públicos. In D. Soares Farinho, F. Paes Marques & T. Fidalgo de Freitas (coord.). *Direito da protecção de dados – Perspetivas públicas e privadas*, pp. 307-347. Coimbra: Almedina.
- RAIMUNDO, M. A. (2018). Contratos públicos, transparência e acesso à informação: uma abordagem preliminar. In A. Gouveia Martins, A. Leão, B. Mac Crorie & P. Fragoso Martins (coord.). *Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público. Direito Público e Direitos Públicos: Pontes, Diálogos e Encruzilhadas, 26 e 27 de janeiro de 2018*, pp. 129-154. Porto: Universidade do Porto.
https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F-1760264582/Livro%20-%20Actas%20-%20Encontro%20Prof.%20Dto.%20P%20FAblico.pdf.
- ROQUE, M. P. (2023). O procedimento administrativo eletrónico. In C. Amado Gomes, A. F. Neves & T. Serrão (coord.). *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, 6.^a edição, pp. 645-700. Lisboa: AAFDL Editora.
- SEONG, S., & LEE, J. Y. (2024) *Developing e-procurement systems: A case study on the government e-procurement systems in Korea. Public Finance and Management*, vol. 4, no. 2, janeiro, pp. 138-166.
https://www.researchgate.net/publication/385025424_Developing_E-Procurement_Systems_A_Case_Study_on_the_Government_E-Procurement_Systems_in_Korea.
- SILVA, J. A. (2022). *Código dos Contratos Públicos – Anotado e comentado*, 10.^a edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- SILVA, M. M. (2010). *O abuso da posição dominante na nova economia*. Teses. Coimbra: Almedina.
- SILVEIRA, L. L. (2010). Configuração constitucional da protecção de dados. In A. de Athayde, J. Caupers & M. G. Garcia (coord.). *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, pp. 505-514. Coimbra: Almedina.
- SOUSA, M. R. (1999). *Lições de direito administrativo*, vol. I. Lisboa: Lex.
- ZIEGLER, D. M. [et al.] (2019). *Fine-tuning language models from human preferences*, Cornell University. <https://arxiv.org/abs/1909.08593>.

Lista de jurisprudência

Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia

29 de abril de 2004, Processo C-496/99, Relator: R. Schintgen.

8 de dezembro de 2005, Processos apensos C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, Relator: A. Rosas.

8 de junho de 2010, Processo C-58/08, Relator: von Danwitz.

9 de novembro de 2010, Processos apensos C-92/09 e C-93/09, Relator: K. Lenaerts.

29 de março de 2012, Processo C-599/10, Relator: J.-C. Bonichot.

13 de maio de 2014, Processo C-131/12, Relator: M. Ilešič.

24 de setembro de 2019, Processo C-507/17, Relator: M. Ilešič.

Jurisprudência nacional

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 27 de março de 2003, Processo n.º 0831/02, Relator: Pais Borges.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 31 de março de 2011, Processo 257/10.9YRCBRS1, Relator: Santos Cabral.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, 23 de junho de 2022, Processo n.º 393/21-6BEBJA, Relator: Rui Pereira.

Plataformas consultadas

Comissão Europeia – https://commission.europa.eu/index_en

IMPIC, PT – www.impic.pt

Portal BASE – www.base.gov.pt

Portal Nacional de Fornecedores do Estado – www.pnfe.impic.pt

Tribunal de Contas – www.tcontas.pt

Anexos

**Retirados da plataforma BASE, www.base.gov.pt,
consultada pela última vez a 27-03-2024**

Anexo 1

CONVITE

Consulta prévia no âmbito do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro na sua atual redação

3. Designação do órgão competente para a Decisão de contratar

O órgão competente para a decisão de contratar é o Exmo. Sr. Presidente da Câmara, ao abrigo do artigo 36.º do Código dos Contratos Públicos, doravante CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual redação e da alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

4. Fundamentação para escolha do procedimento

A adoção do procedimento de consulta prévia foi feita tendo por base o valor do contrato a celebrar, nos termos do estabelecido na alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º conjugado com o art.º 47 do CCP.

5. Esclarecimentos das Peças do Procedimento

Os esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento são da competência do júri do procedimento.

9 Idioma da Proposta

Os documentos que constituem a proposta serão obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa.

10 Prazo e modo para apresentação das propostas

- 10.1 A proposta deverá ser enviada para a plataforma eletrónica <https://www.acingov.pt>, até às 23h59 do 2º dia, após o envio do presente convite.
- 10.2 Nos termos do n.º 1 do artigo 62.º, conjugado com a alínea g) do n.º 1 e do n.º 4 do artigo 115.º do CCP, a apresentação da proposta e dos documentos que a compõem deverão ser apresentados através do link gerado pela plataforma de compras públicas em uso no Município ACINGOV.
- 10.3 O link referido no número anterior é rececionado através do e-mail info@acingov.pt.

11 Documentos de Habilitação

11.1 O adjudicatário deve entregar, no prazo de 3 (três) dias úteis a contar da notificação da decisão de adjudicação:

- 11.1.1 Declaração emitida conforme modelo do anexo II do CCP;
- 11.1.2 Documentos comprovativos de que não se encontra nas situações previstas nas alíneas b), d), e) e h) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP.

11.2 No caso de irregularidades detetadas nos documentos apresentados, o adjudicatário deverá proceder à supressão dessas irregularidades, no prazo de 2 (dois) dias úteis.

Os documentos de habilitação serão apresentados pelo adjudicatário na plataforma eletrónica <https://www.acingov.pt>.

12 Contrato

O presente fornecimento do bem não será reduzido a escrito nos termos da subalínea ii), da alínea c), do n.º 1 do art.º 95º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro (adiante designado por CCP).

Anexo II

MUNICÍPIO DE

CONVITE

PROCEDIMENTO POR CONSULTA PRÉVIA

Nos termos da alínea c) n.º 1 do Artigo 2º do Decreto-Lei 18/2008 de 29 de janeiro na sua redação atual

DO PROCEDIMENTO DE:

Valor Base: 44.740,00€
Piscinas cobertas: 24.410,00€
Piscinas descobertas: 19.330,00€

5. A audiência prévia dos concorrentes encontra-se dispensada quando tenha sido apresentada uma única proposta, aplicando-se, nesse caso, o disposto no artigo 125.º do CCP.
6. Exercido o direito de audiência prévia referido no ponto anterior, ou decorrido o respetivo prazo sem que qualquer dos concorrentes se haja pronunciado, o júri elabora relatório final fundamentado no qual pondera as observações formuladas pelos concorrentes, caso existam, mantendo ou modificando o teor e as conclusões do relatório preliminar, podendo ainda propor a exclusão de qualquer proposta se verificar, nesta fase, a ocorrência de qualquer dos motivos previsto no n.º 2 do presente Cláusula.
7. No caso previsto na parte final do número anterior, bem como quando do relatório final resulte uma alteração da ordenação das propostas constante do relatório preliminar, o júri procede a nova audiência prévia, sendo subsequentemente aplicável o disposto no número anterior.

Cláusula 21.º

Adjudicação

1. Cumpridas as formalidades previstas nos Cláusulas anteriores, cabe ao órgão competente para a decisão de contratar decidir sobre a aprovação de todas as propostas contidas no relatório final, nomeadamente para efeitos de adjudicação.
2. A decisão de adjudicação é comunicada simultaneamente a todos os concorrentes, acompanhada do relatório final de avaliação das propostas;
3. Juntamente com a notificação da decisão de adjudicação, o órgão competente para a decisão de contratar notifica o adjudicatário para apresentar os documentos de habilitação referidos no Cláusula seguinte e *(caso aplicável)* para, no mesmo prazo, prestar caução nos termos do disposto nos artigos 88.º a 91.º do CCP, indicando expressamente o seu valor.
4. O adjudicatário será ainda notificado, em simultâneo, para se pronunciar sobre a minuta do contrato *(se aplicável)*

Cláusula 22.º

Documentos de habilitação e modo de apresentação

1. O adjudicatário deve apresentar, através da plataforma eletrónica Vortal, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da notificação da decisão de adjudicação, a reprodução dos

documentos de habilitação referidos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 81.º do CCP, sem prejuízo da possibilidade conferida no número 10 do mesmo artigo, caso o adjudicatário se encontre registado no Portal Nacional de Fomecedores do Estado.

2. A declaração referida na alínea a) do n.º 1 do artigo 81.º do CCP deve ser emitida conforme modelo constante do Anexo III ao presente convite de procedimento, do qual faz parte integrante.
3. Com os documentos de habilitação, o adjudicatário deve, ainda, caso se trate de uma sociedade comercial, apresentar o comprovativo de registo de beneficiário efetivo, nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 36.º e 37.º do Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo (RCBE), aprovado pela Lei n.º 89/2017, de 21/08.
4. O órgão competente para a decisão de contratar poderá solicitar ao adjudicatário, ainda que tal não conste deste convite de procedimento, a apresentação de quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a execução das prestações objeto do contrato a celebrar, caso em que será, nos termos do n.º 8 do artigo 81.º do CCP, fixado prazo para o efeito.
5. Todos os documentos de habilitação devem ser redigidos em língua portuguesa, sendo que, quando os mesmos, pela sua própria natureza ou origem, estiverem redigidos numa outra língua, deve o adjudicatário fazê-los acompanhar de tradução devidamente legalizada.
6. Quando os documentos de habilitação, ou alguns deles, se encontrem disponíveis na *internet* o adjudicatário pode, em substituição da apresentação da sua reprodução, indicar o endereço do sítio onde os documentos podem ser consultados, bem como a informação necessária a essa consulta, desde que os referidos sítio e documentos deles constantes estejam redigidos em língua portuguesa.
7. Se o adjudicatário for um agrupamento de pessoas singulares ou coletivas, os documentos de habilitação devem, nos termos do artigo 6.º da portaria n.º 372/2017, de 14.12, ser apresentados por todos os seus membros.
8. O órgão competente para a decisão de contratar pode sempre exigir ao adjudicatário, em prazo que fixar para o efeito, a apresentação dos originais de qualquer documento cuja reprodução tenha sido apresentada, em caso de dúvida fundada sobre o conteúdo ou a autenticidade destes.
9. O prazo fixado para a apresentação dos documentos de habilitação pode ser prorrogado, por uma única vez, por solicitação do adjudicatário, formulada ao órgão competente para a decisão de contratar, por um período não superior a cinco dias.
10. Sempre que se verifique um facto que possa levar à caducidade da adjudicação, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 86.º do CCP, o adjudicatário será notificado para que, no prazo de 5 (cinco) dias se pronuncie, por escrito, ao abrigo do direito de audiência prévia.

11. Para efeitos da alínea g) do n.º 1 do artigo 132.º do CCP, o adjudicatário dispõe de um prazo de 5 (cinco) dias para a supressão de irregularidades detetadas nos documentos apresentados que possam levar à caducidade da adjudicação, nos termos do disposto no artigo 86.º do CCP.
12. O órgão competente para a decisão de contratar notifica, em simultâneo, todos os concorrentes da apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário, indicando o dia em que ocorreu essa apresentação, os quais serão disponibilizados, para consulta de todos os concorrentes, na plataforma eletrónica Vortal.
13. Juntamente com os documentos de habilitação e caso seja aplicável, o adjudicatário deverá, ainda, apresentar cópia do contrato de consórcio, bem como quaisquer outros documentos que se revelem necessários, comprovativos da associação dos membros do agrupamento adjudicatário.
14. No caso previsto no número anterior o contrato de consórcio deve indicar a empresa que exercerá as funções de líder de consórcio, devendo ser-lhe conferidos, no mesmo ato e por procuração, os poderes a que se referem as alíneas do n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28.07, e ainda os poderes especiais para receber das entidades adjudicantes, e delas dar quitação, quaisquer quantias que devam ser pagas às consorciadas em execução do contrato.

Cláusula 23.º

Caução

É dispensada a prestação de caução pelo adjudicatário, pelo facto de o preço contratual ser inferior a 500.000,00€ e nem será exigida a retenção nos pagamentos, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 e do n.º 3 do artigo 88.º do CCP.

Cláusula 24.º

Minuta e outorga do contrato

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 95.º do CCP, a minuta de contrato é aprovada pelo órgão competente para a decisão de contratar em simultâneo com a decisão de adjudicação e é notificada ao adjudicatário também em simultâneo com a decisão de adjudicação.
2. A minuta do contrato considera-se aceite pelo adjudicatário quando haja aceitação expressa, ou quando não haja reclamação, nos termos do artigo 102.º do CCP, nos três dias subsequentes à respetiva notificação.
3. O contrato deverá ser reduzido a escrito através da elaboração de um clausulado em suporte informático com a aposição de assinaturas eletrónicas.

Anexo III

CONCURSO PÚBLICO

CONCURSO PÚBLICO N.º 1-2.0225/23

Artigo 13.º

Audiência prévia

1. O relatório referido no artigo anterior é notificado aos concorrentes, para efeitos de audiência prévia escrita, nos termos do artigo 147.º do CCP.
2. Os concorrentes têm 5 (cinco) dias para, querendo, se pronunciarem sobre o teor e as conclusões do relatório a que se refere o número anterior.
3. O disposto no presente artigo não é aplicável se tiver sido apresentada uma única proposta, aplicando-se, nesse caso, o disposto no artigo 125.º ex vi do previsto no artigo 147.º in fine, ambos do CCP.

Artigo 14.º

Relatório final

1. Cumprido o disposto no artigo anterior, o Júri do procedimento elabora um relatório final fundamentado, no qual pondera as observações formuladas pelos concorrentes em sede de audiência prévia, mantendo ou modificando o teor e as conclusões do relatório preliminar, podendo ainda propor a exclusão de qualquer proposta.
2. No caso previsto na parte final do número anterior, bem como quando o relatório final resulte uma alteração da ordenação das propostas constante do relatório preliminar, o Júri do procedimento procede a nova audiência prévia dos interessados nos termos do n.º 2 do artigo 148.º do CCP, sendo subsequentemente aplicável o disposto no número anterior.
3. O relatório final, juntamente com os demais documentos que compõem o processo de concurso, é enviado ao órgão competente para a decisão de contratar.
4. Cabe ao órgão competente para a decisão de contratar decidir sobre a aprovação de todas as propostas contidas no relatório final.
5. Os concorrentes são notificados do ato final do procedimento e do relatório final.

Artigo 15.º

Notificação da adjudicação e apresentação de documentação

1. A decisão de adjudicação é comunicada simultaneamente a todos os concorrentes, juntamente com o relatório final de avaliação das propostas, sendo aí indicado, quando aplicável, o prazo de suspensão a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do CCP, conforme o caso.
2. Juntamente com a notificação da decisão de adjudicação, a Entidade Adjudicante notifica o adjudicatário para:
 - a) Apresentar reprodução dos documentos de habilitação previstos no n.º 1 do artigo 81.º do CCP, no prazo de **5 (cinco) dias**;
 - b) Apresentar uma reprodução da autorização emitida pelo _____ para o exercício de atividade de distribuição por grosso de dispositivos médicos, no prazo de 5 (cinco) dias.
 - c) Apresentar, no prazo de 5 (cinco) dias o documento comprovativo de que todos e cada um dos dispositivos médicos a adquirir foram já objeto de codificação pelo _____ e que os mesmos constam da respetiva base de dados, nas situações em que tenha sido apresentado com a proposta certidão emitida pelo _____ que atestava a existência de procedimento de codificação em curso à data de apresentação da proposta, para efeitos do disposto no n.º 2 do Despacho n.º 2945/2019, de 19 de março, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, o qual determina que até à conclusão da fase de habilitação os dispositivos médicos, objeto do referido procedimento, têm de estar codificados e incluídos na base de dados do _____;

- d) Se pronunciar sobre a minuta de contrato, querendo, no prazo de 5 (cinco) dias;
 - e) Apresentar os documentos comprovativos da confirmação dos compromissos assumidos por entidades terceiras relativos a atributos ou a termos ou condições da proposta adjudicada, quando aplicável, no prazo de 5 (cinco) dias;
 - f) No caso de o preço global proposto na proposta adjudicada determinar a sujeição do contrato a celebrar a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, o adjudicatário deve ainda apresentar um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas, salvo se este for uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, nos termos previstos no n.º 9 do artigo 81.º do CCP, no prazo de 5 (cinco) dias.
3. O prazo fixado nas alíneas a) a c) do n.º 2 para a apresentação dos documentos de habilitação pode ser prorrogado, por uma única vez, por solicitação do adjudicatário formulada ao órgão competente para a decisão de contratar, por um período não superior a 5 (cinco) dias.
 4. O prazo fixado na alínea f) do n.º 2 para a apresentação dos documentos comprovativos da confirmação dos compromissos assumidos por entidades terceiras relativos a atributos ou a termos ou condições da proposta adjudicada pode ser prorrogado por solicitação do adjudicatário formulada ao órgão competente para a decisão de contratar.

Artigo 16.º

Modo de apresentação dos documentos de habilitação

1. O adjudicatário deve apresentar reprodução dos documentos de habilitação indicados no n.º 1 do artigo 81.º do CCP através da Plataforma Eletrónica.
2. Quando os documentos de habilitação exigidos se encontrem disponíveis na internet, o adjudicatário pode, em substituição da apresentação da sua reprodução, indicar à Entidade Adjudicante o endereço do sítio onde aqueles podem ser consultados, bem como a informação necessária a essa consulta, desde que os referidos sítio e documentos deles constantes estejam redigidos em língua portuguesa.
3. Quando o adjudicatário tenha prestado consentimento, nos termos da lei, para que a Entidade Adjudicante consulte a informação relativa a qualquer dos documentos de habilitação referidos no número anterior é dispensada a sua apresentação nos termos do n.º 1.
4. O órgão competente para a decisão de contratar pode sempre exigir ao adjudicatário, a apresentação, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, dos originais de quaisquer documentos cuja reprodução tenha sido apresentada nos termos do disposto no n.º 1, em caso de dúvida fundada sobre o conteúdo ou a autenticidade destes.
5. Todos os documentos de habilitação do adjudicatário devem ser redigidos em língua portuguesa, sem prejuízo do previsto no número seguinte.
6. Quando, pela sua própria natureza ou origem, os documentos de habilitação estiverem redigidos em língua estrangeira, deve o adjudicatário fazê-los acompanhar de tradução devidamente legalizada.
7. Quando o adjudicatário for um agrupamento de pessoas singulares ou coletivas, a apresentação dos documentos de habilitação deve observar o previsto no artigo 6.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro.
8. O órgão competente para a decisão de contratar notifica em simultâneo todos os concorrentes da apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário, indicando o dia em que ocorreu essa apresentação, disponibilizando tais documentos na Plataforma Eletrónica, para consulta de todos os concorrentes.
9. Sempre que se verifique um facto que determine a caducidade da adjudicação nos termos do n.º 1 do artigo 86.º do CCP, o órgão competente para a decisão de contratar deve notificar o adjudicatário relativamente ao qual o facto ocorreu, fixando-lhe um prazo, não superior a 5 (cinco) dias, para que se pronuncie, por escrito, ao abrigo

do direito de audiência prévia.

10. Quando as situações previstas no n.º 1 do artigo 86.º do CCP se verificarem por facto que não seja imputável ao adjudicatário, o órgão competente para a decisão de contratar deve conceder-lhe, em função das razões invocadas, um prazo adicional para a apresentação dos documentos em falta, sob pena de caducidade da adjudicação, com as legais consequências.

Artigo 17.º

Despesas e encargos

Todas as despesas e encargos inerentes à prestação da caução, quando aplicável, e à redução do contrato a escrito são da responsabilidade do adjudicatário.

Artigo 18.º

Proteção de dados pessoais

1. Nos termos do disposto no artigo 6.º, n.º 1, alíneas b) e c) do Regulamento Geral de Proteção de Dados, e exclusivamente para efeitos do presente procedimento de formação de contrato e do cumprimento de obrigações jurídicas a que a Entidade Adjudicante se encontra adstrita, esta poderá tratar dados pessoais relativos aos concorrentes, incluindo dos seus representantes, trabalhadores, agentes, subcontratados e consultores, e transmiti-los a terceiros, como seja Tribunal de Contas, plataformas eletrónicas de contratação, portal dos contratos públicos e outras entidades públicas ou privadas, com limitação dos dados transmitidos ao estritamente necessário e mediante as adequadas medidas de segurança.
2. Os concorrentes são responsáveis por garantir o cumprimento das formalidades legais para a transmissão dos dados pessoais dos seus representantes, trabalhadores, agentes, subcontratados e consultores, no âmbito do procedimento pré-contratual, obtendo os respetivos consentimentos, quando aplicável.
3. Os concorrentes têm o direito, em qualquer altura, a solicitar à Entidade Adjudicante, através de mensagem de correio eletrónico para o acesso aos dados pessoais que lhe digam respeito, incluindo dos seus representantes, trabalhadores, agentes, subcontratados e consultores, a sua retificação ou apagamento e a limitação do tratamento, bem como a opor-se ao tratamento, requerer a portabilidade dos dados e apresentar reclamação a uma autoridade de controlo.
4. Os dados pessoais relativos aos concorrentes, incluindo dos seus representantes, trabalhadores, agentes, subcontratados e consultores são eliminados no prazo de 4 (quatro) anos, salvo exista obrigação legal ou contratual que justifique a conservação por prazo superior.

Anexo IV

PROGRAMA DE CONCURSO

CONCURSO PÚBLICO FORNECIMENTO DE BENS ALIMENTARES PARA BUFETE

N/ref.ª:

janeiro/2024

Entregas quatro vezes por semana – 8 pontos

Entregas três vezes por semana – 4 pontos

Entregas duas vezes por semana – 2 pontos

Entregas uma vez por semana – 1 ponto

- b. Em caso de empate entre dois ou mais concorrentes, o critério de desempate será o sorteio presencial, com a presença dos representantes dos concorrentes cujas propostas se encontram empatadas, nos termos e na data, na hora e no local a definir pelo júri, sendo os referidos concorrentes notificados, através da plataforma eletrónica de tramitação do presente procedimento, com uma antecedência mínima de dois dias úteis.
- c. A adjudicação será realizada por Lotes, valendo para cada Lote o critério de adjudicação e desempate referidos nos pontos anteriores.

15. ADJUDICAÇÃO, ENTREGA DE DOCUMENTOS, CONTRATO

- a. A decisão de adjudicação é notificada, em simultâneo, a todos os Concorrentes.
- b. Da decisão de adjudicação devem constar os motivos de exclusão das propostas de preço inferior à proposta adjudicada, enumerados nos nºs 2 e 3 do artigo 146.º do CCP.
- c. Notificado da decisão de adjudicação, o Adjudicatário deve:
 - i) Apresentar, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, os documentos de habilitação exigidos por lei e pelo presente Programa de Concurso;
 - ii) Confirmar, se aplicável, no prazo de 2 (dois) dias úteis, os compromissos assumidos por terceiras entidades relativos a atributos ou a termos ou condições da proposta adjudicada;
 - iii) Pronunciar-se sobre a minuta do contrato, considerando-se esta aceite quando haja declaração expressa nesse sentido ou quando não haja reclamação nos 5 (cinco) dias úteis subsequentes à respetiva notificação.
- d. No caso do Adjudicatário ser um agrupamento concorrente, este

deverá, ainda, até à data da assinatura do contrato, entregar os documentos referidos em 10, e) e f).

- e. No cumprimento do disposto no artigo 104.º do CCP, a entidade adjudicante comunicará a data, a hora e o local em que ocorrerá a assinatura do contrato.

16. NOTIFICAÇÃO DA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

Todos os restantes Concorrentes serão notificados em simultâneo da apresentação dos documentos de habilitação pelo Adjudicatário, indicando-se o dia em que ocorreu essa apresentação.

17. ENCARGOS DO CONCORRENTE

- a. São encargos do concorrente as despesas inerentes à elaboração da proposta.
- b. São ainda da conta do adjudicatário as despesas e encargos inerentes à celebração do contrato.

18. SIGILO

Os concorrentes obrigam-se a garantir o sigilo, quer por si ou seus trabalhadores, quer por seus contratados, quanto a informações, documentos ou dados que venham a ter conhecimento ou acesso no âmbito do presente concurso ou subsequentes procedimentos, mantendo-se tal obrigação mesmo após o seu termo ou dos procedimentos subsequentes.

19. PROTEÇÃO DE DADOS

- a. Nos termos do disposto no artigo 6.º, n.º 1, alíneas b) e c) do Regulamento Geral de Proteção de Dados, e exclusivamente para efeitos do presente procedimento pré-contratual e do cumprimento de obrigações jurídicas a que a entidade adjudicante esteja adstrita, a adjudicante poderá tratar dados pessoais relativos aos concorrentes, incluindo dos seus representantes, trabalhadores, agentes, subcontratados e consultores, e transmiti-los a terceiros, como seja Tribunal de Contas, plataformas eletrónicas de

12-20

contratação, portal dos contratos públicos e outras entidades públicas ou privadas, com limitação dos dados transmitidos ao estritamente necessário e mediante as adequadas medidas de segurança.

- b. Os concorrentes são responsáveis por garantir o cumprimento das formalidades legais para a transmissão dos dados pessoais dos seus representantes, trabalhadores, agentes, subcontratados e consultores, no âmbito do procedimento pré-contratual, obtendo os respetivos consentimentos, quando aplicável.
- c. Os concorrentes têm o direito, em qualquer altura, a solicitar à adjudicante, através de mensagem de correio eletrónico para o endereço indicado no ponto 1. deste Programa, o acesso aos dados pessoais que lhe digam respeito, incluindo dos seus representantes, trabalhadores, agentes, subcontratados e consultores, a sua retificação ou apagamento e a limitação do tratamento, bem como a opor-se ao tratamento, requerer a portabilidade dos dados e apresentar reclamação a uma autoridade de controlo.
- d. Os dados pessoais relativos aos concorrentes, incluindo dos seus representantes, trabalhadores, agentes, subcontratados e consultores são eliminados no prazo de 4 anos, salvo exista obrigação legal ou contratual que justifique a conservação por prazo superior.

20. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Em tudo o omissa no presente Programa de Concurso observar-se-á o disposto no Código dos Contratos Públicos.

O voto plural nas sociedades anónimas

Manuel João de Freitas Pita

Sob orientação do Professor
Doutor Armando Manuel Triunfante

Agradecimentos

Ao meu orientador, Prof. Doutor Armando Triunfante, pelo apoio ao longo da elaboração deste trabalho.

Às minhas colegas Paula Margarido e Carla Menezes, cuja disponibilidade e amizade ajudaram a ultrapassar todas as dificuldades.

Resumo

A introdução da possibilidade do voto plural para as sociedades cotadas – que permite uma divergência entre o valor das ações detidas e o direito de voto conferido pelas mesmas – veio alterar o paradigma da aplicação do princípio da proporcionalidade no direito das sociedades comerciais. No entanto, tal disrupção, embora benéfica para a dinamização do mercado de capitais, não está isenta de críticas, desde logo pela falta de ambição do seu âmbito subjetivo, mas também no que diz respeito às opções de regime. Tratando-se de direitos especiais dos acionistas, é imperativo que se apliquem as limitações constantes das regras referentes às categorias de ações, tendo o legislador, em certos casos, remetido expressamente para os preceitos aplicáveis às ações preferenciais sem voto. Adicionalmente, torna-se fundamental perceber o alcance deste novo regime e qual a influência na implementação de outras figuras com interesse para a saúde das sociedades comerciais, tais como as ações de lealdade.

Palavras-chave: voto plural; sociedades cotadas; direitos especiais, categorias de ações princípio da proporcionalidade; ações de lealdade.

Abstract

Establishing the possibility of granting multiple voting rights in listed companies – which allows to set up a difference between the value of the shares held and the voting right granted by such shares – has changed the paradigm for the application of the proportionality principle in company law. However, such disruption, though beneficial for the development of the capitals market, is not free from criticism, not only in what concerns the lack of ambition of its subjective spectrum, but also in what regards some options made on the applicable regime. As these new shares provide for special shareholders' rights, it is mandatory to apply limitations arising from the share classes regime, and the legislator, in certain cases, expressly refers to the rules applicable to non-voting preference shares. Furthermore, it is fundamental to access the range of this new regime and how it influences the implementation of other mechanisms with interest to the good health of companies, such as loyalty shares.

Keywords: multiple voting rights; listed companies; special rights; dual shares; one share one vote; loyalty shares.

Lista de siglas e abreviaturas

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
art./arts.	Artigo/Artigos
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cfr.	Conferir, confrontar
CVM	Código de Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DSR	Direito das Sociedades em Revista
ECGF	European Corporate Governance Forum
ECGFWGP	European Corporate Governance Forum Working Group on Proportionality
Ed.	Edição
n.º/n.ºs	Número/Números
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OPA/OPAs	Oferta Pública de Aquisição/Ofertas Públicas de Aquisição
ob. cit.	Na obra citada
p./pp.	Página/Páginas
RDC	Revista de Direito Comercial
RDFMC	Revista do Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais
RDS	Revista do Direito das Sociedades
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	Seguintes
Vol.	Volume

Índice

1.	Introdução	6
2.	Evolução do voto plural na legislação portuguesa	7
3.	O princípio <i>one share / one vote</i>	10
3.1	O princípio da proporcionalidade como fundamento	10
3.2	Desvios ao princípio da proporcionalidade	15
4.	O voto plural noutras jurisdições	19
5.	O regime do Artigo 21.º-D do CVM	24
5.1	Universo subjetivo	24
5.2	Universo objetivo	26
5.3	Criação de ações com voto plural	27
5.4	Ações de lealdade	34
6.	Conclusão	38
7.	Bibliografia	40

1. Introdução

Na ordem jurídica portuguesa, tal como em outras ordens jurídicas que lhe são próximas, no direito das sociedades comerciais vinga o princípio *one share / one vote*, segundo o qual a cada ação representativa do capital social da sociedade corresponde um voto em assembleia geral, assegurando-se assim – pelo menos aspiracionalmente – a proporcionalidade entre a participação do capital e o controlo societário.

Ao arrepio deste princípio, por ocasião da alteração do CVM, aprovada pela Lei n.º 99-A/2021 de 31 de dezembro¹, foi aditado o art. 21.º-D, que prevê, para as sociedades cotadas, a possibilidade de emissão de ações especiais que atribuam um direito de voto plural até 5 votos por ação.

Segundo Brito Pereira, “na aprovação da regra, está presente, antes de mais, porventura determinantemente, uma razão pragmática de fomento de competitividade do mercado de capitais nacionais”².

De facto, o objetivo da criação da norma é essencialmente a dinamização do mercado de capitais, oferecendo um instrumento que permite a abertura do capital ao mercado de valores mobiliários, permitindo, em todo o caso, ao acionista empreendedor garantir o seu poder de controlo.

A sua aplicação traz, no entanto, algumas dúvidas porquanto o regime é escasso e o seu carácter de exceção torna difícil a aplicação de regimes análogos.

Da mesma forma, as limitações estatuídas, designadamente sob o ponto de vista subjetivo, podem criar perplexidades quanto à amplitude da consagração dos objetivos pretendidos.

Ainda, é fundamental perceber se o regime instituído permite criar as denominadas ações de lealdade, forma de voto plural mais popular na Europa, que consagra a atribuição de um maior poder de voto aos acionistas de longo-prazo, valorizando a sua participação ativa e interessada na sociedade.

Assim, propomo-nos aqui analisar mais aprofundadamente o regime trazido por esta alteração legislativa e qual a potencialidade de o mesmo cumprir o seu desiderato.

¹ Em vigor desde 30 de janeiro de 2022, nos termos do art. 22.º, n.º 1.

² Pereira, 2022, pp. 42-43.

2. Evolução do voto plural na legislação portuguesa

A evolução da consideração do voto plural no direito das sociedades em Portugal tem sido feita ao sabor das pressões económicas sentidas em cada momento.

Partiu-se da regra de atribuição de um voto por cada acionista e deslizou-se progressivamente para a regra da proporcionalidade, de acordo com a qual “há correspondência proporcional entre, por um lado, a aportação do sócio para o capital e, por outro, os direitos de voto”³.

Assim, nas companhias pombalinas, que bebiam da tradição incorporada nas primeiras companhias coloniais⁴, o direito de voto era atribuído em função da mera detenção da participação social, independentemente da dimensão da participação detida. No entanto, tal solução não se mostrava justa e equitativa e era, não raras vezes, desvirtuada pela prática societária, na medida em que se testemunhava a contratação pelos sócios de terceiros consigo relacionados para deter participações, por forma a verem aumentada assim a sua influência nos direitos de voto.

O Código Comercial de 1833⁵ (“Código Ferreira Borges”) nada veio dispor a este respeito, apresentando-se como uma intervenção muito embrionária no direito das sociedades comerciais e deixando para a Lei das Sociedades Anonymas de 1867⁶ um papel mais marcante⁷.

De facto, este Código era omissivo em várias matérias, designadamente quanto ao direito de voto. No entanto, a Lei de 1867, que cria em Portugal o tipo societário “sociedades anonymas”, veio regular expressamente o tema dos direitos de voto, atribuindo aos estatutos o poder discricionário de atribuição de votos aos acionistas, ao relegar para estes “o número de votos que pode ter cada acionista em relação ao número de ações que possuir”⁸. Assim, pela primeira vez, a lei deixou claro (i) o afastamento do princípio da atribuição de um voto por cabeça e (ii) a possibilidade de dependência da quantificação do número de votos em função da dimensão da participação social.

Esta alteração permitiu, finalmente, questionar as maiorias que se vinham formando por acionistas com relações pessoais, em favor dos detentores de maior parte do capital: os capitalistas⁹.

³ Pereira, 2022, p. 157.

⁴ Assim identifica Brito Pereira a *East India Company* (exemplo dos primórdios da regulação da sociedade anónima do direito inglês do séc. XVI) e a Companhia Holandesa das Índias Orientais do séc. XVII, cfr. Pereira, 2022, p. 334; também designadas por “Companhias Privilegiadas”, destacando-se como a primeira em Portugal, a Companhia da Índia Oriental de 1628, cfr. Ribeiro, 2016, p. 207.

⁵ Aprovado pelo Decreto de 18 de setembro de 1833.

⁶ Lei das Sociedades Anonymas de 22 de junho de 1867.

⁷ Segundo Menezes Cordeiro, apesar dos justos louvores, o Código Ferreira Borges era incipiente no campo das então ditas *companhias*, não prevendo esquemas claros de autofiscalização e deixando muitos pontos em aberto, cfr. Cordeiro, 2017, p. 23.

⁸ Regra constante do § 3 do art. 26.º (secção V).

⁹ Ribeiro, 2016, p. 262.

O Código Comercial de 1888¹⁰ (“Código Comercial de Veiga Beirão”) não afastou o princípio da proporção entre o capital social e os votos inerentes à participação social detida, estabelecendo, no entanto, uma limitação ao exercício do voto.

Com efeito, o § 3 do art. 183.º dispunha que “nenhum acionista, qualquer que seja o número das suas ações poderá representar mais da décima parte dos votos conferidos por todas as ações emitidas, nem mais de uma quinta parte dos votos que se apurarem na assembleia geral”.

Esta disposição, além de confirmar – ainda que indiretamente – o princípio da proporcionalidade, veio estabelecer um controlo da influência dos acionistas maioritários na assembleia geral. No entanto, em bom rigor, no que diz respeito ao voto plural, não apresentava qualquer confirmação – ou negação – de que o Código admitia a emissão de ações com voto desigual¹¹.

Com a crise profunda que marcou o início do séc. XX em Portugal e a necessidade de recapitalização do tecido empresarial português, foi necessário tomar medidas para incentivar o investimento no mercado de capitais.

Neste sentido, foi publicado o Decreto-Lei 1.645, de 15 de junho de 1915¹², o qual veio autorizar expressamente, pela primeira vez, a emissão de ações privilegiadas com desigual representação de votos na assembleia geral¹³.

Tal autorização permanecia, contudo, limitada pela regra do Código Comercial em vigor, que controlava assim eventuais abusos. Na verdade, a doutrina alertava já para os abusos que poderiam ocorrer quando os direitos de voto atribuídos não correspondiam ao investimento efetuado na sociedade, porquanto tais votos podiam ser utilizados para interesses pessoais e não sociais.

Porém, este regime veio a sofrer algumas alterações, a mais significativa resultante do Decreto-Lei n.º 154, de 10 de maio de 1972, a qual estabeleceu que a regra limitativa do poder de voto passaria a ser supletiva.

Assim, não surpreendeu que, face à existência dos abusos decorrentes do abandono da limitação dos direitos de voto, e (mais uma vez) aproveitando-se a situação económica nacional mais favorável, o Código das Sociedades Comerciais, em vigor a partir de 1 de novembro de 1986¹⁴, tenha vindo estipular definitivamente a proibição do voto plural,

¹⁰ Este Código está ainda em vigor (embora fortemente retalhado), tendo sido aprovado por carta de lei de 28 de junho de 1888 e entrado em vigor em 1 de janeiro de 1889.

¹¹ Assim Pereira, 2022, p. 342.

¹² Suspenso pela Lei n.º 338, de 30 de julho de 1915 e reposto em vigor pelo Decreto 4118 de 18 de abril de 1918.

¹³ Nos termos do preâmbulo deste Decreto-Lei, tal prática já existia, referindo-se, a propósito das “ações privilegiadas com desigual representação de votos nas assembleias gerais”, que “Atendendo a que tam vantajosa se tem mostrado a emissão de acções nas condições expostas que sociedades há que a tem feito, não obstante a letra ou as dúvidas de interpretação do Código Comercial”.

¹⁴ Decreto Lei n.º 262/86, de 2 de setembro.

através da regra expressa no art. 384.º, n.º 5¹⁵.

De salientar, em todo o caso, que o mesmo diploma estabeleceu, no art. 531.º, uma regra transitória, considerando-se válidos os direitos de voto plural legalmente constituídos antes daquela data. No entanto, tais direitos poderiam ser extintos ou limitados sem consentimento dos respetivos titulares, ao arrepio da regra geral estipulada no art. 24.º, n.ºs 4 e 5¹⁶.

Este preceito aplica-se não só às ações com voto plural, mas também aos direitos especiais de voto que excedam os limites que vieram a ser estabelecidos para o voto plural nas sociedades por quotas, nos termos do art. 250.º, n.º 2¹⁷.

Recentemente, abrindo-se uma brecha no princípio estipulado *one share / one vote* do Código das Sociedades Comerciais, foi aprovada uma alteração ao Código dos Valores Mobiliários¹⁸, consagrando-se no seu art. 21.º-D a possibilidade de emissão de ações com o direito especial ao voto plural (ainda que limitado às sociedades cotadas¹⁹).

Este movimento legislativo está suportado, mais uma vez, pela conjuntura económica e pela intenção de fomentar o mercado de capitais, criando incentivos para o investimento de novos parceiros societários, pelo que, tendo em conta a limitação subjetiva da norma – e pretendendo-se cumprir mais a fundo com este desiderato –, podemos almejar pela sua ampliação, designadamente com a sua aplicação a todas as sociedades anónimas²⁰.

¹⁵ O Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro revoga também expressamente o Decreto-Lei 1.645 de 15 de junho de 1915 através do art. 3.º, n.º 1, c).

¹⁶ A lei prevê a extinção destes direitos por deliberação da Assembleia Geral tomada pela maioria necessária para uma alteração contratual do tipo social em causa (nas sociedades por quotas 3/4 dos votos referentes ao capital social, nos termos do art. 265.º, n.º 1, e nas sociedades anónimas 2/3 dos votos emitidos, nos termos do art. 383.º, n.º 2 e do art.º 386.º, n.º 3); no entanto, este artigo não disciplina a intervenção dos votos dos acionistas privilegiados, o que tem relevância pois, caso se aplique o voto plural, dificilmente se opera a alteração que o legislador pretende facilitar, cfr. Cunha, 2021, p. 388.

¹⁷ Abreu, 2021a, pp. 592 - 593.

¹⁸ Pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro.

¹⁹ Em rigor, esta possibilidade é aplicada “às sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral, assim como aquelas que condicionem o voto plural à admissão à negociação em mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral das respetivas ações ordinárias”.

²⁰ Brito Pereira chega a referir que “a opção do legislador nacional é míope”, cfr. Pereira, 2022, p. 448.

3. O princípio *one share / one vote*

3.1 O princípio da proporcionalidade como fundamento

Tal como na maioria dos ordenamentos jurídicos, em Portugal adotou-se o princípio da proporcionalidade no que diz respeito à estrutura de repartição de poder entre sócios de sociedade de capitais²¹ no que se refere à atribuição dos direitos de voto em sede de Assembleia Geral.

Tal princípio dá corpo à regra que determina que os direitos de voto são proporcionais à dimensão da participação social detida pelo seu titular, por forma a que o risco empresarial encontre correspondência com o controlo da sociedade. Isto é, parte-se do princípio de que quem melhor decide os desígnios sociais é quem terá mais a perder com o impacto da decisão no seio da sociedade.

No direito português, este princípio geral encontra consagração no art. 250.º, n.º 1 do CSC para as sociedades por quotas e no art. 384.º para as sociedades anónimas.

Esta solução corresponde a uma opção de política legislativa que tem subjacente não só uma ideia de justiça, equidade e equilíbrio entre os acionistas, mas que também, obviamente, se revela eficiente do ponto de vista da gestão empresarial. Mesmo que se admita que tal princípio subtrai um espaço relevante de discricionariedade aos acionistas no âmbito da sua autonomia, entende-se existirem fundamentos sólidos para que esta se encontre limitada.

Este princípio traz consigo uma lógica funcional assente em duas justificações basilares: por um lado, encerra um perfil democrático e equitativo e, por outro lado, transporta eficiência na medida em que a exposição económica aos resultados é o incentivo ideal para que sejam tomadas melhores decisões²².

A estreita relação entre o interesse económico dos acionistas e a sua proporcionalidade na decisão tem relevância igualmente no que diz respeito à mitigação dos problemas de agência no seio da sociedade. É inevitável fazer referência aos custos de agência (na literatura anglo-saxónica, *agency costs*), que correspondem aos custos presentes sempre que alguém contrata outrem para a prestação de serviços que envolvam a delegação de poderes de decisão, tal como acontece no quadro societário entre os acionistas e a administração da sociedade.

Nesta situação, é fácil perceber que existem custos resultantes da dissociação de interesses entre o acionista (mandante) e o administrador (mandatário), pelo que quanto mais o mandatário for afetado pela decisão tomada, mais acertada será a decisão.

²¹ Diferentemente, no caso das sociedades em nome coletivo, nos termos do art. 190.º, n.º 1 do CSC, “A cada sócio pertence um voto, salvo se outro critério for determinado no contrato de sociedade, sem, contudo, o direito de voto poder ser suprimido”.

²² Pereira, 2022, p. 176.

Os custos de agência terão assim duas dimensões: os custos incorridos para limitar a divergência existente entre os interesses do mandante e do mandatário (*monitoring e bonding costs*) e os prejuízos correspondentes à desconformidade destes interesses que inevitavelmente subsistam (*residual loss*).

Está aqui presente a ideia de que o lucro (todo o rendimento remanescente após pagas as dívidas sociais) é repartido entre os acionistas (*residual claim*), pelo que estes serão os maiores interessados nas melhores decisões e no controlo do órgão de administração²³. Assim, entende-se que “Os votos seguem o interesse residual da sociedade e, apenas quando cada elemento do interesse residual tenha um direito de voto igual, não haverá necessidade de existir um custo de agência de gestão”²⁴.

A justificação do princípio *one share / one vote* faz-se muitas vezes, igualmente, mediante uma aproximação ao conceito de “democracia acionista”, identificando a sociedade anónima como uma entidade semelhante ao Estado, na qual os acionistas assumem o papel de cidadãos que elegem um Conselho de Administração que será o governo, o qual atuará executivamente, fiscalizado e controlado por um órgão de fiscalização no lugar do poder judicial.

Assim, tal como nas democracias é atribuído um voto a cada cidadão (reunidas certas e determinadas condições consideradas não discriminatórias), na sociedade comercial esses votos seriam repartidos em função da contribuição de cada acionista para o capital social²⁵.

No entanto, defende Brito Pereira que tal aproximação, apesar de “atraente, sedutora e com algumas virtualidades” (em particular no que diz respeito à importação de soluções de regime), pode ser “geradora de confusões e perplexidades, importando para o universo do *corporate governance* soluções e estruturas que lhe são ontológica e axiologicamente alheias”²⁶.

A democracia tem um valor intrínseco para o Estado, mas para a sociedade comercial este valor é meramente instrumental, pois pode variar em função da utilidade e, nessa medida, ceder perante outras forças, designadamente do mercado ou da concorrência.

Em todo o caso, é inegável que a repartição dos votos de forma proporcional cumpre princípios de justiça, equilíbrio e objetividade e, ao mesmo tempo, do ponto de vista dos procedimentos, dá origem a sistemas não discriminatórios de acesso aos órgãos de governo (gestão).

²³ Castro, 2008, pp. 282-283.

²⁴ Easterbrook & Fischer, 1996, p. 73 (tradução nossa).

²⁵ Coutinho de Abreu defende que, ao contrário de uma democracia acionista, estamos perante uma plutocracia, uma vez que os votos são diretamente proporcionais ao número de ações possuídas e não são igualitariamente distribuídos pelos sócios, cfr. Abreu, 2019, pp. 127-139.

²⁶ Pereira, 2022, p. 182.

Ainda, o próprio objetivo do direito de votar encontra similitudes entre os dois universos: (i) tem sentido funcional, pois é uma forma de agregar preferências num grupo alargado; (ii) tem um sentido estratégico, uma vez que um grupo com os mesmos interesses é capaz de chegar à melhor solução do que um só indivíduo e (iii) tem um sentido legitimador, quer no que se refere à tomada de opções, quer no que diz respeito à eleição de membros do governo; qualquer destes sentidos pode ser transposto para os dois universos²⁷. Sendo assim, não se pode negar paralelismo da situação e o interesse que tem na sua aplicação ao universo das sociedades comerciais

A defesa dos fundamentos subjacentes ao princípio da proporcionalidade assume, assim, um papel preponderante de oposição à implementação da eventual atribuição de mais direitos de votos a certas categorias de ações.

Tal questão não ficou isenta de reflexões nos trabalhos preparatórios do Código Comercial. No Anteprojeto de Vaz Serra deu-se primazia ao princípio da proporcionalidade, concluindo este, nos seus ensinamentos que “parece que as ações de voto plural não devem ser admitidas, pois levam uma separação entre a participação no capital e domínio da sociedade, a um afastamento do princípio de que a influência na administração deve depender do âmbito da participação no capital e do risco assim assumido, e a um enfraquecimento do controle da Assembleia Geral sobre a administração, (...)”²⁸.

Tal posicionamento fundava-se no receio de abuso por parte dos acionistas controladores. Como refere José G. Pinto Coelho, ao atribuir direito a determinados acionistas não se pode “deixar praticamente outros desprovidos dos direitos básicos que da ação hão de derivar, ou tornar tais direitos puramente ilusórios ou aparentes”²⁹.

Estes autores, no entanto, aceitavam instrumentos de mitigação do princípio da proporcionalidade, referindo a possibilidade de autorização expressa de emissão de ações com voto plural pela entidade estatal competente³⁰ ou a regulação deste tipo de ações através da limitação do número de votos admissíveis por ação, opções não adotadas pelo nosso CSC.

Na Europa este tema assumiu relevo com o Relatório Winter (2002)³¹ o qual, a propósito da não aprovação da Diretiva sobre as OPAs em 2001, focou as vantagens de tornar o princípio *one share / one vote* obrigatório no seio da União Europeia.

De acordo com este Relatório, uma das principais razões para a rejeição da proposta de Diretiva prendeu-se com a necessidade de intervenção da Assembleia Geral

²⁷ Pereira, 2022, pp.178-186.

²⁸ Serra, 1970, pp. 23-176.

²⁹ Coelho, 1957, p. 145.

³⁰ Nos termos do art. 52.º do Anteprojeto Vaz Serra, à semelhança da lei alemã.

³¹ *Report of the High Level Group of Company Law Experts on issues related to takeover bids in the European Union*, Bruxelas, 10 de janeiro de 2002.

para a tomada de medidas defensivas por parte da Administração. Verificou-se que tal aconteceu por se encontrarem grandes assimetrias nos poderes dos acionistas entre as várias sociedades dos Estados Membros e entre estas e jurisdições de Estados não membros.

Nesta medida, o Relatório, pretendendo corrigir as assimetrias, defendeu a adoção da *breakthrough rule* que assenta nas ideias de que (i) a palavra final numa OPA deve ser dos acionistas e que (ii) deve existir proporcionalidade entre o controlo da sociedade e os riscos assumidos pelos acionistas.

Entre as 12 recomendações foi referido que “após o anúncio da oferta, qualquer autorização da Assembleia Geral para atos destinados a frustrar a oferta deverá ser deliberada por maioria dos votos emitidos pelos detentores do capital que proporcionalmente assume o risco da sociedade”³² e que “As disposições dos estatutos e de outros documentos de constituição que se desviem dos princípios que determinam que a tomada de decisões dos acionistas será efetuada de acordo com a proporcionalidade entre a assunção de risco e o controlo devem ser anuladas”³³.

No entanto, embora a ideia de proporcionalidade estivesse presente, a verdade é que a Diretiva aprovada³⁴ acabou por não exigir estas medidas, introduzindo apenas regras opcionais de não oponibilidade das limitações em matéria de transmissão de ações e direito de voto em sede de OPA (*breakthrough rule*)³⁵.

Em todo o caso, estava lançada a questão, tendo a mesma sido tratada a nível europeu em diversos fóruns, os quais chegaram a conclusões semelhantes.

A Comissão Europeia promoveu um estudo que veio a ser refletido no *Report on the proportionality principle in the European Union* de 2007³⁶; o tema foi igualmente tratado pelo *Paper of the European Corporate Governance Forum Working Group on Proportionality (ECGFWGP)* (2007)³⁷; e finalmente a questão foi também desenvolvida pelo relatório da *OECD Steering Group on Corporate Governance* designado *Lack of proportionality between ownership and control: Overview and issues for discussion* (2007)³⁸.

³² Recommendation I.3., p. 28 (tradução nossa).

³³ Recommendation I.6. p. 32 (tradução nossa).

³⁴ Diretiva 2004/25/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de abril de 2004 relativa às OPAs.

³⁵ Entre nós, esta medida foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de novembro, que aditou o art. 182.º-A ao CVM. De acordo com esta norma, os estatutos de sociedades emitentes podem prever que, perante uma OPA, fiquem suspensas as limitações à transmissão de ações e o exercício do direito de voto prevendo que estas (i) não produzirão efeitos na Assembleia Geral convocada para a tomada de decisão das medidas defensivas e (ii) não serão oponíveis ao oferente que, na sequência da OPA, passe a deter pelo menos 75% do capital social com direito de voto.

³⁶ Estudo liderado pelo ISS (*Institutional Shareholder Services*), associado ao ECGI (*European Corporate Governance Institute*) e à *Sherman & Sterling*.

³⁷ Elaborado, na sequência de um estudo sobre o princípio da proporcionalidade encomendado pela Comissão Europeia, por um grupo de trabalho constituído por três membros do ECGF e por três membros do antigo *High Level Group of Company Law Experts*.

³⁸ Publicado pelo *OECD Steering Group on Corporate Governance*, 2007.

Estes trabalhos concluem, no entanto, pela inexistência de uma ligação causal entre os desvios ao princípio da proporcionalidade e a diminuição do desempenho económico das sociedades, pelo que não são assim claros os benefícios da implementação do princípio da proporcionalidade em preterição da autonomia privada e do afastamento dos chamados mecanismos de controlo³⁹.

Em todo o caso, deste debate surgem considerações de relevo no que diz respeito ao princípio *one share / one vote*.

A título de exemplo, a propósito das preocupações que os referidos desvios ao princípio da proporcionalidade podem trazer, refere o *executive summary* do *Paper of the ECGFWGP* (2007) que “Este trabalho aborda quatro áreas de preocupação: (i) cristalização da administração; nos casos em que os desvios permitam o entrenchamento da administração, tal seria inaceitável do ponto de vista do governo das sociedades, (ii) extração de benefícios privados pelo acionista maioritário; os desvios podem oferecer maiores incentivos ao acionista controlador para extrair benefícios privados em detrimento de outros acionistas, (iii) incontestabilidade do controlo societário; os desvios reduzem a contestabilidade do controlo societário, obstruindo o funcionamento dos juízos de mercado, e (iv) a ineficácia dos códigos de governo das sociedades baseados no cumprimento ou na explicação; os desvios facilitam que o acionista controlador evite o pleno efeito da aplicação de um código de governo societário e do mecanismo de cumprimento ou explicação” (sublinhados nossos)⁴⁰.

Refere-se, no entanto, a seu favor, que, “No âmbito do estudo dos desvios ao princípio da proporcionalidade à luz destas preocupações, devemos considerar os objetivos que podem ser promovidos por tais desvios e se esses objetivos se justificam promover em detrimento deste princípio. Os desvios devem ser adequados e proporcionais para alcançar tais objetivos”⁴¹. Foram, neste âmbito, invocados os seguintes objetivos: (i) conseguir uma melhor monitorização pelos acionistas, designadamente pelo acionista controlador, fazendo-o de forma eficiente em seu nome e em nome dos outros acionistas; (ii) permitir aos empreendedores o acesso ao mercado de capitais sem perder o controlo; (iii) proteger os acionistas de longo prazo, assumindo que os interesses destes são mais vantajosos para a saúde da sociedade; e (iv) promover a liberdade contratual e concorrência eficaz, na medida em que qualquer proibição aos desvios constitui uma limitação a estes objetivos que necessita de justificação⁴².

Concluem, assim, estes estudos que a implementação do princípio da proporcionalidade não é evidente como proposta de reforço do bem-estar económico das

³⁹ Gomes, 2022, p. 313.

⁴⁰ *Paper of the ECGFWGP*, 2007, p. 2 (tradução nossa).

⁴¹ *Paper of the ECGFWGP*, 2007, p. 3 (tradução nossa).

⁴² Ereio, 2016.

sociedades. Esta asserção é confirmada pelo facto de muitos acionistas não parecerem exigir a proporcionalidade dos seus direitos de voto. Defende-se que a liberdade contratual está no cerne dos sistemas de economia de mercado, e que o ónus da prova de que assim não é deve recair sobre aqueles que alegam que tal liberdade não é do interesse público⁴³.

Assim, a Diretiva dos Direitos dos Acionistas⁴⁴, que visava reforçar os direitos dos acionistas das sociedades cotadas e eliminar os obstáculos ao seu exercício, não aborda este tema.

Na realidade, a nível europeu começou a manifestar-se um desinteresse por este princípio, à medida que os problemas no direito das sociedades passaram a centrar-se em outras questões, designadamente relacionadas com a transparência, fomento da participação dos acionistas no governo das sociedades, agilização das operações transfronteiriças e codificação⁴⁵.

Da mesma forma, a Diretiva dos Acionistas II de 2017⁴⁶ volta a não referir este tema, focando-se essencialmente nas questões de transparência e incentivo do envolvimento dos acionistas a longo prazo, pelo que não é despidendo passar-se a considerar como aceitáveis os desvios ao princípio da proporcionalidade necessários ou convenientes para atingir outros fins societários, designadamente o combate do investimento de curto-prazo⁴⁷.

3.2 Desvios ao princípio da proporcionalidade

Embora o princípio *one share / one vote* permaneça ativo e relativamente bem suportado no ordenamento jurídico português, são inegáveis a subsistência e o surgimento de instrumentos que se apresentam como desvios a essa regra.

Antes da enunciação de alguns dos desvios mais relevantes cumpre, em todo o caso, referir que a aplicação do próprio princípio encerra em si uma desconformidade com a proporcionalidade que pretende implementar.

Assim, o princípio *one share / one vote* não assegura, na sua totalidade, uma correlação direta entre investimento do acionista (e.g. risco de perda) e os direitos de voto, na medida em que o mesmo faz depender o exercício do direito de voto do valor nominal (quando exista) da ação.

⁴³ *Lack of proportionality between ownership and Control: Overview and issues for discussion*, 2007, p. 7.

⁴⁴ Diretiva 2007/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativa ao exercício de certos direitos dos acionistas de sociedades cotadas.

⁴⁵ *Action Plan: European Company Law and Corporate Governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies*, Comissão Europeia, 2012.

⁴⁶ Diretiva (UE) 2017/828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017, que altera a Diretiva 2007/36/CE no que se refere aos incentivos ao envolvimento dos acionistas a longo prazo.

⁴⁷ Pereira, 2022, p. 235.

Ora o investimento do acionista não se limita à entrada para o capital social, podendo manifestar-se também no ágio ou prémio de emissão que pode variar caso a subscrição dos vários acionistas ocorra em momentos diferentes⁴⁸. Igualmente, o acionista poderá aportar prestações acessórias pecuniárias que se traduzem em investimento na sociedade não correspondente ao direito de voto.

Defende-se também que tal proporcionalidade não é real tendo em conta que o “*direito de voto*” não corresponde ao “*poder de voto*”. Na verdade – e porque assim tem de ser – a proporcionalidade terá de ceder perante a regra da maioria (art. 250.º, n.º 3 e art. 386.º, n.º 1 do CSC), pelo que o poder de decisão nunca é proporcional aos votos detidos. “Entre o número minoritário de votos e um número maioritário de votos existe uma absoluta desproporção de poder”⁴⁹.

São variados os instrumentos que possibilitam um desvio ao princípio da proporcionalidade, o que demonstra que os ordenamentos jurídicos são flexíveis na interpretação daquele que parecia, à partida, ser um princípio consensual.

Estes instrumentos, designados pela doutrina anglo saxónica como *control enhancing mechanisms (CEM)*, podem ser perspetivados de várias formas.

De acordo com o *Paper of the ECGFWGP*, estes mecanismos podem ser agrupados em diferentes níveis de impacto direto na proporcionalidade, dando especial enfoque aos instrumentos societários da seguinte forma: (i) instrumentos estatutários que afetam diretamente os direitos de voto atribuídos por cada ação (tais como ações com voto múltiplo, ações preferenciais sem voto e tetos de voto); (ii) instrumentos estatutários que indiretamente afetam os direitos de voto atribuídos por cada ação, i.e., que não afetam diretamente, mas que reduzem ou impedem o exercício dos direitos de voto de forma proporcional (tais como ações com direitos especiais de designar administradores); (iii) outros instrumentos estatutários que reduzem ou limitam o exercício de controlo através do exercício de direitos de voto (tais como limitações à detenção e transmissão de ações); e (iv) instrumentos não estatutários, mas que se desenvolvem no mercado, tais como estruturas societárias em pirâmide⁵⁰.

Brito Pereira faz uma apresentação mais alargada destes mecanismos. De acordo com este autor, estes instrumentos podem ser divididos quanto à sua “fisiologia genética” em (i) instrumentos estatutários, tais como as ações sem voto, ações com voto plural, tetos de voto etc; (ii) instrumentos legais, tais como as *golden shares*; (iii) instrumentos contratuais, designadamente os acordos parassociais; e (iv) instrumentos societários, tais como as sociedades em comandita por ações ou estruturas piramidais⁵¹.

⁴⁸ Maia, 2020, pp. 215-217; Gomes, 2022, p. 322.

⁴⁹ Maia, 2020, p. 217; Gomes, 2022, p. 324.

⁵⁰ *Paper of the ECGFWGP*, 2007, pp. 10-11.

⁵¹ Pereira, 2022, pp. 206-227.

Na ordem jurídica portuguesa, tais desvios estão presentes de forma mais ou menos significativa. Neste sentido, debruçemo-nos sobre as limitações com mais expressão previstas na lei.

O art. 384.º, n.º 2 a) do CSC prevê que os estatutos da sociedade possam “fazer corresponder um só voto a um certo número de ações, contanto que sejam abrangidas todas as ações emitidas pela sociedade e que fique cabendo um voto, pelo menos, a cada EUR 1000 de capital”.

Não está em causa a mera permissão de um poder de voto proporcionalmente inferior à titularidade do acionista; a lei admite que alguns acionistas, i.e., aqueles que sejam titulares de um número de ações inferior ao limite mínimo, não tenham direito de voto⁵².

Embora os acionistas minoritários que vejam limitados os seus direitos naturais de voto por esta regra possam recorrer ao direito de agrupamento, nos termos do art. 379.º, n.º 5 do CSC, a verdade é que tal regra distorce a proporcionalidade, designadamente no seio dos titulares de participações minoritárias⁵³.

Por outro lado, o art. 384.º, n.º 2 b) do CSC admite a consagração dos tetos de voto, permitindo que se estabeleça que não se contem votos acima de certo número quando estes sejam emitidos por determinado acionista, em nome próprio ou também como representante de outro⁵⁴.

Esta limitação é a que aparece como a mais popular exceção ao princípio da proporcionalidade, pois na realidade não só (i) permite dissuadir o lançamento de OPA, na medida em que se tornará irrelevante, para efeitos de controlo, a aquisição de mais ações além das estabelecidas para o limite de voto (normalmente inferior à percentagem que atribui o controlo); mas também (ii) permite estabelecer uma relação de poder entre acionistas que diverge da mera detenção de participações.

Outro desvio ao princípio da proporcionalidade é a consagração de ações preferenciais sem voto, cujo regime disposto nos arts. 341.º e ss. do CSC foi instituído para – tal como as ações com voto plural – permitir aos acionistas manter o controlo das sociedades sem com isso impedir o seu acesso ao mercado de capitais⁵⁵.

No entanto, neste caso, o desvio do princípio da proporcionalidade apenas poderá

⁵² Cordeiro & Festas, 2022, p. 1280.

⁵³ De acordo com Coutinho de Abreu, o regime torna-se ainda mais plutocrático: “Mais plutocrático ainda (ou menos democrático, dirão alguns) é o sistema que faz corresponder um só voto a um certo número de ações, permitindo inclusive que alguns membros da sociedade fiquem sem direito de voto”, cfr. Jorge Coutinho de Abreu, 2019, p. 128.

⁵⁴ De acordo com Coutinho de Abreu, contrariamente ao regime do disposto no 384.º, n.º 2 a), o regime torna-se menos plutocrático: “Menos plutocrático (ou mais democrático) é o modelo (hodiernamente o menos seguido) caracterizado pelos tetos de voto: o poder de voto dos mais possidentes é limitado, é menos que proporcional ao número de ações possuídas, possibilitando que o interesse da sociedade (interesse comum a todos os sócios enquanto tais) seja determinado por mais vozes”, cfr. Abreu, 2019, p. 128; igualmente Silva, 2018, pp. 87-103.

⁵⁵ Cordeiro, 2000, p. 1047.

ser conferido mediante a atribuição de direitos patrimoniais acrescidos⁵⁶. Ademais, esta limitação não é nem absoluta, nem definitiva. Não é absoluta na medida em que poderá haver lugar a assembleias especiais de acionistas nos termos do art. 389.º do CSC⁵⁷, nem definitiva porquanto as ações poderão conferir direitos de voto nos mesmos termos das ações ordinárias, perante a falta de atribuição do dividendo prioritário durante dois exercícios seguidos, nos termos do art. 342.º, n.ºs 3 e 4 do CSC⁵⁸.

Assim, embora a figura das ações preferenciais sem voto seja claramente aparentada e se aproxime mais do objetivo do voto plural, a razão pela qual a lei permite a primeira e proíbe (em termos gerais) a segunda prende-se com a sujeição à satisfação de um conjunto de requisitos de equilíbrio da posição dos acionistas sem voto a saber: (i) a atribuição de determinados privilégios patrimoniais; (ii) um reconhecimento de alguns dos direitos conferidos aos acionistas ordinários; e (iii) a recuperação do voto em dadas circunstâncias⁵⁹.

Finalmente, não é despidendo referir que, embora o voto plural tenha sido apenas recentemente permitido para as sociedades cotadas nos termos que adiante se verá, o mesmo era já permitido pelo ordenamento jurídico português para as sociedades por quotas.

De facto, de acordo com o art. 250.º, n.º 2 do CSC, a lei permite que o contrato social atribua, como direito especial, dois votos por cada cêntimo de valor nominal da quota ou quotas de sócios que, no total, não correspondam a mais de 20% do capital.

O voto privilegiado representa assim uma desproporção do direito de voto em face do capital social, ou seja, um sócio com o mesmo capital social que outro tem o dobro dos votos exercendo uma influência muito maior do que a dos outros sócios.

Há, no entanto, que salientar, quanto a esta disposição, que, embora a mesma apresente um desvio ao princípio da proporcionalidade, este não tem influência significativa no equilíbrio entre risco e controlo. De facto, na medida em que a mesma estabelece um limite de aplicação aos 20% de capital social, apresenta-se como uma solução de reforço de poder aos acionistas minoritários, mas não constitui uma habilitação de controlo a um acionista que não o detenha por meio da aquisição das participações.

Assim, é fácil perceber que, embora o princípio da proporcionalidade se mantenha

⁵⁶ Nos termos do art. 341.º, n.ºs 2 e 3, as ações sem direito de voto conferem direito a um dividendo prioritário sobre os outros acionistas não inferior a 1% do respetivo valor nominal (exceto se os estatutos estabelecerem o direito a um dividendo adicional), pelo que a vantagem patrimonial poderá não ser expressiva.

⁵⁷ A título de exemplo, tal assembleia poderá deliberar sobre a supressão de quaisquer direitos (art. 24.º do CSC), devendo o consentimento dos acionistas ser manifestado de forma colegial; mais concretamente no caso de fusão (art. 103.º, n.º 2 b), aplicável também à cisão *ex vi* art. 120.º); ou transformação (art. 131.º, n.º 1, c) e n.º 3.

⁵⁸ Marques, 2018, pp. 655-783.

⁵⁹ Castro, 2008, p. 284.

como um princípio basilar no que diz respeito à relação entre os acionistas, mormente no que se refere à tomada de decisões afetas à sociedade, também não é menos verdade que, face a outros interesses, designadamente a tutela dos minoritários ou interesses de mercado, tal princípio pode ser alvo de desvios. É nesta luta de gigantes que emerge a consagração do voto plural no seio das sociedades anónimas cotadas, cujo regime pretendemos descrever como segue.

4 O voto plural noutras jurisdições

Uma análise mais cuidada sobre a implementação do voto plural na ordem jurídica portuguesa beneficia da apresentação de uma breve resenha sobre o tratamento desta matéria nas jurisdições europeias que lhe são próximas.

Espanha

Tal como em Portugal, o *artículo* 96.º, n.º 2 da *Ley de sociedades de capital* (LSC)⁶⁰ espanhola estabelece que não podem ser emitidas ações que, de forma direta ou indireta, alterem a proporcionalidade entre o valor nominal e o direito de voto⁶¹.

No que diz respeito às sociedades de responsabilidade limitada, o *artículo* 188.º, n.º 1 admite, porém, uma derrogação desta regra pelos estatutos; diferentemente, no que diz respeito às sociedades anónimas, o *artículo* 188.º, n.º 2 não admite, expressamente, qualquer derrogação⁶².

No entanto, a Ley 5/2021 de 12 de abril⁶³, veio estabelecer uma exceção a esta regra para as sociedades cotadas, permitindo que os estatutos das mesmas possam alterar a proporção entre o valor nominal e o direito de voto atribuído pelas participações, para conferir um voto duplo a cada ação de que tenha sido titular o mesmo acionista ininterruptamente durante dois anos consecutivos, calculados desde a data de inscrição no livro de registo especial contemplado no *artículo* 527 *septies*.

Esta norma veio, assim, estipular o voto duplo por lealdade e reflete a opção do legislador pelas políticas de fidelização suportadas nas estratégias de combate ao investimento a curto prazo.

Esta solução, embora estivesse presente no Anteprojeto e no espírito da Diretiva dos Acionistas II que a lei pretende transpor, a verdade é que acabou por não estar vertida no seu texto final, pelo que se levantaram algumas dúvidas nos agentes de mercado e na doutrina espanhola aquando da discussão da implementação da lei, designadamente sobre o alcance da liberdade contratual na construção deste tipo de cláusula.⁶⁴

Para colmatar algumas questões, como solução de compromisso, salienta-se a introdução da cláusula *sunset*, que obriga a renovação desta opção estatutária pela assembleia geral após cinco anos.

⁶⁰ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julho.

⁶¹ Gomes, 2022, p. 321; Pereira, 2022, p. 435 e p. 439.

⁶² Note-se, no entanto, que, nos termos do *artículo* 188.º, n.º 3, nos estatutos da sociedade anónima pode ser fixado um número máximo de votos emitidos por um mesmo acionista, por sociedades pertencentes a um mesmo grupo ou que atuem de forma concertada.

⁶³ Publicada no BOE a 13 de abril de 2021, com o objetivo de transpor a Diretiva dos Acionistas II de 2017 (Diretiva (UE) 2017/828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017), que se refere aos incentivos ao envolvimento dos acionistas a longo prazo.

⁶⁴ Torres, 2019.

França

Em França, o voto plural foi admitido nas sociedades anónimas até 1930, data a partir da qual se passou a permitir apenas o voto duplo.

Em 1966, as ações de voto duplo assumiram o carácter de ações de lealdade, estabelecendo-se que os estatutos apenas podiam atribuir voto duplo às ações cujo valor nominal tivesse sido integralmente realizado e que estivessem na titularidade do mesmo acionista há pelo menos dois anos⁶⁵.

Pretendia-se, através do voto duplo, premiar os acionistas com provas de fidelidade à sociedade por contraposição aos especuladores, estimulando a participação ativa daqueles na vida da sociedade; no entanto, o voto duplo não se confundia com o voto plural sobretudo porque todas as ações que preenchem os requisitos legais para a atribuição do voto duplo são tratadas em pé de igualdade, conferindo a todos os seus titulares o direito de reclamar e aceder a esse benefício⁶⁶.

Em 2014, a *Lei Florange*⁶⁷ veio inverter esta lógica para as sociedades cotadas. Isto é, com a alteração do *article* L225-123 do *Code de Commerce*, no caso das sociedades com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, a titularidade de ações durante dois anos atribui automaticamente voto duplo ao seu titular, salvo estipulação em contrário dos estatutos.

Destacam-se 3 aspetos fundamentais neste regime (i) o voto duplo já era permitido na legislação francesa, sendo agora introduzida a sua aplicação automática nas sociedades cotadas; (ii) as ações terão de estar registadas durante dois anos no mesmo acionista; e (iii) as sociedades podem afastar (*opt out*) o voto duplo, mantendo-se o princípio *one share / one vote*⁶⁸.

O impacto desta alteração em França foi substancial e reflete não só o interesse em promover o investimento financeiro a longo prazo – tal como defendido no relatório da *Commission de Affaires Économiques* da *Assemblée National* – mas manifesta também – como sugere grande parte da imprensa financeira inglesa – um movimento do governo francês no sentido de reforçar a influência nas sociedades em que detinha participações estratégicas⁶⁹.

Itália

Em Itália, o *Decreto Legge* n.º 91/2014 (conhecido por *decreto competitività*) convertido na *Legge* n.º 116/2014 veio alterar várias disposições do *Codice Civile* e do

⁶⁵ Oliveira, 2015, p. 439; Gomes, 2022, p. 315; Carneiro, 2021, p. 266; Pereira, 2022, pp. 236 e 426-428.

⁶⁶ Coelho, 1987, p. 61.

⁶⁷ *Loi* 2014.384, de 29 de março de 2014.

⁶⁸ Carneiro, 2021, p. 266.

⁶⁹ Carneiro, 2021, p. 267.

*Testo Unico della Finanza – TUF*⁷⁰, estabelecendo essencialmente que: (i) às sociedades anónimas não cotadas é admitido o voto plural, até um máximo de três votos por ação (permitindo-se a sua manutenção caso estas sociedades pretendam entrar no mercado regulamentado) e (ii) às sociedades cotadas é admitida a emissão de ações de lealdade que atribuam o dobro do direito dos votos aos acionistas que as detenham por um período mínimo de dois anos⁷¹.

Nas sociedades por quotas, permanece a regra injuntiva da proporcionalidade entre o voto e a participação no capital⁷².

Com a introdução destas duas modalidades de voto plural avançou-se para uma negação mais vinculada do princípio da proporcionalidade, mas os operadores ligados aos investidores institucionais demonstraram resistência à dualidade de direitos de voto, evidenciando ainda a influência marcante dos interesses especulativos⁷³.

Alemanha

Na Alemanha, o processo foi inverso. Até à reforma societária de 1937, o *Handelsgesetzbuch* (HGB) não estabelecia qualquer limitação à criação de ações com direito de voto plural. No entanto, a utilização abusiva deste mecanismo, em particular no decurso dos anos 20, levou o legislador a optar por uma situação intermédia: a proibição genérica da criação de ações com votos múltiplos nas sociedades anónimas, com permissão excecional mediante autorização do ministério competente.

Esta situação híbrida, introduzida pelo *Aktiengesetz* em 1937, vigorou até 1965, altura em que a proibição se tornou absoluta e sem exceções. Tal proibição fundou-se na constatação de que objetivo para que tinha sido implementada a permissão de criação de ações com direito de voto plural – proteção das empresas alemãs contra o investimento estrangeiro – não estava a ser atingido com esta medida e, em certa medida, se encontrava já ultrapassado⁷⁴.

De salientar que, embora se tenha verificado um movimento contrário às tendências das restantes jurisdições europeias, a introdução da proibição genérica do voto plural seguia, à data, a generalização do princípio *one share / one vote* adotado nas mesmas, não sendo possível afirmar que tal solução fosse contra a corrente instalada.

⁷⁰ Designadamente o *articolo* 2351 (iv) do *Codice Civile* e o *articolo* 127 – *quinquies* do *Testo Unico della Finanza – TUF*.

⁷¹ Oliveira, 2015, p. 437; Gomes, 2022, pp. 317-316; Pereira, 2022, pp. 237 e 429-435.

⁷² Nos termos dos arts. 2468(2) e 2479(5) do *Codice Civile*.

⁷³ Oliveira, 2015, p. 439.

⁷⁴ Oliveira, 2015, pp. 441-442; José Ferreira Gomes, 2022, pp. 314-315.

Hoje, tal solução poderia ser diferente, no entanto, curiosamente, a par da proibição expressa da emissão de ações com voto plural, neste ordenamento jurídico permanece por discutir a introdução de ações de lealdade⁷⁵.

Reino Unido

No âmbito da liberdade contratual estipulada pelo *Companies Act* de 2006, as sociedades do Reino Unido podem afastar as regras supletivas decorrentes do princípio *one share / one vote* (section 284), quer em função de determinados eventos, quer em relação a certas matérias⁷⁶.

Historicamente, porém, quer os reguladores, quer os investidores institucionais, têm-se manifestado contra as estruturas com duas categorias de ações que atribuem votos distintos.

Como exemplo máximo deste entendimento assumiam relevância os *UK Premium Listing Principles* (constantes do *FCA Handbook LR 7.2.1A*), aplicáveis para efeitos da admissão à cotação na London Stock Exchange, que dispõem que “todas as ações de capital de uma determinada classe admitidas à negociação em bolsa “premium” devem conferir um número idêntico de votos em qualquer Assembleia Geral de acionistas” (princípio 3) e que “quando uma sociedade cotada tem mais do que uma classe de títulos admitidos à negociação em bolsa “premium”, os direitos de voto agregados de cada classe devem ser proporcionais à participação relativa dessa classe no capital da sociedade cotada” (princípio 4)⁷⁷.

Mais recentemente, em dezembro de 2021, a FCA publicou o “*primary market effectiveness review: Feedback and final changes to the listing rules*”⁷⁸, referindo que a estrutura de duas classes de ações passaria a ser permitida neste segmento por forma a encorajar a introdução de sociedades de inovação no mercado e alargar as potencialidades de investimento em sociedades cotadas no Reino Unido⁷⁹.

Assim, do ponto de vista prático, embora fosse estabelecida liberdade total no direito positivo, a verdade é que a implementação destas regras foi sendo sempre afastada por força da intervenção dos *players* relevantes dos mercados, hoje sendo de relevância diminuta. No entanto, face às novas tendências, espera-se uma alteração deste paradigma no futuro próximo.

⁷⁵ Oliveira, 2015, pp. 441-442.

⁷⁶ Gomes, 2022, pp. 313-314; Pereira, 2022, pp. 397-398.

⁷⁷ *Financial Conduct Authority Handbook, The Listing and Premium Listing Principles, LR 7.2.1A (27/07/2018)* (tradução nossa).

⁷⁸ *Primary Market Effectiveness Review: Feedback and final changes to the Listing Rules, Policy Statement PS21/22, Financial Conduct Authority*, dezembro de 2021.

⁷⁹ Esta intenção era já recomendada na *HM Treasury UK Listing Review* de março de 2021, na qual era mencionada a legislação de Portugal numa tabela referente a 2019 comparativa de várias jurisdições, pp. 61-62.

5. O regime do Artigo 21.º-D do CVM

Não obstante a proibição genérica do voto plural no CSC constante do art. 250.º, n.º 1, para as sociedades por quotas, e do art. 384.º, n.º 5 para as sociedades anónimas, foi publicada a Lei n.º 99-A/2021 de 31 de dezembro que veio alterar este paradigma, através do aditamento do art. 21.º-D ao CVM, o qual permite a consagração estatutária do voto plural até ao limite de cinco votos por cada ação para as sociedades cotadas.

Esta medida surge num contexto económico de flexibilização e dinamização do mercado de capitais, o que justifica, em parte, a configuração do seu regime e designadamente a sua delimitação subjetiva.

5.1 Universo subjetivo

De acordo com o disposto no referido art. 21.º-D do CVM, a possibilidade de consagrar estatutariamente a faculdade de emissão de ações com direito especial ao voto plural cinge-se (i) às sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral (para facilidade de exposição, designadas por sociedades cotadas) e (ii) às sociedades que condicionem a emissão ou a conversão em ações com aquele direito especial à admissão à negociação em mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral das respetivas ações ordinárias.

A inaplicabilidade da proibição genérica do voto plural às sociedades cotadas era já defendida entre nós, mesmo antes da publicação desta alteração ao CVM. De facto, havendo espaço para a discussão da autonomia dogmática das sociedades cotadas, poderia entender-se que, face às suas especificidades, o princípio *one share / one vote* não seria aplicável a estas sociedades.

Assim se poderia entender por se defender que a relação do exercício do direito de voto pelo acionista como a entidade com mais interesse na valorização da sociedade poderia não fazer sentido neste tipo de sociedade. Para isso, apresentaram-se vários argumentos, tais como a maior facilidade de transmissão de ações, que tornaria este acionista mais volátil por poder sair a qualquer momento; a proliferação da utilização de instrumentos (e.g. derivados) que separam o voto da titularidade da ação (podendo mesmo ser transacionado no mercado secundário); ou o exercício em massa do direito de voto por investidores institucionais (e.g. fundos) com interesses próprios, muitas vezes díspares dos verdadeiros acionistas e alheio ao sucesso das sociedades a longo prazo⁸⁰.

Tal entendimento, não tendo sido suficiente para colher aceitação unânime da

⁸⁰ Oliveira, 2015, pp. 445-452.

doutrina para o afastamento da aplicação do princípio da proporcionalidade às sociedades cotadas, serviu, sem dúvida, para avançar argumentos que, em parte, vieram justificar o alcance restritivo da norma atualmente em vigor.

Poderá, contudo, questionar-se se as singularidades apresentadas seriam suficientes para justificar um alcance tão restritivo. É fácil perceber que as especificidades das sociedades cotadas podem justificar um afastamento do princípio da proporcionalidade no sentido da criação do voto plural, mas não deixa de ser de ponderar que, do ponto de vista material, tal desvio não se justifique igualmente em relação aos outros tipos de sociedade, *maxime* em relação às sociedades anónimas não cotadas.

Esta questão coloca-se por várias ordens de razão: primeiro porque o voto plural corresponde a um espaço de liberdade que não se compreende seja negado a um grupo restrito de acionistas com menos liquidez e mais ligados à sociedade (que entendem ser essa a melhor forma de regulação das suas posições), e ao mesmo tempo seja oferecido aos acionistas que mais facilmente podem abandonar a sua posição na sociedade.

Em segundo lugar, do ponto de vista da funcionalidade, também não é sustentável esta limitação. O argumento da revitalização do mercado não pode colher apenas para as sociedades cotadas, uma vez que no espectro do mercado nacional não podemos negar a importância, para economia, das sociedades anónimas que optam por não ter o capital admitido à negociação em mercado regulamentado e a importância que para estas tem a possibilidade de estabelecer diferentes formas de regulação das posições jurídicas dos seus acionistas⁸¹.

Ainda, a limitação da aplicação deste regime a este tipo de sociedade questiona-se numa perspetiva de enquadramento societário. Na realidade, em termos de grau de flexibilização de regime, assistimos a uma maior liberdade para as sociedades por quotas (como aliás verificámos com a atribuição do voto duplo); seguidas das sociedades anónimas; e finalmente das sociedades cotadas, que estão limitadas pelas preocupações atinentes à proteção do investidor e dos mercados. Também nesta perspetiva dificilmente se compreende a maior flexibilização para este tipo de sociedades^{82 83}.

⁸¹ Neste sentido Pereira, 2022, p. 447; Gomes, 2022, pp. 303-304 e pp. 338-339.

⁸² Gomes, 2022, p. 338.

⁸³ Curiosamente, a solução adotada pela legislação brasileira através do art. 110.º-A da Lei 14.195/2021 de 26 de agosto vai neste sentido, limitando a faculdade de emissão de ações com voto plural (i) às sociedades fechadas e (ii) às sociedades abertas “desde que a criação da classe ocorra previamente à negociação de quaisquer ações ou valores mobiliários conversíveis em ações de sua emissão em mercados organizados de valores mobiliários”.

5.2 Universo objetivo

Nos termos do disposto no art. 21.º-D, n.º 4 do CVM, o voto plural não pode ser exercido (i) nas matérias assim identificadas nos estatutos da sociedade⁸⁴ e (ii) nas deliberações relativas a exclusão voluntária de negociação, nos termos do art. 251.º-F do CVM⁸⁵.

Se, em relação às matérias a estabelecer estatutariamente, o tema não parece oferecer questões de maior, no que diz respeito à opção de exclusão voluntária de negociação (*delisting*) esta proibição assume um carácter mais duvidoso.

Justifica-se esta opção por se entender haver conflito de interesses dos titulares de voto plural na deliberação referente à exclusão voluntária de negociação, na medida em que esta irá necessariamente fazer cessar a admissão destas ações especiais e, consequentemente, o exercício do voto plural.

Pretende-se assim evitar que a decisão de manutenção da negociação em mercado regulamentado seja tomada de forma desajustada, ou seja, com o intuito de satisfazer, não o interesse da sociedade (i.e. de todos os sócios), mas sim os interesses dos acionistas com voto plural⁸⁶.

Esta solução encontra paralelo na recomendação do Código do Governo das Sociedades⁸⁷ que determina que, sempre que os estatutos prevejam a limitação do número de votos por um único acionista, tal limitação não funciona para efeitos de revisão obrigatória desta regra a ocorrer em Assembleia Geral, pelo menos, de cinco em cinco anos; deixando que o princípio da proporcionalidade funcione na sua plenitude quando existem conflitos de interesses referentes aos direitos de voto⁸⁸.

Não podemos, todavia, ser insensíveis à crítica de José Ferreira Gomes que contesta esta opção legislativa argumentando que é exatamente porque o *delisting* confere automaticamente a eliminação dos direitos conferidos pelas ações especiais, que a possibilidade de eliminação não pode ser decidida ao arrepio do exercício desses

⁸⁴ Nos termos da Recomendação III. 2 do Código de Governo das Sociedades do Instituto Português de *Corporate Governance* (2018, revisto em 2023), deverão ser identificadas no relatório de governo as matérias excluídas pelos estatutos do âmbito do voto plural.

⁸⁵ Na legislação brasileira (art. 110.º-A, § 7 e § 12 da Lei 14.195/2021 de 26 de agosto) o voto plural não pode ser adotado nas deliberações referentes (i) à prorrogação do voto plural (uma vez que esta legislação impõe um prazo de vigência), (ii) à remuneração de administradores e (iii) à celebração de transações com partes relacionadas que atendam a critérios de relevância a serem definidos pela Comissão de Valores Mobiliários, podendo-se discutir o interesse na importação de algumas destas soluções. No entanto, o facto do voto plural em Portugal apenas se cingir às sociedades cotadas retira algum do interesse nesta solução, uma vez que estas matérias, designadamente a remuneração dos administradores, já se encontram densamente reguladas.

⁸⁶ Neste sentido, Miguel Stokes, 2022, p. 158.

⁸⁷ Recomendação III. 6 do Código de Governo das Sociedades do Instituto Português de *Corporate Governance* (2018, revisto em 2023).

⁸⁸ Em linha com o disposto na regra geral do art 386.º, n.º 5 que refere que sempre que seja exigida uma maioria qualificada determinada em função do capital da sociedade não são tidas em conta para o cálculo dessa maioria as limitações de voto permitidas pelo art. 334.º, n.º 2 b).

mesmos direitos⁸⁹.

Segundo este autor, não podemos esquecer que o propósito deste instituto é oferecer a possibilidade de captação de capital permitindo a manutenção de controle a determinados acionistas. Ora esta solução, não parece conferir segurança aos titulares de ações especiais que, desta forma, estariam sempre à mercê dos restantes acionistas.

Parece-nos, porém, que o legislador acautelou esta preocupação, não só exigindo que tal deliberação fosse tomada por uma maioria não inferior a 90 % dos direitos de voto correspondentes ao capital social, nos termos do art. 251.º-F, n.º 1, bem como estabelecendo uma proteção específica dos acionistas minoritários, através do direito de saída previsto no art. 251.º-F, n.ºs 3 e 4 do CVM.

Esta exceção vem ainda esclarecer uma questão colocada do ponto de vista funcional. Poderíamos discutir se o voto plural deveria ser contabilizado para efeitos de quórum constitutivo exigido para as matérias identificadas no art. 383.º, n.º 2, uma vez este artigo exige que, para tais deliberações, estejam presentes ou representados “acionistas que detenham, pelo menos, ações correspondentes a um terço do capital social”⁹⁰.

Esta formulação poderia colocar dúvidas sobre se, sempre que a lei exige um quorum (constitutivo ou deliberativo) contabilizado em função do capital social, este cálculo seria efetuado por referência ao valor nominal do capital social votante ou por referência aos votos existentes.

Embora houvesse já argumentos para a defesa do segundo entendimento⁹¹, ao excepcionar-se especificamente os votos decorrentes do exercício do voto plural no âmbito das deliberações tomadas nos termos do art. 270.º-F (que refere uma “maioria não inferior a 90 % dos direitos de voto correspondentes ao capital social”), o intérprete recebe uma indicação clara neste sentido, dissipando-se quaisquer dúvidas.

5.3 Criação de ações com voto plural

A estipulação de ações com voto plural numa sociedade, por se tratar da constituição de direitos especiais deverá estar consagrada nos estatutos da sociedade e ser atribuída a uma categoria de ações, transmitindo-se com estas, nos termos do art.

⁸⁹ Gomes, 2022, p. 339.

⁹⁰ Esta questão estende-se a outros casos em que o *quorum* deliberativo se constitui por referência ao capital social, estabelecendo indiretamente um quórum constitutivo, como, a título de exemplo, (i) o art. 3.º, n.º 5 do CSC que estabelece que a deliberação de transferência de sede não pode ser tomada por menos de 75% dos votos correspondentes ao capital social, ou (ii) o art 294.º, n.º 1, segundo o qual, salvo cláusula contratual em sentido diferente, não pode deixar de ser distribuído aos acionistas metade do lucro do exercício a não ser que seja aprovada deliberação nesse sentido tomada por maioria de 3/4 dos votos correspondentes ao capital social.

⁹¹ Pereira, 2022, p. 507.

24.º do CSC.⁹² Ademais, de acordo com o art. 272.º, c), os estatutos devem referir as categorias de ações existentes e os direitos inerentes a cada uma delas.

- **Originária**

Quanto ao momento de emissão de ações de voto plural, note-se que a legislação brasileira⁹³ optou por limitar a sua emissão nas sociedades abertas à constituição ou a um momento prévio à negociação em mercado regulamentado.

Esta previsão tem por objetivo evitar surpreender os investidores minoritários que ao adquirirem ações da sociedade não tenham como avaliar o risco decorrente da titularidade de ações com direito de voto plural criadas posteriormente. Este mecanismo, denominado “cláusula geral de proibição da diluição do poder de voto dos acionistas politicamente desfavorecidos”, foi entendido como necessário à proteção dos acionistas, por forma a evitar fraudes e manobras societárias desleais e promover a transparência e confiança entre os acionistas⁹⁴.

Em Portugal, admitindo-se que estes constrangimentos retirariam interesse prático à implementação deste direito, o regime incorporado foi mais longe permitindo-se, a par da estipulação originária na constituição da sociedade, a criação subsequente de ações de voto plural, desde que salvaguardados os direitos dos acionistas, como veremos de seguida.

- **Subsequente**

Quando a consagração do direito especial (constituído nos termos do art. 24.º do CSC) é originária, não se levantam problemas no que diz respeito à proteção dos sócios, uma vez que a sua vontade é manifestada no momento da celebração do contrato. No entanto, mais questões se poderão levantar quando esta nova categoria de ações é introduzida após a constituição da sociedade.

Tal consagração pode ocorrer mediante (i) uma operação de aumento de capital, ou (ii) conversão de ações já existentes (ordinárias ou de outra categoria especial).

De acordo com o disposto no art. 21.º- D, n.º 3, “A deliberação de aumento de capital através da emissão de ações com direito ao voto plural ou de conversão de ações ordinárias em ações com esse direito carece de aprovação pela maioria legalmente prevista para a alteração do contrato de sociedade das sociedades anónimas”.

⁹² No que concerne à categoria de ações, o art. 302.º, n.º 2 do CSC estabelece que “as ações que compreendem direitos iguais formam uma categoria”; igualmente, o art. 45.º, n.º 1 do CVM estabelece que “os valores mobiliários que sejam emitidos pela mesma entidade e apresentem o mesmo conteúdo constituem uma categoria, ainda que pertençam a emissões ou séries diferentes”, devendo-se entender que do “conteúdo” resultam também “as obrigações”, cfr. Martins, 2018, pp. 374-378.

⁹³ O já referido art. 110.º-A da Lei 14.195/2021 de 26 de agosto.

⁹⁴ Gomes & Agostinho, 2022, p. 162.

Esta disposição, merece uma análise cuidada, uma vez que não podemos ignorar que a criação de ações com voto plural corresponde à consagração de uma categoria de ações com direitos especiais (nos termos do art. 24.º, n.º 4, do CSC), sendo assim legítimo discutir se a mesma deveria ser aceite apenas mediante acordo de todos os acionistas.

Parte da doutrina entende que a criação de direitos especiais, por implicar um prejuízo relativo para os restantes acionistas, deveria ser objeto de deliberação aprovada por unanimidade. De acordo com este entendimento, uma alteração estatutária deste tipo adotada por maioria violaria o princípio da igualdade de tratamento dos acionistas.⁹⁵

O princípio de igualdade do tratamento dos acionistas não tem definição e regulação expressa no direito português, no entanto “a ideia de que os sócios em circunstâncias idênticas devem ser tratados de modo idêntico, não devendo haver discriminações arbitrárias (objetivamente não justificadas) é há muito aceite no direito das sociedades, independentemente da consagração legal expressa”⁹⁶.

De facto, a referência efetuada no art. 321.º do CSC ao “princípio do igual tratamento dos acionistas” a propósito da aquisição de ações próprias e o acolhimento expresso que lhe é dispensado no CVM no âmbito das sociedades cotadas⁹⁷ faz deste um princípio fundamental para as sociedades comerciais em geral e para as sociedades anónimas em particular⁹⁸.

Outros autores defendiam já, no entanto, o entendimento adotado pelo art. 21.º-D, n.º 3, referindo que esta alteração poderia, em qualquer caso, ser efetuada pela maioria exigida para a alteração dos estatutos (maioria de 2/3 se estiverem presentes ou representados, em primeira ou segunda convocatória, acionistas que detenham, no mínimo, ações correspondentes a 1/3 do capital social – art. 386.º, n.º 3 e art. 383.º, n.º 2 do CSC – ou por maioria simples se estiverem presentes ou representados, em segunda convocatória, acionistas detentores de metade do capital – art. 386.º, n.º 4 e art. 383.º, n.º 3 do CSC).

Alguns dos argumentos aduzidos prendem-se com (i) a dificuldade de operar a regra da unanimidade nas sociedades anónimas (o que na prática inviabilizaria a tomada destas decisões), razão pela qual tal regra se encontra geralmente afastada do regime das

⁹⁵ Ventura, 1989, p. 215, 2006, p. 16; Teles, 1955, p. 302.

⁹⁶ Abreu, 2021b, p. 210.

⁹⁷ Cfr. arts 15.º, 112.º e 197.º do CVM.

⁹⁸ Cunha, 2021, pp. 120-121; Santos, 2014, pp. 465-466; Coutinho de Abreu refere que este princípio está presente em várias normas do CSC, umas vezes de maneira implícita, mas também de maneira explícita, designadamente (além do referido art. 321.º) no art. 213.º, n.º 4 (a restituição das prestações suplementares deve respeitar a igualdade entre os sócios), art. 344.º, n.º 2 (na conversão de ações ordinárias em ações preferenciais sem voto há de se respeitar o princípio da igualdade de tratamento dos sócios) e no art. 346.º, n.º 3 (nos casos de amortização de ações sem redução de capital o reembolso parcial do valor nominal deve ser feito por igual relativamente a todas as ações), cfr. Abreu, 2021b, p. 210.

sociedades anónimas⁹⁹; (ii) o facto de se tratar efetivamente de uma alteração aos estatutos, cuja necessidade de aprovação por maioria reforçada é (conscientemente) exigida pelo legislador¹⁰⁰; (iii) o paralelismo efetuado com a deliberação de supressão do direito especial, a qual também não exige unanimidade (nos termos do art. 24.º, n.º 6, o consentimento para a supressão do direito especial é dado por deliberação da assembleia especial de acionistas tomada pela maioria necessária à alteração dos estatutos)¹⁰¹; e (iv) o entendimento de que uma diferenciação entre os acionistas fundada no interesse social (interesse comum de todos os sócios) não viola o princípio da igualdade de tratamento dos acionistas, isto é, no caso do interesse social impor ou recomendar essa diferenciação, a correspondente alteração estatutária pode ser decidida pela maioria¹⁰².

Julgamos que a posição a adotar deverá ter em conta todos estes ensinamentos. Isto é, embora a publicação do art. 21.º-D, n.º 3 do CVM tenha vindo esclarecer estas divergências – apontando no sentido da aprovação por (mera) maioria qualificada – a verdade é que não podemos esquecer a importância da tutela do princípio da igualdade de tratamento dos acionistas.

Neste sentido, julgamos que, quando tal princípio esteja afetado, deverá ainda assim exigir-se a aprovação com o consentimento de todos os acionistas afetados.

Isto é, deverá ser exigido o consentimento individual de todos os acionistas quando não é assegurada a igualdade de tratamento no plano do acesso ao privilégio por parte dos acionistas pré-existentes; nestes casos a deliberação de alteração estatutária por maioria qualificada não deve ser considerada suficiente¹⁰³.

Assim, por exemplo, no caso de criação de ações especiais através de aumento de capital por novas entradas em dinheiro, temos de distinguir duas situações: (i) o caso em que é conferido aos acionistas, nos termos do art. 458.º, n.º 1, o direito de preferência na subscrição das novas ações¹⁰⁴ e (ii) o caso em que, nos termos do art. 460.º, tal direito é suprimido ou limitado em função do interesse social

⁹⁹ Oliveira, 2015, pp. 453-456; Dias, 2011, p. 749; Raúl Ventura, a propósito da emissão de ações privilegiadas, ciente desta dificuldade, sugere que “o único meio de remediar a dificuldade consiste em conceder autorização para emissão de ações privilegiadas logo no contrato inicial”, constando deste uma “autorização genérica que poderá ser completada quanto ao número de ações e aos direitos atribuídos às categorias privilegiadas por meio de ulteriores alterações do contrato”, Ventura, 2003, p. 427.

¹⁰⁰ Oliveira, 2015, pp. 453-456; Dias, 2011, p. 748.

¹⁰¹ Cunha, 1993, p. 184; Oliveira, 2015, pp. 453-456; no que diz respeito ao regime da supressão dos direitos especiais, Dias, 2011, p. 754; Martins & Costa, 2017, pp. 426-445.

¹⁰² Abreu, 2021b, p. 211.

¹⁰³ A propósito das ações preferenciais sem voto, cfr. Castro, 2008, p. 289; a propósito dos direitos especiais, cfr. Triunfante, 2004, p. 415.

¹⁰⁴ Se existirem apenas ações ordinárias, os acionistas terão direito de preferência na subscrição das novas ações de voto plural atribuindo-se a cada acionista o número de ações proporcional àquelas que for titular na referida data ou o número inferior de ações que o acionista tenha declarado querer subscrever; sendo rateadas as ações que sobraem. Se já existirem ações da categoria especial com voto plural, nos termos do art. 458.º, n.º 4 a preferência pertence primeiro aos titulares de ações dessa categoria.

da sociedade¹⁰⁵.

Se no primeiro caso, está salvaguardado o princípio da igualdade de tratamento dos acionistas, no segundo caso parece ocorrer uma violação deste princípio que só pode ser sanada mediante a aprovação do aumento de capital por unanimidade¹⁰⁶.

Nem poderá vingar, como argumento contrário, como pretende parte da doutrina¹⁰⁷, a possibilidade de invocar a anulabilidade da deliberação por ser apropriada “para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir (...) prejudicar os interesses dos outros sócios” (nos termos do art. 58.º, n.º 1 b) do CSC), na medida em que tal mecanismo pretende sanar um vício *à posteriori*, devendo caber à sociedade desencadear os procedimentos para que tal seja evitado¹⁰⁸.

Caso se entenda que a necessidade de assegurar o eficaz funcionamento do ente corporativo (em particular no seio do mercado de capitais) se sobrepõe ao direito à igualdade dos acionistas minoritários, seria interessante equacionar (sob o ponto de vista do direito a constituir) a possibilidade de fazer acompanhar a criação deste tipo de ações por maioria (ainda que qualificada) da faculdade de exoneração dos acionistas que se vissem prejudicados¹⁰⁹.

Outras questões se colocam a propósito da criação de ações de voto plural no âmbito do aumento de capital, designadamente quanto à sua admissibilidade no caso deste se realizar por incorporação de reservas, nos termos do art. 91.º e seguintes do CSC.

Segundo Brito Pereira, embora a lei não o diga expressamente, como noutros ordenamentos jurídicos¹¹⁰, não parece ser possível a criação de ações com voto plural nestas situações, uma vez que, nos termos do art. 92.º, n.º 1, a este tipo de aumento “corresponde o aumento da participação de cada sócio, proporcionalmente ao seu valor nominal ou ao respetivo valor contabilístico”, entendendo-se que as ações a emitir devem ter as características das ações já emitidas, ou seja, não podem ser emitidas ações que materialmente sejam diferentes daquelas que justificam o direito do acionista às novas ações¹¹¹.

Tal entendimento tem por base a natureza contabilística deste tipo de aumento e o dever de “homogeneidade de direitos face às ações pré-existentes” refletida em vários passos do regime, tais como (i) o art. 92.º, n.º 2, que refere que no caso de ações sem

¹⁰⁵ O mesmo acontece com as entradas em espécie, na medida em que o art. 458.º atribui o direito de preferência apenas nos aumentos de capital por entradas em dinheiro.

¹⁰⁶ Neste sentido também Pereira, 2022, pp. 499-500.

¹⁰⁷ Cunha, 1993, p. 185; Abreu, 2021b, p. 212.

¹⁰⁸ Assim Raúl Ventura que não ignora este argumento, mas tenta procurar na lei “outras formas específicas de proteção”, cfr. Ventura, 2003, pp. 424 e 427.

¹⁰⁹ Triunfante, 2004, pp. 339 e 418.

¹¹⁰ Em Itália, o art. 2442.º do *Codice Civile* dispõe expressamente que as ações a emitir em resultado da incorporação de reservas devem ter as mesmas características das ações já emitidas.

¹¹¹ Pereira, 2022, p. 496; igualmente, Domingues, 2021, pp. 136-145; diferentemente Coelho, 1987, p. 64. que defende não existir princípio da equiparação das ações neste tipo de aumento de capital.

valor nominal o aumento pode realizar-se sem alteração do número de ações; ou (ii) o art. 92.º, n.º 4, que dispõe que a regra geral, caso não se disponha diferentemente, é a da manutenção do número de ações, aumentando-se o valor nominal das mesmas.

No entanto, surge a questão de saber qual a solução a adotar na situação em que existam já ações de categoria especial com direito ao voto plural (ou outras categorias de ações). Nestes casos, poderíamos optar por duas soluções, ou se considera que as novas ações são todas ordinárias, ou se admite que as novas participações tenham conteúdo igual ao das já emitidas. De acordo com a letra (e admitimos, o espírito) da lei, entendemos que as novas ações a emitir deverão ser iguais às que haviam sido subscritas ou adquiridas anteriormente pelos acionistas que mantêm assim a sua posição relativa na sociedade¹¹².

Esta solução vai em linha com a jurisprudência italiana, a qual, face ao contraste que opunha a proibição do voto plural (constante do art. 2351.º, n.º 3 do *Codice Civile* prévio ao *decreto competitivita*) à norma que estabelecia – essa sim, expressamente – que no aumento de capital mediante incorporação de reservas as ações da nova emissão deviam ter as características das ações em circulação (art. 2442.º do *Codice Civile*), optou pela inaplicabilidade da proibição nestes casos¹¹³.

Por esta razão, o aumento de capital por incorporação de reservas nunca estará sujeito à aprovação da assembleia de acionistas de categoria especial, uma vez que, para efeitos do art. 24.º, n.ºs 5 e 6, os direitos especiais existentes não são delimitados nem diluídos por esta emissão¹¹⁴.

Levanta-se ainda a questão de saber se, face ao disposto art. 21.º-D, n.º 3 do CVM, é possível proceder com a emissão de ações especiais com voto plural através de aumento de capital deliberado pelo Conselho de Administração, sem intervenção da Assembleia Geral, nos termos do art. 456.º do CSC. Não nos parece que esta disposição do CVM venha proibir tal emissão, devendo a autorização estatutária para aumento de capital pelo Conselho de Administração fazer referência “aos direitos atribuídos às ações a emitir”, tal como indicado no art. 456.º, n.º 2, c) do CSC¹¹⁵.

No que diz respeito à conversão das ações, refere o art. 21.º-D, n.º 4 do CVM que “A conversão em ações com direito especial ao voto plural observa, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 344.º do Código das Sociedades Comerciais”, estabelecendo assim um paralelismo com a conversão de ações ordinárias em ações preferenciais sem voto¹¹⁶.

¹¹² Cunha, 1993, pp. 187-188.

¹¹³ Coelho, 1987, p. 64.

¹¹⁴ Domingues, 2009, p. 236; Domingues, 2021, pp. 136-145; Pereira, 2022, p. 497.

¹¹⁵ Stokes, 2022, p. 154.

¹¹⁶ Note-se que, no caso da conversão de ações parece estar assegurada, a paridade de tratamento dos acionistas pelo facto de a mesma ocorrer a pedido dos acionistas interessados e ser obrigatório efetuar rateio

Tal paralelismo é, contudo, discutível, uma vez que as teleologias dos regimes são exatamente opostas. Um regime cuida da conversão para um tipo de ações em que a vantagem acrescida são os direitos de voto, e o outro regime cuida da conversão para um tipo de ações em que a vantagem acrescida são os direitos patrimoniais (em detrimento dos direitos de voto).

Neste aspeto, existem dois pontos do regime em que tal disparidade de intenções é mais evidente, oferecendo alguma dificuldade de interpretação.

O regime da conversão das ações ordinárias em ações preferenciais sem voto limita a emissão destas ações até ao montante representativo de metade do capital social (por remissão do art. 344.º, n.º 1 para o art. 341.º, n.º 1).

Ora, tal limitação justifica-se neste regime para evitar uma completa separação entre os detentores do capital social e os detentores do direito de voto, apresentando-se como uma baliza importante ao desvio do princípio da proporcionalidade (que já vimos ser basilar neste tema).

Já nas ações com direito ao voto plural não faz sentido a imposição deste limite, pois na verdade, com a possibilidade de atribuir 5 votos, o controlo da sociedade é adquirido no limiar muito inferior a 50% do capital social pelo que esta métrica não é relevante.

Veja-se o caso de uma sociedade que tem um capital social de EUR 100.000,00, representado por 100.000 ações, com valor nominal de EUR 1,00, em que EUR 20.000,00 são representados por ações que atribuem 5 votos cada e EUR 80.000,00 são representados por ações ordinárias. Neste caso, o valor nominal das ações com voto plural corresponde a apenas 20% do capital social da sociedade e os titulares deterão já 55,55% dos direitos de voto (i.e., 100 votos no total de 180).

Acresce que tal limitação não existe caso as ações com direito de voto plural sejam criadas originariamente na constituição da sociedade ou através de aumento de capital.

Da mesma forma, dificilmente se compreende a aplicação de formalidade idêntica para fazer operar a conversão de ações. Isto é, parece-nos desadequada a necessidade de manifestação de vontade de conversão pelos acionistas através de requerimento a apresentar no prazo máximo de 90 dias fixado na deliberação (nos termos do art. 344.º, n.º 2).

A este respeito, não podemos esquecer que, na maioria das situações, a conversão para ações com direito a voto plural reforça a posição do acionista – ao contrário da conversão para ações privilegiadas sem direito de voto – e a necessidade de apresentação de tal requerimento cria um risco para os acionistas mais alheados da vida da sociedade

no caso de haver excesso de oferta (nos termos do art. 344.º, n.º 2 do CSC). Armando Triunfante refere que este é um dos casos em que não será preciso unanimidade para a criação de direitos especiais porque está assegurado o princípio da igualdade, cfr. Triunfante, 2004, pp. 334-336 e 416.

(como especialmente acontece nas sociedades cotadas) que poderão ver afetado o exercício deste direito.

É certo que, como defende Brito Pereira, tal efeito positivo pode nem sempre estar presente, designadamente, por exemplo, por transportar o acionista para um patamar de participação qualificada que este queira evitar, entendendo este autor, por essa razão, ser de aplaudir este regime¹¹⁷.

No entanto, tendo em conta a maioria das situações, entendemos que seria mais adequado não fazer depender a conversão de requerimento do acionista, oferecendo-se, em vez disso, a oportunidade de oposição (eventualmente no igual prazo de 90 dias)¹¹⁸.

5.4 Ações de lealdade

A introdução de ações com voto plural na legislação portuguesa, como vimos, nasce da preocupação em desenvolver e promover o mercado de capitais em Portugal, tentando criar, para as sociedades cotadas, mais possibilidades de abertura de capital, sem necessidade de se perder, ainda assim, o controlo por certos acionistas chave.

Também como vimos, a atribuição destes direitos foi implementada noutras jurisdições, designadamente mediante a criação de ações de lealdade, isto é, ações que conferem o voto múltiplo após um determinado período de detenção.

Este mecanismo visa a concessão de poder aos acionistas de longo prazo por forma a que os seus interesses possam manter-se alinhados com o interesse da sociedade. De facto, verifica-se que os investidores a curto prazo tendem a gerir o seu investimento em função das oportunidades de mercado, abdicando da valorização da empresa.

O combate trava-se aqui contra o investimento de curta duração (*short termism*), i.e., o “enfoque progressivamente imediatista e míope da administração societária”¹¹⁹, constatando-se que a intensificação progressiva de investidores institucionais no mercado e a necessidade de estes atraírem mais clientes leva a uma procura por resultados mais impressionantes e de curto prazo. Tal comportamento desencadeia essencialmente 3 consequências nocivas para as sociedades: perda de oportunidades de investimento (designadamente os investimentos de longo prazo); riscos mais elevados, uma vez que se recorre a soluções mais audazes e a engenharias financeiras; e planeamento de inovação mais tímido (ausência de aposta em *research and development*)¹²⁰.

Cumpra assim equacionar se a introdução do art. 21.º-D do CVM veio permitir a criação de ações de lealdade no ordenamento jurídico português, isto é, ações que

¹¹⁷ Pereira, 2022, p. 501.

¹¹⁸ Stokes, 2022, p. 157.

¹¹⁹ Antunes, 2012, pp. 347-353.

¹²⁰ Oliveira, 2015, p. 462.

conferem o voto múltiplo após um determinado período de detenção.

Como já referido, a regra geral aplicável nesta matéria consta do art. 384.º, n.º 5 do CSC, o qual estabelece uma regra genérica de proibição do voto plural.

Em derrogação desta regra, o art. 21.º-D do CVM veio estabelecer que as sociedades cotadas “podem emitir ações com direito especial ao voto plural, até ao limite de cinco votos por cada ação”, estabelecendo as respetivas condições e regime.

O caminho a seguir prende-se então com a configuração ou não das ações de lealdade como um direito especial e, como tal, enquadráveis nesta disposição.

Se assim o entendermos, devemos recordar o art. 24.º do CSC que determina que nas sociedades anónimas os direitos especiais só podem ser atribuídos a categorias de ações e transmitem-se com estas.

Ora, não podemos ignorar que, tendo em conta a finalidade das ações de lealdade (i.e., o propósito de premiar a duração da sua detenção), a regra aqui presente, designadamente no que diz respeito à transmissibilidade, apresenta um problema: ou o direito especial de voto múltiplo acompanha a transmissão da ação (e perde-se a lógica do prémio atribuir aos sócios) ou este direito não acompanha a transmissão da ação (e então violamos esta disposição)¹²¹.

Nesta medida, somos obrigados a entender que, mesmo admitindo o benefício que tais ações trariam à ordem jurídica portuguesa, as mesmas não se encontram previstas na categoria especial de ações criada pelo disposto no art. 21.º-D do CVM.

No entanto, na medida em que atribuímos o direito de conversão a todas as ações, podemos considerar não estar perante um direito especial e, logo, não ser aplicável o regime descrito do art. 24.º, n.º 4 do CSC.

A verdade é que “o direito atribuído a um sócio é especial porque é diferente dos direitos gerais atribuídos a todos os outros sócios, porque só um sócio goza desse direito tal como no contrato de sociedade é configurado”¹²², não configurando como tal os direitos concedidos a todo e qualquer sócio¹²³.

As ações de lealdade não atribuem direitos a um número limitado de acionistas, mas conferem, sim, uma vantagem genérica associada à posição de socialidade, à semelhança do que acontece, por exemplo, com as estipulações estatutárias que permitem, nos termos do art. 297.º, n.º 1 do CSC, que sejam efetuados adiantamentos

¹²¹ Miguel Stokes avança com a possibilidade de limitar a transmissão das ações à conversão das mesmas em ações ordinárias, concluindo, no entanto, que tal solução não seria viável por violar o disposto no art. 204.º, n.º 1, a) do CVM que estabelece que os valores mobiliários objeto de negociação organizada devem ser livremente transmissíveis, cfr. Stokes, 2022, pp. 165-168.

¹²² Ventura, 1989, p. 215.

¹²³ Neste sentido, igualmente, Cunha, 1993, pp. 23-25, Correia, 2000, p. 306; Triunfante, 2004, pp. 408-412; Pereira, 2022, p. 466; Oliveira, 2015, pp. 467-468; em sentido contrário Cordeiro, 2022, p. 555; Vasconcelos, 2006, pp. 251-252.

sobre lucros, vantagem aplicável, naturalmente, a todos os acionistas.

A majoração do número de votos das ações de lealdade é apenas consequência da regulação de um direito de todos os acionistas em função da aplicação de um conjunto de pressupostos (tal como acontece, em sentido inverso, com a limitação de votos estabelecida no art. 384.º, n.º 2 do CSC, na qual qualquer acionista apenas vê o seu direito de voto limitado quando atinge o limiar estipulado pelo contrato).

Nesta medida, no caso de criação de ações de lealdade representativas da totalidade do capital social, não estamos perante a atribuição de um direito especial, uma vez que “não se verifica a consagração de nenhum regime diferente, mas apenas a consagração de um regime comum cuja aplicação a um acionista concreto dependerá exclusivamente do tempo de detenção da participação social”¹²⁴.

Ora, o art. 21.º-D do CVM veio quebrar as regras da proporcionalidade entre a detenção do capital social e os direitos de voto para as sociedades cotadas, abrindo espaço para esta solução¹²⁵.

Assim, tendo em conta os limites do CSC referentes à consagração de direitos especiais nas sociedades anónimas e à sua autonomização em categoria de ações, é possível entender que o sistema admite (agora) outras soluções de majoração da posição dos sócios, desde que a atribuição dos direitos não seja configurada como uma atribuição de um direito especial e que as regras de acesso respeitem a igualdade de tratamento dos acionistas.

A criação de ações de lealdade nestes termos representa exatamente isso, a consagração de um direito geral a que todos os acionistas, isto é, todas as ações, têm acesso, mas que, em resultado das regras estatutárias e das suas condições de qualificação, apenas alguns podem exercer¹²⁶.

Admitindo-se assim que o art. 21.º-D tenha vindo – por interpretação extensiva – permitir a criação de ações de lealdade, servindo de base para o eventual regime (designadamente quanto ao limite máximo de votos a atribuir), não se ignora, no entanto, as dificuldades de implementação desta solução.

¹²⁴ Oliveira, 2015, p. 468; no mesmo sentido, Pereira, 2022, p. 490; Gomes, 2012, p. 414.

¹²⁵ Recorda ainda Brito Pereira que o art. 21.º-D do CVM não estabelece qualquer limitação de percentagem de capital representada pela categoria de ações de voto múltiplo ou limitação para a aposição de eventuais termos ou condições aos direitos de voto atribuídos, pelo que, também sob este prisma, não parece que tal solução arrepie o legislador, cfr. Pereira, 2022, p. 491.

¹²⁶ Pereira, 2022, p. 490.

6. Conclusão

Não restam dúvidas de que o art. 21.º-D do CVM veio alterar o paradigma instalado na ordem jurídica portuguesa, uma vez que esta disposição reflete um desvio expresso ao princípio da proporcionalidade entre a participação no capital e o direito de voto que, embora com variações pontuais e de conceito, permanece ainda vigente.

Tal derrogação surge com o intuito claro de dinamização do mercado de capitais em Portugal, criando-se um mecanismo de incentivo à captação de capital das sociedades sem que isso implique, necessariamente, perda de controlo das mesmas pelos acionistas empreendedores¹²⁷.

Fica, no entanto, a dúvida se, por um lado, tal desiderato está cumprido e se, por outro, se poderiam atingir outros objetivos.

A primeira crítica reside no restrito âmbito subjetivo da solução implementada. A necessidade de captação de capital não se restringe às sociedades que se movimentam no mercado de valores mobiliários. Muitas das estruturas societárias nacionais de grande dimensão não têm o seu capital admitido à negociação ao mercado regulamentado e poderiam beneficiar desta norma para a captação de capital e crescimento da sua atividade.

Igualmente, alguns aspetos do regime não deixam de criar perplexidades pela sua aproximação ao disposto para as ações preferenciais sem voto. A lei não só mantém vícios antigos, ignorando a aplicação do princípio da igualdade dos acionistas na constituição deste direito especial, como também remete expressamente para a aplicação das regras da conversão de ações, sem considerar as diferentes teleologias dos regimes.

Uma última crítica aponta para a falta de enquadramento sobre a possibilidade de criação das ações de lealdade. Teria sido benéfico que as alterações necessárias à implementação de ações de voto plural tivessem incluído esclarecimentos sobre a possibilidade deste tipo de ações, estabelecendo (ou esclarecendo) a aplicação de um regime próprio.

As vantagens das ações de lealdade são inegáveis, pelo que a admissão expressa de um desvio ao princípio da proporcionalidade poderia ter constituído uma oportunidade para trilhar este caminho com mais segurança.

Em todo o caso, a implementação da solução adotada é de saudar. As vantagens atinentes à possibilidade de voto plural são óbvias, não só porque esta oferece um instrumento diversificado de investimento de capital, mas também porque permite um envolvimento permanente dos acionistas empreendedores, podendo-se assim apostar no

¹²⁷ O efeito prático das ações preferenciais sem direito de voto é semelhante ao da emissão de ações com voto plural, mas a sociedade não é agora forçada a conferir, em contrapartida, vantagens patrimoniais aos acionistas prejudicados.

potencial produtor das sociedades a longo prazo (quer estes acionistas sejam selecionados por serem acionistas de longo prazo ou não).

Finalmente, é sempre de aplaudir, no seio das sociedades comerciais, um alargamento do espectro da liberdade contratual quando confrontado com matérias que não beliscam a proteção dos investidores nem do mercado, pecando esta solução apenas por alguma falta de ambição.

Bibliografia

a) Referências bibliográficas

- ABREU, J.C. (2019). Anotação ao art. 384.º. In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, 2.ª edição. Coimbra: Almedina
- ABREU, J.C. (2021). Anotação ao art. 531.º. In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VII, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.C. (2021). *Curso de direito comercial*, vol. II – *Das sociedades*, 7.ª edição. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J.E. (2012). Novos rumos do direito societário europeu – O “Report of the reflection group on the future of EU company law”. In *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.
- CARNEIRO, F.S. (2021). The Florange Law. A new power game. In Castro, C.O. (coord.). *Estudos em honra de João Soares da Silva*. Coimbra: Almedina.
- CASTRO, C.O. (2008). Acções preferenciais sem voto. In *Problemas do direito das sociedades*. Coimbra: Almedina.
- COELHO, E.M.L. (1987). *Direito de voto dos accionistas nas assembleias gerais das sociedades anónimas*. Lisboa: Rei dos Livros.
- COELHO, J.G.P. (1957). *Estudo sobre as acções de sociedades anónimas*. Coimbra.
- CORDEIRO, M. (2000). Acções preferenciais sem voto. *Revista da Ordem dos Advogados*.
- CORDEIRO, M. (2017) A lei das sociedades anonyms de 22 de junho de 1867. *Revista da Ordem dos Advogados*.
- CORDEIRO, M. (2022). *Direito das sociedades I (Parte geral)*, 5.ª edição. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, M. & FESTAS, D.O. (2022). Anotação ao art. 384.º. In Cordeiro, M. *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 5.ª edição. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, L. B. (2000). *Direito comercial*, vol. II – *Sociedades comerciais*. Lisboa: AAFDL.
- CUNHA, P.O. (1993). *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: As acções privilegiadas*. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, P.O. (2021). *Direito das sociedades comerciais*, 7.ª edição. Coimbra: Almedina.
- DIAS, C. (2011). Os direitos especiais dos sócios nas sociedades anónimas: As “golden shares”. *Revista do Direito das Sociedades*, n.º 3.
- DOMINGUES, P.T. (março de 2009). O aumento do capital social gratuito ou por incorporação de reservas. *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.
- DOMINGUES, P.T. (2021). Anotação ao art. 92.º. In Abreu, J.C. (coord). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. II, 3.ª edição. Coimbra: Almedina.
- EASTERBROOK, F. e FISCHER, D. (1996). *The economic structure of corporate law*. Harvard University Press.
- EREIO, J.T. (2016). *One share, one vote* – Os tetos de voto e as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 20/2016. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 44.
- GOMES, A.L.L. & AGUSTINHO, E. O. (2022). Voto plural: Vantagens e desvantagens do

- instrumento segundo a doutrina e agentes de mercado e sua configuração no ordenamento jurídico brasileiro pela lei 14.195 de 2021. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*.
- GOMES, F. (2012). Dividendo de lealdade? In *II Congresso do Direito das Sociedades em Revista*.
- GOMES, J.F. (2022). Voto plural nas sociedades por quotas e anónimas: Reflexões de política legislativa. *Revista de Direito Comercial*.
- MAIA, P. (2020). *Voto e corporate governance*. Coimbra: Almedina.
- MARQUES, E. (2018). Anotação ao art. 341.º. In Abreu, J.C. (coord). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. V, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A.S. (2018). Anotação ao art. 302.º. In Abreu, J.C. (coord). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. V, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A. S. & COSTA, R. (2017). Anotação ao art. 24.º. In Abreu, J.C. (coord). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, M.P. (2015). Direito de voto nas sociedades cotadas: Da admissibilidade de categorias de ações com direito de voto plural às *L-shares*. *Revista do Direito das Sociedades*, n.º 2.
- PEREIRA, J.B. (2022). *O voto plural na sociedade anónima*. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, P.B. (2016). *Das companhias pombalinas às sociedades anónimas*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. https://www.academia.edu/39971270/das_companhias_pombalinas_%c3%80s_sociedades_an%c3%93nimas_subs%c3%8ddios_para_a_hist%c3%93ria_do_direito_das_sociedades_comerciais_em_portugal.
- SANTOS, J.N.V. (2014). Ações de lealdade – A primazia dos interesses da estabilidade a longo prazo das sociedades anónimas. *Revista do Direito das Sociedades*, n.º 2.
- SERRA, V. (1970). Assembleia geral. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 197.
- SILVA, J.S. (2018). *Voting caps* em sociedades cotadas: Algumas reflexões. In *A propósito de corporate governance e de direito das sociedades e dos valores mobiliários*. Coimbra: Almedina.
- STOKES, M. (2022). Admissibilidade de ações com voto plural nas sociedades cotadas – Permissão normativa tácita das ações de lealdade? *Revista do Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*.
- TELES, I.G. (1955). Ações privilegiadas. *O Direito*.
- TORRES, I.F. (2019). El voto adicional por lealtad – A propósito del anteproyecto de reforma de la ley de sociedades de capital. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 5.
- TRIUNFANTE, A. (2004). *Tutela das minorias nas sociedades anónimas – Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- VASCONCELOS, P.P. (2006). *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- VENTURA, R. (1989). Direitos especiais dos sócios. *O Direito*, vol. I (janeiro-março).
- VENTURA, R. (2003). Estudos vários sobre sociedades anónimas. In *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, reimpressão da edição de 1992. Coimbra: Almedina.

VENTURA, R. (2006). Sociedade por quotas. In *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. III, 3.^a reimpressão da 1.^a edição de 1991. Coimbra: Almedina.

b) Outras publicações consultadas (por ordem de referência)

Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues related to Takeover Bids in the European Union, Bruxelas. (10 de janeiro de 2002), Relatório Winter. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=315322.

Report on the Proportionality Principle in the European Union, liderado pelo ISS (*Institutional Shareholder Services*), associado ao ECGI (*European Corporate Governance Institute*) e à Sherman & Sterling. (2007). https://www.ecgi.global/sites/default/files/final_report_en.pdf.

Paper of the European Corporate Governance Forum Working Group on Proportionality. (junho de 2007). <https://dokumen.tips/documents/paper-of-the-european-corporate-governance-of-the-european-corporate-governance.html?page=1>.

Lack of proportionality between ownership and control: Overview and issues for discussion”, publicado pelo OECD Steering Group on Corporate Governance. (2007). <https://www.oecd.org/daf/ca/40038351.pdf>.

Action Plan: European Company Law and Corporate Governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Europeu. (12 de dezembro de 2012). <https://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0740:FIN:EN:PDF>.

Financial Conduct Authority Handbook (LR 7.2.1A). (27 de julho de 2018). <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/LR/7.pdf>.

Primary Market Effectiveness Review: Feedback and final changes to the Listing Rules publicado por *Financial Conduct Authority*. (dezembro de 2021). <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps21-22.pdf>.

HM Treasury UK Listing Review. (março de 2021). https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/966133/UK_Listing_Review_3_March.pdf.

(Re)equilibrar o contrato de concessão:
um direito também do concedente?

Mara de Magalhães Silveira

Sob orientação da Professora
Doutora Raquel Carvalho

“A regra “*pacta sunt servanda*” não pode legitimar a cristalização de uma equação financeira (o caso base) que se revele ruínosa para o interesse público (...).”

José Carlos Vieira de Andrade ¹

¹ Parecer emitido em novembro de 2009, no âmbito do processo arbitral Águas do Marco, S.A. vs. Município do Marco de Canaveses, p. 25.

Agradecimentos

Ao Francisco e à Inês, pela disponibilidade que não lhes concedi e pelo amor sem razões ou condições.

Ao Luís, pelo constante apoio às minhas decisões e compreensão às *ausências* que delas resultam.

Aos meus pais, por me mostrarem que o esforço é sempre o melhor caminho.

Às minhas irmãs, por serem *família*.

Aos meus amigos, por estarem sempre por aqui.

Um agradecimento especial à Professora Doutora Raquel Carvalho, pela disponibilidade, cuidado, empenho e diligência com que assumiu a orientação e cujas palavras de incentivo e reconhecimento levaram a que este trabalho chegasse a bom porto.

Resumo

O presente trabalho analisa o direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro na esfera do concedente. Procura-se observar as características dos contratos de concessão e a relevância que o risco, a sua identificação e distribuição assumem na determinação do quadro de regulação do equilíbrio económico-financeiro. Avalia-se, à luz da teoria da reposição do equilíbrio financeiro, a existência do direito a favor do concedente e os termos e condicionalismos da sua efetivação.

Palavras-chave: concessões; reposição do equilíbrio económico-financeiro; direito do concedente.

Abstract

This dissertation concerns the right to restore the financial balance of concession contracts in the legal sphere of the public contracting entity. It analyses the characteristics of concession contracts and the relevance of risk and risk distribution between the contracting parties to determine the framework in which financial balance arises. In light of the financial rebalancing theory, it aims to assess the existence of the right in favour of the public contracting authority and the terms and conditions of its implementation.

Keywords: concessions; economic and financial rebalance; public contracting entity's right.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac(s).	Acórdão(s)
Al(s).	Alínea(s)
Art.(s)	Artigo(s)
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro (salvo indicação em contrário, refere-se ao Código com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 54/2023, de 14/07)
CPA	Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro
Diretiva 2004/18	Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31.3.2004
Diretiva 2014/23	Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02.2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão
Diretiva 2014/24	Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02.2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE
Diretiva 2014/25	Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02.2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE
DL	Decreto-Lei
Et al.	<i>Et alia</i>
I.e.	Isto é
L	Lei
N.º(s)	Número(s)
P(p).	Página(s)
Proc(s).	Processo(s)
RJEOP	Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99 de 2 de março
S(s).	Seguinte(s)
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal Constitucional
TdC	Tribunal de Contas
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul

TIR	Taxa Interna de Rentabilidade
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
VAL	Valor Atualizado Líquido
Vd.	<i>Vide</i>
Vg.	<i>Verbi gratia</i>

Índice

Introdução	8
1. A caracterização do contrato de concessão	9
1.1. A transferência da gestão no contexto da concertação de interesses	9
1.2. O tempo da concessão	10
1.3. A remuneração da concessão	11
1.4. A transferência do risco de exploração	12
2. Risco e equilíbrio económico-financeiro nas concessões	14
2.1. Elementos e tipologias de risco	14
2.2. Distribuição do risco	15
2.3. Equilíbrio económico-financeiro, equação financeira e caso base	17
3. O direito ao (re)equilíbrio económico-financeiro na esfera do concedente	19
3.1. O princípio do (re)equilíbrio económico financeiro	19
3.2. A operatividade do reequilíbrio financeiro a favor do concedente	22
4. A efetivação da reposição do equilíbrio financeiro a favor do concedente	29
4.1. A medida do dever de reposição do equilíbrio financeiro	29
4.2. As modalidades de reposição do equilíbrio financeiro	32
4.3. A forma de exercício do direito à reposição do equilíbrio financeiro	33
4.4. Os limites à modificação do contrato como limites à efetivação do direito à reposição do equilíbrio financeiro	34
5. A (in)suficiência dos mecanismos de proteção do equilíbrio financeiro a favor do concedente	38
Bibliografia	40
Jurisprudência	43

Introdução

Na sua gênese, o princípio do equilíbrio financeiro corresponde ao direito do contraente privado em manter uma equivalência entre benefícios e obrigações perante o exercício dos poderes *exorbitantes* do contraente público sobre a relação contratual que, sendo apto a introduzir desequilíbrios, reclama que se retome a harmonia subjacente à vontade de contratar das partes.

Todavia, a identificação de situações em que o desequilíbrio nos contratos de concessão² se mostra desfavorável ao concedente revela a importância da ponderação do reconhecimento a este do direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro, enquanto forma de restaurar, ou até obter, a equivalência das prestações essencial à prossecução do interesse público.

A presente dissertação procura dar resposta a esta questão, encontrando os pressupostos e condicionalismos subjacentes à efetivação de tal direito.

No primeiro capítulo delimitamos as particularidades do contrato de concessão que permitem compreender a sua relação com o instituto jurídico que é objeto de análise e desenvolvemos as especificidades em que se estabelece o equilíbrio contratual.

O segundo capítulo visa o risco, procurando observar-se as suas características e tipologias e os termos da sua distribuição, enquanto elemento essencial à configuração do equilíbrio contratual. Consequentemente, enquadra-se a definição do ponto de equilíbrio, do qual faz parte integrante o quadro de alocação de riscos, revelando-se a importância da equação financeira e do caso base para o efeito de avaliar os eventos que geram desequilíbrios contratuais e a medida do seu impacto.

Contextualizado o quadro de regulação do equilíbrio contratual, no terceiro capítulo propomo-nos verificar se existe um direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro na esfera do concedente e se este se mostra, e em que termos, reconhecido no nosso ordenamento jurídico.

Nos capítulos finais apuramos a concretização do direito a favor do concedente, indagando sobre a sua extensão e medida do dever de reposição, analisando as modalidades, forma de exercício e limites ao direito e ponderamos a suficiência da atual regulação normativa.

² Neste trabalho abordamos indistintamente os contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos, fazendo assentar a distinção nas definições contidas no art. 407.º do CCP. Vd. Melo & Campos, 2011, p. 430.

1. A caracterização do contrato de concessão

1.1. A transferência da gestão no contexto da concertação de interesses

Assumindo-se a concessão como “instrumento de colaboração entre os sectores público e privado”³, na medida em que se associa o privado à concretização de tarefas públicas primariamente a cargo da Administração, evidencia-se a função de atribuição da gestão⁴ de uma atividade ou execução de uma obra pública a um particular, a quem passa a caber desempenhar a tarefa pública como contrapartida pela realização de investimentos em infraestruturas e/ou serviços públicos⁵.

A transferência da gestão (ou atribuição ao concessionário do direito de exploração), elemento que revela a autonomia que é base do interesse do concessionário na assunção do encargo de desenvolvimento da *atividade pública*⁶, assume-se como um dos critérios (no caso, do conteúdo) delimitador enunciado no art. 407.º do CCP.

A *deslocação* operada pela concessão, porque reconduzida ao direito à gestão ou execução, não significa o *alheamento* da Administração relativamente à atividade pública, antes se mantendo na esfera desta um feixe de poderes *sobre a concessão e sobre o concessionário*⁷ (arts. 302.º e 409.º do CCP).

Não se dissocia desta faceta translativa da concessão a questão da harmonização de interesses que subjaz à relação jurídica estabelecida entre a Administração e o particular, na medida em que se, por um lado, emerge o intuito económico-financeiro e o direito deste último à gestão, por outro, a execução da atividade concessionada não deixa de ser orientada pela finalidade de interesse público cuja salvaguarda se encontra em *ultima ratio* a cargo da Administração.

Este fim de interesse público é fundamento dos *poderes exorbitantes* que assistem à Administração na execução contratual e que são essenciais à compreensão do contexto em que assenta o equilíbrio contratual.

Sinteticamente, à amplitude que caracteriza a liberdade em que se desenvolvem as relações negociais privadas, contrapõe-se a “inescapável zona de heteronomia”⁸ subjacente aos

³ Melo, 2011, p. 25. No mesmo sentido, Gonçalves, 1999, p. 143; Caetano, 1984, p. 1099.

⁴ Amaral, 2006, p. 541; Caetano, 2010, pp. 1099-1100; Ac. do TCAN de 29.4.2022, proc. 00681/10.7BEPNF. No Ac. do TJUE de 10.11.2022, proc. C-486/21 (*Sharengo*) enfatizou-se “que uma concessão de serviços se distingue (...) pela atribuição ao concessionário do direito, eventualmente mediante o pagamento de um preço, de explorar os serviços objeto da concessão, dispondo o concessionário, no quadro do contrato celebrado, de uma certa liberdade económica para determinar as condições de exploração dos serviços que lhe são concedidos e assumindo, paralelamente, o risco relacionado com a exploração dos referidos serviços”.

⁵ Amaral, 2006, pp. 532 e 540.

⁶ Em sentido amplo, abrangendo serviço e obra pública.

⁷ Gonçalves, 1999, pp. 241 e ss. Vd. sobre os contratos de subordinação Kirkby, 2002, p. 57.

⁸ Melo, 2011, p. 121.

contratos administrativos. De tal forma que a modelação da relação jurídica contratual administrativa se realiza num quadro de concertação dos interesses das partes que não é imune à sujeição da Administração a princípios e regras jus-administrativas e à subordinação dos particulares às prerrogativas de autoridade da Administração na conformação e execução contratual.

É neste contexto de *administratividade*, em que opera a transferência da gestão e se desenvolve a relação concessória, que se regula o equilíbrio contratual e executa a sua reposição em termos que lhe imprimem traços próprios.

1.2. O tempo da concessão

O contrato de concessão apresenta-se como de execução temporária continuada, no sentido de que a deslocação da exploração da atividade pública para a esfera do concessionário se prolonga, ininterruptamente, durante “um determinado período de tempo” (art. 407.º, n.ºs 1 e 2 do CCP).

Essa *temporalidade* resulta de a figura da concessão ter na sua origem a concretização de projetos de interesse público que reclamam um elevado nível de investimento de que os contraentes públicos não dispõem – ou não pretendem despende –, angariando do setor privado o financiamento (e *know how*) necessário à sua concretização.

Compreende-se, por isso, que o direito de exploração deva ser assegurado por um período alargado, recorrendo-se na sua determinação ao critério (material) de aferição da sua necessidade para permitir, em normais condições de exploração, ao concessionário a recuperação do capital investido e a obtenção de um lucro⁹ (art. 410.º, n.º 1 do CCP).

O “prazo durante o qual um concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras ou dos serviços, a par da remuneração do capital investido” assume-se, nos termos do art. 18.º, n.º 2 da Diretiva 2014/23, como a duração máxima do contrato de concessão, admitindo-se, todavia, que esta ocorra por período mais curto “desde que [uma compensação esteja prevista e] que a compensação correspondente não elimine o risco de exploração” (Considerando 52).

Estabelece-se, assim, uma relação entre a duração da concessão e a possibilidade de remuneração do investimento¹⁰, que não tem como significado que aquela se prolongue até que o concessionário atinja esta última, mas tão só que “o prazo de vigência do contrato *deve* ser *concretamente determinado* de modo que, num cenário de normalidade, aquele co-contratante possa auferir *benefícios* (receitas) que compensem os *encargos* (despesas) por si assumidos”¹¹.

⁹ Maçãs, 2010, p. 372.

¹⁰ Amorim, 2013, p. 22.

¹¹ Torgal, 2011, p. 224.

Ou seja, as concessões encontram, incluindo para o efeito da reposição do equilíbrio financeiro (art. 410.º, n.º 3 do CCP), o seu limite temporal nesta correspondência entre investimento do concessionário e sua amortização e remuneração.

A respeito da *temporalidade* das concessões impõem-se as seguintes considerações.

Em primeiro lugar, a transferência da exploração inerente à concessão assume-se como temporalmente limitada (art. 18.º, n.º 1 da Diretiva 2014/23), significando que a mesma não poderá ocorrer a título perpétuo¹². E, embora não se proíbam as concessões por tempo indeterminado, tal poderá contender com os princípios da concorrência e da prossecução do interesse público¹³ e com o carácter *inalienável* dos bens ou serviços.

Em segundo lugar, a duração *prolongada* do contrato de concessão, tornando-o mais exposto à mutabilidade da realidade política, económica e social, isto é, à possível mutabilidade da configuração do interesse público, justifica, no contexto da gestão da obra ou serviço, a importância que o risco¹⁴, a sua identificação e alocação às partes, representa no desenvolvimento da relação contratual.

Por fim, em terceiro lugar, o prazo integra a equação económico-financeira do contrato¹⁵ e, nessa medida, corresponde a um elemento em que se desenvolve o equilíbrio contratual.

1.3. A remuneração da concessão

A *fonte* da remuneração do concessionário era *classicamente* entendida como elemento distintivo da concessão, considerando-se a existência desta quando se reconduzisse à exploração da atividade por via da cobrança de taxas ou tarifas aos utentes¹⁶ e ainda que acompanhada de um pagamento público.

O paradigma de exclusividade da remuneração pelos próprios utilizadores da obra ou serviço foi ultrapassado¹⁷, passando a conferir-se relevância ao seu elo com a exploração económica do serviço público.

Foi-se além com a admissão de que não há descaracterização da concessão em hipóteses em que a Administração assume o encargo de pagamento direto do concessionário, evoluindo-

¹² A *precariedade* encontra o seu fundamento (interno) na presença de bens dominiais ou tarefas eminentemente públicas que não podem ser adquiridas ou transferidas definitivamente para os particulares.

¹³ Ac. do TJUE de 19.6.2008, proc. C-454/06 (*Pressetext*). Considerando 52 da Diretiva 2014/23.

¹⁴ O exposto não significa que nos contratos de execução instantânea se exclua o risco, o qual “é inerente a todos os contratos” (Melo, 2011, p. 111).

¹⁵ Fortunato, 2023, p. 20.

¹⁶ Caetano, 2010, p. 1124. No Ac. de 29.4.2022, proc. 00681/10.7BEPNF, o TCAN reportando-se à definição de contrato de concessão de serviços públicos considerou que a remuneração do concessionário provém “de taxas ou tarifas a pagar pelos utentes ou consumidores do respetivo serviço público”.

¹⁷ Amaral, 2006, pp. 537-539. Nos termos da Diretiva 2004/18 a contrapartida do concessionário reconduzia-se ao direito de exploração que lhe permitiria “obter os proveitos para amortizar o investimento inicialmente feito, custear a operação subsequente e obter a remuneração do capital investido” (Torgal, 2017, p. 1075).

se para a aceitação de que não constitui obstáculo à qualificação de um contrato como de concessão a remuneração do concessionário ser suportada exclusivamente pelo concedente¹⁸.

Sendo verdade que, na configuração da Diretiva 2014/23, a contrapartida dos modelos concessórios por ela abrangidos emerge enquanto “direito de explorar as obras ou os serviços, ou nesse direito acompanhado de um pagamento” [Considerando 11, art. 5.º 1) als. a) e b)], afastando do seu seio concessões em que a remuneração do concessionário advém exclusivamente do concedente, constata-se que a atual definição europeia de concessão deixa de assentar, enquanto critério principal, na remuneração do concessionário.

Assim se desenha a insuficiência da remuneração enquanto critério definidor¹⁹, ou seja, a sua *lateralização* como elemento identificativo da concessão.

Sem prejuízo, daí não resulta a sua *irrelevância* no quadro das concessões.

Primeiro, porque admitindo-se que as receitas possam também provir de outras atividades relacionadas com a concessão ou no *perímetro* desta, mostra-se necessário, designadamente para o efeito de delimitar o campo de aplicação de mecanismos de reposição de equilíbrio financeiro ou de partilha de benefícios, diferenciar a *remuneração da concessão* dessas outras fontes de receita que não se encontram diretamente ligadas à exploração do serviço.

Segundo, porque quando não se dissocie da *sorte da exploração*²⁰, a remuneração configura elemento indiciador da existência da concessão na medida da sua correlação ao risco, não no sentido de que a remuneração direta pela entidade adjudicante *per si* elimine a assunção de risco pelo concessionário, mas sim de que, sob pena de deixarmos de estar perante uma concessão, esta não poderá excluir o risco da esfera deste.

1.4. A transferência do risco de exploração

A concessão deixa, pois, de se distinguir pelo objeto das suas prestações ou da fonte da remuneração, passando a *transferência do risco de exploração* a erigir-se como critério (material) identificador daquela²¹.

Com efeito, regista-se como atributo da concessão a efetiva transferência para o concessionário de um risco de exploração de natureza económica, significando que o concessionário poderá não recuperar os investimentos efetuados nem os custos incorridos com

¹⁸ No âmbito do contrato de concessão de obras públicas a definição legal do n.º 1 do art. 407.º do CCP reporta-se à remuneração como “direito de proceder, durante um determinado período, à respetiva [da obra] exploração e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço”, esbatendo-se do conceito normativo a fonte da remuneração como elemento distintivo do contrato de empreitada e concessão de obras públicas. No n.º 2 do art. 407.º do CCP estabelece-se que o concessionário de serviços públicos seja remunerado “pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público”. Vd. Gonçalves, 1999, p. 141.

¹⁹ Lora, 2017, p. 4.

²⁰ Referindo que no CCP existem indícios que revelam que a remuneração “tem de estar, de alguma maneira, vinculada à exploração de um ativo ou de um serviço”, como os arts. 388.º, 391.º, 394.º e 398.º, vd. Vieira, 2007, p. 49.

²¹ Lora, 2017, p. 1.

a exploração das obras ou dos serviços adjudicados em condições normais de exploração, mesmo que uma parte do risco continue a caber à entidade adjudicante (Considerando 18 da Diretiva 2014/23, art. 413.º do CCP).

O risco de exploração corresponde ao risco de carácter económico relacionado com a exploração dos serviços ou execução da obra, caracterizado pelo desenvolvimento da atividade num contexto de exposição real à imprevisibilidade do mercado²², ligado à procura ou à oferta, ou a ambos, relativamente ao qual inexistente garantia de recuperação dos investimentos efetuados ou das despesas suportadas no âmbito da exploração da obra ou serviço [Considerando 20 e art. 5.º 1) b), da Diretiva 2014/23 e al. b) do n.º 2 do art. 413.º do CCP]. Nele se enquadram o “risco de concorrência por parte de outros operadores, o risco de inadequação entre a oferta e a procura de serviços, o risco de insolvência dos devedores do preço dos serviços prestados, o risco de falta de cobertura integral das despesas de exploração com as receitas ou ainda o risco de responsabilidade de um prejuízo ligado a um incumprimento no serviço” [Acs. do TJUE de 10.3.2011, C-274/09 (*Privater*), de 19.9.2009, proc. C-206/08 (*Eurawasser*) e 10.11.2011, proc. C-348/10 (*Norma*)]²³, excluindo-se, portanto, riscos que são inerentes a qualquer contrato “como os associados a má gestão, a incumprimentos contratuais por parte do operador económico ou a casos de força maior”²⁴.

A existência de um efetivo risco de exploração a cargo do concessionário assume-se, por um lado, como condição *sine qua non* da concessão²⁵, e, por outro, como critério orientador da distribuição do risco. De tal forma que a verificação da existência de uma concessão não pode deixar de passar pela análise do quadro contratual definido entre as partes, designadamente as cláusulas referentes a mecanismos de remuneração, assunção de riscos e de reposição do equilíbrio económico-financeiro, para o efeito de apurar se dela emerge a assunção pelo operador económico de um efetivo risco de exploração.

Este dado permite compreender que a matriz de distribuição de risco modela os pressupostos em que assenta o equilíbrio da concessão, importando, por isso, proceder à delimitação da relação entre risco e equilíbrio.

²² Acs. do TJUE de 19.9.2009, proc. C-206/08, (*Eurowasser*), 10.3.2011, proc. C-274/09 (*Privater*) e 10.11.2011, proc. C-348/10 (*Norma*). Vd. González, 2016, p. 56.

²³ Vd. González. 2016, p. 56. O risco concorrencial não existirá em contratos de concessão que prevejam um *direito de exclusivo de grau amplo*, pois que aí o direito de exploração é exercido “total exclusão da concorrência direta dentro de certo perímetro territorial” (Torgal & Geraldès, 2012, p. 1121). Estas cláusulas de direito de exclusivo de grau amplo são típicas em contratos de concessão em que se verifica uma “transferência total ou significativa de risco de procura para o concessionário” e “como forma de compensar a aleatoriedade do resultado económico subjacente à concessão” (*Idem, ibidem*, p. 1126).

²⁴ González, 2016, p. 54, Considerando 20 da Diretiva 2014/23.

²⁵ No Ac. do TJUE de 10.11.2022, proc. C-486/21A (*Sharengo*), assumiu-se que “a simples transferência para o concessionário do risco relacionado com a exploração de serviços basta para caracterizar uma concessão de serviços”.

2. Risco e equilíbrio económico-financeiro nas concessões

2.1. Elementos e tipologias de risco

Enquanto conceito jurídico operativo, Melo²⁶ define o risco como “evento incerto, mas previsível e de efeitos negativos ou positivos”.

Esta delimitação permite a compreensão das características do risco enquanto situação fáctica cuja ocorrência, sendo contingente quanto ao *an*, ao *quando* e ao *quanto*, é, todavia, representável, podendo os seus efeitos ser favoráveis ou desfavoráveis àquele que o assuma.

Neste sentido o risco não se dissocia de incerteza²⁷, podendo esta “incidir sobre a verificação do próprio fenómeno, sobre o momento da sua eclosão, sobre o tipo de efeitos que esta provocará, sobre o alcance destes efeitos, sobre o seu potencial lesivo”²⁸.

Por sua vez, o elemento da previsibilidade revela a possibilidade de representação do risco na estrutura contratual e, conseqüentemente, proporciona a sua integração nos pressupostos em que se desenvolve o equilíbrio contratual.

O risco²⁹ é, pois, elemento e limite do equilíbrio, no sentido de que, onde ele não se verifique³⁰ ou sejam excedidas as fronteiras da sua assunção, o contrato será *desequilibrado*.

Compreende-se, por isso, a relevância que o risco e a sua distribuição assumem na conformação dos contratos de concessão³¹, cabendo, abreviadamente, referenciar as múltiplas manifestações de risco que podem ser consideradas na configuração do equilíbrio contratual.

Esclareça-se que o *risco de exploração*, definido no ponto anterior, não só não configura *per si* uma tipologia de risco, como tão pouco contempla a diversidade de riscos que são comumente identificados³².

Tipicamente configuram-se como *riscos exógenos* os riscos de procura e de oferta, entendendo-se estes, respetivamente, como aquele ligado ao nível de procura/utilização das infraestruturas ou serviços pelos utentes³³ e o “associado ao fornecimento de obras ou à

²⁶ 2011, p. 74.

²⁷ Oliveira, 2016, p. 411.

²⁸ Gomes, 2007, p. 151.

²⁹ O conceito comunitário de *risco de exploração*, decorrendo de fatores independentes do controlo das partes, resultante da exposição a fatores aleatórios do mercado e sem “garantia de que [o concessionário] recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão”, sendo mais restrito que este conceito jurídico operativo, não deixa de assentar (também) nestes elementos da incerteza e imprevisibilidade.

³⁰ Não nos reportamos a situações em que no desenho contratual não houve lugar a uma efetiva transferência do risco, circunstância que obsta à qualificação do contrato como de concessão, mas sim àquelas em que, a execução do contrato, resultou numa não verificação de riscos ou em que saímos do domínio do risco e entramos no da *imprevisão*.

³¹ Oliveira, 2016, p. 414.

³² Kirat, Marti & Vidal, 2005, p. 297. Alves (2022, pp. 20 e ss.) delimita as distintas classificações qualitativas do risco: (i) exógenos e endógenos, (ii) macro, meso e micro, (iii) políticos, localização, construção, conclusão e operação, (iv) políticos e económicos, conceção e construção, e de funcionamento, e (v) conceção/construção e operação/exploração.

³³ Enquadra-se aqui o risco de tráfego, correspondente “à alteração do volume de tráfego ou da sua composição ou configuração” (Oliveira, 2016, p. 419).

prestação de serviços que são objeto do contrato, em particular o risco de a prestação de serviços não corresponder à procura” (Considerando 20 da Diretiva 2014/23)³⁴.

Reconhecem-se, ainda, o risco legislativo, como aquele que respeita às “alterações legais com impacto (...) no contrato de concessão”³⁵, o risco financeiro respeitante à álea dos encargos com a satisfação de créditos e relacionado com a evolução das condições financeiras do mercado, e o risco decorrente da evolução tecnológica dos bens afetos à concessão.

Definem-se como *riscos endógenos* o risco de projeto e construção, associado às ocorrências na execução dos trabalhos de conceção e/ou construção, o risco de manutenção e exploração, relacionado com a fase de operação e exploração da concessão, o risco de financiamento relativo à obtenção do financiamento e à (in)satisfação do serviço da dívida e o risco regulatório resultante dos poderes de intervenção do contraente público sobre a execução e gestão do contrato³⁶.

2.2. Distribuição do risco

Delimitado o conceito de risco e referenciadas (algumas das suas espécies, reconhece-se que na sua regulação intervêm regras que modelam os termos em que se define o quadro de equilíbrio contratual.

Cumpre distinguir a esfera de risco, dos eventos com impacto naquela. Isto é, ainda que se esteja perante um risco assumido por uma das partes, há que associar o risco ao evento que o gera para o efeito de apurar a sua imputabilidade à esfera de risco de uma destas. Assim, a matriz de risco, de natureza legal e contratual, assume num primeiro momento o papel de alocação de riscos e a segundo passo de quadro de aferição da esfera de impacto dos eventos.

Em termos de distribuição do risco o ponto de partida é a asserção de que neste campo a Administração não goza de total liberdade de conformação por força da sua sujeição a um conjunto de vinculações jurídico-públicas.

Entre estas impera a assunção pelo concessionário de um efetivo risco de exploração, entendendo-se que tal se verifica cumpridos que sejam os dois requisitos previstos no n.º 2 do art. 413.º do CCP: o negativo, correspondente à inexistência de cláusulas de garantia (al. a)); e o positivo, a referenciada “exposição real à imprevisibilidade do mercado” (al. b)).

Impõem-se duas notas.

³⁴ A doutrina questiona se o risco de disponibilidade, que tem por referência a aptidão (e qualidade) dos equipamentos e/ou serviços para estar ao serviço (nas condições acordadas), equivale ou corresponde a um risco de oferta, para o efeito de determinar se perante hipóteses de pagamentos por disponibilidade ainda estamos no âmbito de uma concessão (Torgal, 2017, p. 1085; Lora, 2017, p. 14; Cartei, 2019, pp. 509 e ss.).

³⁵ Melo, 2011, pp. 146 e ss. A enquadrar aqui o *fait du prince*, Oliveira, 2016, pp. 419 e ss.

³⁶ Abrange a modificação unilateral por razões de interesse público [arts. 312.º al. c) e 314.º n.º 1 al. b) do CCP].

Primeira, a aceitação de que pode haver lugar a uma efetiva transferência do risco ainda que em setores em que o risco é limitado³⁷.

Segunda, a assunção do *risco de exploração* pelo concessionário não carece de ser de grau máximo, nada obstando a que se reconduzam riscos à esfera da entidade pública³⁸. Afasta-se, por isso, a ideia de que a efetiva e significativa transferência do risco corresponda à compreensão de que a totalidade do risco deve correr por conta do concessionário.

Sendo irrelevante que o risco transmitido ao concessionário seja pequeno, ponto é que ele seja efetivo, no sentido de que “quaisquer perdas potenciais incorridas pelo concessionário não sejam meramente nominais ou insignificantes”³⁹.

Em matéria de distribuição do risco cumpre, ainda, considerar que, tipicamente, correm por conta do contraente público os *riscos administrativos*, que se reportam à atuação da Administração⁴⁰, bem como os *regulatórios*, tais como os decorrentes de *ius variandi, factum principis* e *vis major*⁴¹. Diremos, aliás, que as hipóteses reguladas no art. 314.º, n.º 1 al. a) e b) do CCP representam comandos normativos de imputação do risco à esfera do contraente público.

Encontram-se normativos que constroem a alocação de riscos, sendo disso ilustrativo o n.º 1 do art. 2.º do DL n.º 111/2012, de 23.5, que, aplicável às parcerias público-privadas de natureza contratual, determina “que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado”, assim como o art. 35.º do DL n.º 194/2009, de 20.8, que contempla expressamente “a possibilidade de o contrato de concessão identificar riscos que permanecem sob responsabilidade financeira do concedente ou cujo impacte possa ser repercutido através das tarifas aplicadas aos utilizadores” (n.º 1), procedendo à distribuição de riscos mediante a descrição nos n.ºs 2 e 3 de riscos que obrigatoriamente permanecem na esfera da responsabilidade financeira do concedente. Ou seja, o legislador define a alocação de riscos à esfera das partes, regulando os termos em que deve ser alcançado o respetivo equilíbrio⁴².

Sem prejuízo destes quadros normativos, a distribuição do risco é maioritariamente abrangida pela autonomia contratual das partes, intervindo aí os princípios da eficiência e da razoabilidade⁴³ enquanto parâmetros orientadores que demandam a alocação dos riscos à

³⁷ Considerando 19 da Diretiva 2014/23; Ac. do TJUE de 10.3.2011, proc. C-274/09 (*Privater*); Lora, 2017, p. 8.

³⁸ Dado que “não seria razoável exigir a uma autoridade pública concedente que criasse condições de concorrência e de risco económico mais elevadas do que aquelas que, nos termos do regime aplicável ao sector em causa, existem neste último” [Ac. do TJUE de 19.9.2009, proc. C-206/08 (*Eurawasser*)].

³⁹ Art. 5.º, n.º 2 al. b) da Diretiva 2014/23.

⁴⁰ Vg. o resgate da concessão (art. 422.º do CCP).

⁴¹ Torgal, 2017, p. 1095. A natureza imperativa do art. 314.º, n.º 2 do CCP afasta que se assumam como risco do concedente os eventos de força maior - não imputáveis ao concedente e que não se subsumem à al. a) do n.º 1 do art. 314.º do CCP -, que sejam reconduzíveis à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias nos termos do art. 312.º al. b) do CCP, dos quais apenas emerge o direito do cocontratante a uma compensação segundo critérios de equidade.

⁴² No n.º 3 do art. 303.º do CCP prevê-se a obrigação do contraente público abster-se de diminuir a responsabilidade e o grau de risco assumido pelo cocontratante relativamente à fase de conceção.

⁴³ Sobre o princípio da razoabilidade vd. Silva, 2018, pp. 295-338.

parte com melhor capacidade para a sua gestão⁴⁴, constringem a sua afetação desrazoável e reclamam a sua atribuição nos moldes mais razoáveis.

Tendencialmente os contratos de concessão abrangem uma cláusula de atribuição ao concessionário da integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, alocando ao concessionário o risco de tráfego, o risco de disponibilidade, o risco económico e financeiro, o risco ambiental e o risco de construção, prevendo expressamente as situações (exceções) em que o risco é do concedente. Nestas últimas incluem-se os riscos emergentes de alterações legislativas com impacto sobre a concessão, do exercício do poder de modificação unilateral do contrato e de força maior⁴⁵.

2.3. Equilíbrio económico-financeiro, equação financeira e caso base

Enquanto negócio que é, o contrato de concessão corresponde a um quadro de regulação de interesses tendencialmente contrapostos, mas que se ajustam num acordo de vontades. A particularidade reside em que esse ajustamento se faz nos limites que emergem da própria *administratividade* do contrato, em que ressaltam as exigências reclamadas pelo interesse público e de que deriva a referenciada matriz de distribuição de risco.

Sem prejuízo, o equilíbrio contratual não deixa de assentar numa reciprocidade ou comutatividade das prestações das partes, no sentido de que existe uma correspondência entre umas e outras obrigações dos contraentes. E, estabelecendo-se numa relação entre encargos e vantagens assumidos pelas partes, assenta em pressupostos de ordem económica e financeira que lhe fazem valer a designação de equilíbrio económico-financeiro.

O equilíbrio económico-financeiro respeita, pois, à relação de harmonização dos interesses das partes na sua expressão financeira e de regulação dos aspetos económicos relevantes para a execução do contrato⁴⁶. Representa-se por via de uma *equação financeira* que traduz a relação entre o conjunto das prestações a que as partes reciprocamente se obrigaram⁴⁷ e os benefícios que as levaram a contratar⁴⁸, tendo subjacente a modelação de repartição de riscos entre si acordada.

A definição dessa equação financeira é realizada no âmbito do procedimento pré-contratual em que, por via das previsões dos cadernos de encargos e da definição dos modelos de avaliação, a entidade adjudicante delimita os termos da distribuição do risco e o

⁴⁴ Alves, 2022, pp. 20 e ss.; Terrinha, 2011, pp. 115-116; Gonçalves, 2016, pp. 589-590. Proibindo-se no art. 281.º do CCP a assunção pelo contraente público de direitos ou obrigações manifestamente desproporcionadas ou sem conexão direta ao fim do contrato.

⁴⁵ O princípio orientador de tal afetação parece ser o de que “no caso de o risco não ser controlável (ex. força maior) será assumido pela parte mais capacitada para o absorver” (Alves, 2013, p. 13).

⁴⁶ Alves, 2022, p. 13; Quinelato, 2021, p. 94.

⁴⁷ Almeida, 2015, pp. 680-681.

⁴⁸ Alves, 2017, pp. 2-3.

concessionário delineia um plano económico e financeiro relativo ao projeto de investimento que representa a concessão.

Assim, a decisão de contratar por parte do concessionário assenta num conjunto de pressupostos orientados por uma racionalidade à qual subjazem estudos e análises de índole económico-financeira que, contemplando a estrutura de assunção de riscos, visam estimar e projetar o desenvolvimento do negócio⁴⁹, emergindo aqui o conceito de *caso base* enquanto “documento que acolhe as projeções, as estimativas e os cenários de ocorrência provável quanto à evolução das variáveis que influenciam o desenvolvimento de um negócio, quer ao nível dos gastos (mão-de-obra; preços de produtos), quer ao nível dos rendimentos (preços dos utilizadores; outras fontes de rendimento)”⁵⁰.

Com a adjudicação⁵¹ o *caso base* integra-se na conformação contratual e passa a corresponder ao documento referencial do “ponto de equilíbrio financeiro”⁵². Ou seja, o modelo de projeções e estimativas que subjaz à proposta adjudicada⁵³ passa a consubstanciar o elemento no qual se enunciam os pressupostos e as condições assumidas pelas partes como *equilibradas* para o desenvolvimento do contrato, enquanto quadro económico-financeiro que permitirá a avaliação da concessão, designadamente no que respeita à evolução da sua rentabilidade.

Com efeito, identificando-se no caso base os pressupostos assumidos aquando da celebração do contrato, nele encontra-se apurada a rentabilidade estimada pelo concessionário e que constitui a motivação subjacente à decisão de investimento. Isto é, dado que o contraente apenas entrará na relação negocial se os fluxos financeiros estimados superarem o desembolso de fundos iniciais necessários, o interesse financeiro ancora-se na avaliação da rentabilidade do projeto⁵⁴, integrando o caso base as projeções de rentabilidade por recurso a indicadores como a TIR e o VAL.

O interesse em reconhecer uma medida de aferição da rentabilidade da concessão, resulta de se entender ser provável que, ao longo do prazo da concessão, haverá necessidade de incorporar o impacto de determinados eventos, não antecipados, que afetem as condições de execução do contrato. Os indicadores de rentabilidade corresponderão, pois, à métrica do

⁴⁹ Gonçalves, 2016, pp. 591-592. A decisão assenta na previsão sobre os rendimentos que a exploração da obra ou serviço público poderá gerar, ou seja, num conjunto de estimativas, designadamente sobre os investimentos a realizar, as quantidades a fornecer, consumos/procura, custos operacionais, taxa de inflação considerar e outras variáveis.

⁵⁰ Alves, 2017, p. 6.

⁵¹ Gonçalves, 2016, p. 592. Podendo existir situações em que o caso base integra o Caderno de Encargos, a regra é este incluir os dados existentes relativos à exploração, a partir dos quais o concorrente desenvolve o caso base que constitui componente da proposta.

⁵² Gonçalves, 2016, pp. 593-594. Por regra, os contratos de concessão contemplam uma cláusula em que as partes acordam que o caso base representa a equação financeira com base na qual será efetuada a reposição do equilíbrio financeiro da concessão.

⁵³ Assumindo-se que o procedimento adjudicatório não envolveu uma fase de negociações.

⁵⁴ Martins, 2017, pp. 229-222.

reequilíbrio, fixando-se uma taxa de rentabilidade associada ao projeto como critério de reequilíbrio de uma concessão.

Compreende-se, assim, a relevância do caso base enquanto definidor do acordo quanto ao “ponto de equilíbrio” e à métrica de apuramento da rentabilidade, permitindo a comparação entre o quadro estimado e a evolução efetiva da concessão e, consequentemente, a avaliação dos efeitos de eventos com capacidade de impactar a concessão em termos de a *desequilibrar*, e a determinação da medida da reposição do equilíbrio financeiro⁵⁵.

3. O direito ao (re)equilíbrio económico-financeiro na esfera do concedente

3.1. O princípio do (re)equilíbrio económico financeiro

A teoria da reposição do equilíbrio financeiro tem na sua origem a reflexão quanto às consequências, na esfera do cocontratante, do exercício dos poderes conformadores do contraente público⁵⁶. Assim, em contraponto ao reconhecimento à Administração de faculdades que interferem na modelação do conteúdo contratual, surge, para esta, a obrigação de restabelecer o equilíbrio financeiro à luz dos termos inicialmente previstos pelo contrato.

Paradigmaticamente, a reposição do equilíbrio económico financeiro representa um mecanismo de tutela do cocontratante perante eventos que são, direta ou indiretamente, imputáveis à Administração⁵⁷ e dos quais deriva um desequilíbrio contratual que, na *lógica do contrato*, reclama a adoção de medidas tendentes à reposição da *equação financeira* em que o contrato assenta. Subjaz, assim, a “ideia de que, num contrato administrativo, a colaboração do interesse privado na realização do interesse público é prestada livremente, sem sacrifício daquele, e, portanto, deve garantir-se, no decurso da relação contratual, a manutenção da realidade económico-financeira na qual se fundou a adesão das partes”⁵⁸.

Neste sentido, prevendo-se que há lugar ao direito à reposição do equilíbrio financeiro nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excecional, no próprio contrato (art. 282.º, n.º 1 do CCP), a lei reconhece tal direito ao contraente privado em decorrência do exercício do poder de modificação unilateral pelo contraente público (*ius variandi*) – art. 314.º, n.º 1 al. b) do CCP – e de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias “imputável a decisão do contraente público, adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante” (*fait du prince* imputável ao contraente público) – art. 314.º, n.º 1 al. a) do CCP.

⁵⁵ Gonçalves, 2016, p. 601; Martins, 2020, p. 579; Amorim, 2021, p. 549.

⁵⁶ Ac. do TCAN de 15.5.2014, proc. 00549/12.2BEAVR.

⁵⁷ Melo & Cordeiro, 2020, p. 140.

⁵⁸ Cadilha, 2016, p. 5.

Na primeira hipótese, consubstanciando o poder de modificação unilateral (art. 302.º, al. c) do CCP) uma exceção ao princípio *pacta sunt servanda*⁵⁹, habilitante da conformação da relação jurídica pelo contraente público, adaptando-a à melhor prossecução do interesse público, entende-se que a sujeição do cocontratante não pode ser de molde a impor-lhe sacrifícios que este não assumiu aquando da celebração do contrato⁶⁰. Pelo que, devendo manter-se a relação de ajustamento entre interesses privados e públicos, se o interesse público impõe que se procedam a alterações ao contrato das quais resultam maiores exigências para o contraente privado, daí resultará para este o restabelecimento do “equilíbrio que a Administração inicialmente aceitou respeitar e cuja subsistência foi colocada em risco pela sua intervenção unilateral e autoritária”⁶¹.

No segundo caso, estamos perante uma alteração das circunstâncias que se reconduz à adoção de medidas pelo contraente público que indiretamente se projetam na relação contratual⁶². A especificidade reside na circunstância de a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, que determina a quebra do equilíbrio contratual, resultar de medidas imputáveis ao contraente público que, não se consubstanciando no exercício dos poderes de conformação da relação contratual, têm um efeito idêntico ou semelhante a estes⁶³.

As situações em que, atualmente, se encontra expressamente positivado o direito à reposição do equilíbrio financeiro assentam nos pontos comuns da sua atribuição ao contraente privado e da imputabilidade do evento ao contraente público. Assim é com as disposições contidas nos arts. 314.º, n.º 1, als. a) e b) e 354.º do CCP (aplicável à concessão de obras públicas *ex vi* art. 426.º do CCP).

Refira-se que a responsabilidade pelo evento perturbador é o elemento que afasta o direito à reposição do equilíbrio financeiro nos “demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias” regulados no n.º 2 do art. 314.º do CCP e relativamente aos quais se reconhece o direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira segundo critérios de equidade. Assentando na *teoria da imprevisão*, entende-se que as circunstâncias anormais e imprevisíveis alheias às vontades das partes, mas que imponham dificuldades ao cocontratante não cobertas pelos riscos do contrato e em termos tais que “a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé”, demandam a colaboração da Administração na *partilha dos prejuízos*⁶⁴. Ou seja, porque o

⁵⁹ Freitas, 2007, p. 100.

⁶⁰ Amaral & Torgal, 2002, p. 171. “A “relação especial de poder” que se constata no seio do contrato administrativo não vai sem contrapartidas ao co-contratante, e esse reequilíbrio é essencial à própria existência prática do contrato e à colaboração indispensável que promove entre particulares e Administração com vista ao desenvolvimento de objectivos de interesse geral. É que, sem os “contrapesos” dos “poderes exorbitantes”, quem arriscaria contratar com a Administração, quem se prestaria a fazê-lo se não tivesse asseguradas as garantias básicas do seu investimento?” (Gomes, 2008, p. 567).

⁶¹ Sánchez, 2018, p. 993. Cadilha, 2016, p. 5

⁶² Almeida, 2010, p. 827; Sánchez, 2018, p. 1004.

⁶³ Sánchez, 2018, p. 993.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 999.

evento perturbador do equilíbrio contratual não se reconduz a uma conduta da Administração, não se legitima a recuperação do *status quo ante* no que respeita à equação financeira que subjaz ao contrato, mas apenas se exige que aquela *auxilie* o contraente privado na medida necessária a assegurar a continuidade da prestação⁶⁵.

Questionamos, pois, se a *imputabilidade* pelo evento perturbador constitui pressuposto do direito à reposição do equilíbrio financeiro.

Pelo nosso lado, a questão será analisada na perspetiva do direito do concedente à reposição do equilíbrio financeiro, posto que cumpre averiguar a *origem* dos eventos que o podem fundar. Sem prejuízo, há que dar aqui um passo atrás, retomando a *ratio* do instituto jurídico da reposição do equilíbrio financeiro para que se possa analisar o mesmo da perspetiva do seu beneficiário.

Como vimos, em termos históricos o direito ao reequilíbrio financeiro surge como resposta a situações de desequilíbrio contratual decorrentes do exercício do poder de modificação unilateral por parte do contraente público, encontrando fundamento no “direito de propriedade privada”, no “direito a uma justa indemnização pela ablação por ato público de uma posição jurídica privada”, “na prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legítimos dos particulares” e na “igualdade na repartição dos encargos públicos”⁶⁶, que impõem à Administração o dever de “manter um certo equilíbrio entre o que pede ao co-contratante, e o que lhe paga”⁶⁷.

O elemento histórico, contudo, não afasta a *ratio* do mecanismo legal e que, como se deu conta no Ac. do TCAN de 15.5.2014, proferido no proc. 00549/12.2BEAVR, “tem que ver sobretudo com todas as variações no equilíbrio financeiro de que contrato pode padecer ao longo da sua existência, as quais devem ser debeladas, de molde a saná-las”. Funda-se, em primeira linha, em princípios de equivalência honesta⁶⁸, “interdependência dos interesses empenhados num contrato”⁶⁹, justiça comutativa, igualdade, boa-fé e na força vinculativa do contrato “na ótica da estabilidade do equilíbrio contratual inicial”⁷⁰, de aplicação indiferenciada⁷¹ às partes da relação contratual.

Não obstante, a sua recondução histórica a um direito do cocontratante da Administração, o carácter comutativo dos contratos e o princípio da justiça contratual suportam esse mesmo direito ao reequilíbrio económico financeiro (também) na esfera do contraente público, por se reconhecer “que existem outros eventos em que é o cocontratante que exerce

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 1001.

⁶⁶ Amaral & Torgal, 2002, p. 172; Amorim, 2021, p. 532.

⁶⁷ Machado *apud* Amorim, 2019, p. 1092.

⁶⁸ L. Blum na Decisão do Conseil d'État de 11.3.1910, n.º 16178.

⁶⁹ Caetano, 2005, p. 621.

⁷⁰ Amorim, 2021, p. 532.

⁷¹ Dado que os sacrifícios e encargos não previstos no contrato podem ser impostos a qualquer uma das partes, inexistente fundamento para excluir que, quando se trate do concedente, “lhe sejam concedidas as contrapartidas que, hipoteticamente, teria exigido no momento da celebração se tivesse assumido desde logo os referidos sacrifícios e encargos” (Oliveira *apud* Amorim, 2019, p. 1095).

uma posição de superioridade sobre a Administração, por gozar de uma posição dominante no mercado”⁷².

Assistirá, pois, ao contraente público o direito à reposição do equilíbrio financeiro quando a equação financeira em que as partes assentaram a decisão de contratar se revele desequilibrada em seu *desfavor*. As dificuldades residirão na *operatividade* desse direito, ou seja, na determinação dos requisitos de cujo preenchimento depende a sua invocação pelo contraente público e os correspondentes efeitos.

3.2. A *operatividade* do reequilíbrio financeiro a favor do concedente

Como dissemos, os princípios da igualdade e da justiça contratual reclamam que também ao concedente se atribua o direito à reposição do equilíbrio financeiro. Todavia, pese embora tal direito se encontre na *ratio* subjacente ao princípio do equilíbrio económico financeiro, o legislador não procedeu à determinação legal das hipóteses em que o contraente público o poderá exercer.

Com efeito, dado que nos termos do n.º 1 do art. 282.º do CCP a reposição do equilíbrio financeiro ocorre “nos casos expressamente previstos na lei ou, a título excecional, no contrato”, lido o n.º 1 dos arts. 314.º e 354.º do CCP verifica-se que se reportam ao direito do cocontratante, deixando sem expressa previsão legal e aparentemente dependente de consagração contratual⁷³ a possibilidade de o contraente público exercer aquele direito.

Cumpra, pois, determinar se, na ausência de previsão contratual, se reconhece ao concedente tal direito.

Se é certo que não encontramos previsões legais em que expressamente se referencie o direito à reposição do equilíbrio financeiro a favor do contraente público, outras há em que se consagram mecanismos que dele se aproximam ou que com ele comungam a mesma racionalidade em termos aptos a conferir ao reequilíbrio financeiro um sentido amplo.

A este respeito cumpre, primeiramente, considerar a revisão (ordinária) de preços (art. 382.º do CCP aplicável às concessões de obras públicas por remissão do art. 426.º do CCP) que, tendo começado “por ser a forma mais comum para, ao abrigo da teoria da imprevisão, compensar o cocontratante por alterações anormais e imprevisíveis das condições em que fundou a sua decisão de contratar”⁷⁴, o que justifica que (também) se assumam enquanto modalidade de reposição do equilíbrio financeiro (art. 282.º, n.º 3 do CCP), dela se distingue por visar variações de custos *previsíveis*. Ou seja, “não é motivada por circunstâncias

⁷² Rodriguez, 2011, p. 71.

⁷³ Genericamente, assiste-se também à ausência de previsão contratual de circunstâncias que conduzam ao direito do contraente público a ver repostos o equilíbrio contratual, consagrando-se apenas cláusulas de partilha de receitas ou de economias de capital que permitem atribuir ao concedente benefícios que resultem de ganhos resultantes da exploração da concessão ou de atividades na órbita desta.

⁷⁴ Sousa, 2022, p. 29.

anormais, excepcionais ou extraordinárias, mas é uma decorrência normal e necessária do efeito, na execução contratual, da evolução do mercado da construção ao longo do tempo”⁷⁵.

Sem prejuízo, mostra-se inegável a sua valia enquanto mecanismo de preservação do equilíbrio contratual, beneficiando o contraente público nas hipóteses de variação para menos dos custos associados à mão de obra, materiais e equipamentos de apoio (art. 1.º, n.º 1 do DL n. 6/2004, de 6.1). Compreendendo-se a *intenção* de quem defende o recurso à reposição do equilíbrio financeiro do contrato apenas “se e na medida em que esse equilíbrio não seja alcançado através do regime ordinário de revisão dos preços”, certo é que, embora visem o mesmo objetivo de preservação do equilíbrio contratual, a prévia asserção quanto à *normalidade* e *previsibilidade* evidencia distintos *pressupostos* de aplicação dos institutos da reposição do equilíbrio financeiro e da revisão ordinária de preços.

Reportamo-nos, também, à partilha de benefícios, aplicável às parcerias público-privadas de natureza contratual que se reconduzam a contratos de concessão, que vem consagrada desde o DL n.º 86/2003, de 26.4, após a alteração do DL n.º 141/2006, de 27.7, tendo surgido neste diploma no mesmo normativo – art. 14.º-A - que a reposição do equilíbrio financeiro, sob a epígrafe comum de “equilíbrio financeiro e novas atividades”, partilhando a sua concretização pelas mesmas modalidades (n.º 5). Refira-se que no DL n.º 111/2012, de 23.5, mantém-se a *agregação* no mesmo normativo – art. 21.º – da partilha de benefícios com a reposição do equilíbrio financeiro, ora para o efeito de regular os termos em que a negociação é feita.

Essa partilha de benefícios mostra-se expressamente prevista no art. 341.º do CCP mantendo a sua aplicação aos “contratos que configurem uma parceria público-privada”⁷⁶, mas limitando-a às situações de ocorrência de “um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros para o cocontratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades por si criadas”⁷⁷ e prevendo a partilha equitativa desses benefícios entre as partes⁷⁸.

Não queremos dizer que o instituto da partilha de benefícios se reconduza *in totum* à reposição do equilíbrio financeiro, pois que o seu objetivo é o de incentivar o contraente privado à otimização da gestão e impedir a concretização de *benefícios-sombra*. Na realidade, “[a] partilha de benefícios traduz-se em atribuir ao contraente público o direito a dividir com o cocontratante os eventuais benefícios que, para este, decorram do desenvolvimento da

⁷⁵ Campos & Brandão, 2020, p. 100.

⁷⁶ O Projeto do CCP previa a sua aplicação aos contratos de execução duradoura.

⁷⁷ Reputa-se redundante a referência à imprevisibilidade do acréscimo de benefícios e à previsão de que os mesmos não derivem da eficiência da gestão e oportunidades criadas pelo cocontratante, dado que essa eficiência da gestão e oportunidades criadas se inserem dentro do risco naturalmente assumido entre as partes e, assim sendo, não têm por si o caráter imprevisível que permitiria a *distribuição* dos benefícios.

⁷⁸ O DL n.º 111/2012 de 23/05, reconduzindo a partilha de benefícios às situações reguladas no contrato, admite a sua integral atribuição ao parceiro público.

atividade contratada ou até da contratação periférica (v.g. melhorias nos contratos de financiamento)”⁷⁹.

Contudo, não deixa de estar subjacente a ideia de justiça contratual, igualdade e boa-fé que, perante um acréscimo anormal e imprevisível de rentabilidade da atividade que não decorra da eficiência da gestão e das oportunidades criadas pelo próprio cocontratante, demanda uma repartição dos proveitos entre as partes, à luz de critérios de equidade.

Este instituto permite-nos extrair algumas considerações.

A primeira é a de que não há reposição do equilíbrio financeiro a favor do concedente onde opere a partilha de benefícios. Assim, no âmbito das parcerias público-privadas, o mero acréscimo dos benefícios financeiros para o cocontratante não faz emergir qualquer direito do contraente público à reposição do equilíbrio financeiro e esse acréscimo, sendo anormal e imprevisível, (só) gera o direito à partilha de benefícios.

Existem concessões que, não consubstanciando uma parceria público-privada, não *beneficiam* da aplicação do art. 341.º do CCP, sendo que, relativamente a estas, salvo previsão especial ou consagração contratual, a sua exclusão face ao que resultava do *Projeto de CCP*, poderá indicar a aplicação do regime da reposição do equilíbrio financeiro.

Com efeito, por inferência do elemento histórico da interpretação será de afastar que, por interpretação extensiva ou aplicação analógica, a partilha de benefícios se aplique aos outros contratos de execução duradoura. Contudo, ainda que o regime da partilha de benefícios se distancie, quanto aos objetivos que o orientam, do princípio do equilíbrio económico financeiro, dele comunga a racionalidade de eliminar desequilíbrios, no que respeita a benefícios financeiros não considerados contratualmente no caso base, por via da partilha de acréscimos de rendibilidade do parceiro privado sem qualquer contrapartida para o contraente público. Assim sendo, para o efeito da sua extensão a outros contratos, “poder-se-ia consumir como uma dimensão mais do regime previsto para a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, estabelecido no artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos”⁸⁰.

Mas a possibilidade de aplicação a esses outros contratos, em que se exclui a partilha de benefícios, do mecanismo da reposição do equilíbrio financeiro quando se verifique um acréscimo de benefícios exige que este, por um lado, não esteja enquadrado nos limites do equilíbrio contratual e nesse sentido ser inerente aos riscos assumidos pelas partes e, por outro, que na correspondência com os encargos assumidos pela contraparte os benefícios surjam *desajustados*.

É que a tónica da reposição do equilíbrio financeiro (em sentido estrito) – e esta corresponde à nossa segunda consideração – centra-se no acréscimo de encargos desta feita a cargo do concedente, que não estejam abrangidos pelo risco por este assumido, e ainda que

⁷⁹ Gonçalves, 2007, p. 45.

⁸⁰ Rocha & Silva, 2017, p. 4.

com correspondência a um decréscimo de rentabilidade da concessão ou a um acréscimo desta a favor do concessionário. Com efeito, há que reconhecer que não existe uma garantia de rentabilidade a favor do concessionário⁸¹, pelo que ainda que o reequilíbrio não seja realizado a *expensas* do concessionário, o que está em causa é a imposição ao concedente de sacrifícios e encargos não previstos no contrato, o que implica que lhe sejam concedidas as contrapartidas necessárias a equilibrar a equação financeira.

A terceira consideração reconduz-se à questão da *imputabilidade* do evento que confere o direito à reposição do equilíbrio financeiro. Esse evento, encontrando-se fora da esfera de risco do concedente, não poderá ser reconduzível a uma atuação sua.

Com efeito, ainda que se pondere que as hipóteses reguladas nas als. a) e b) do n.º 1 do art. 314.º do CCP possam, em abstrato, conduzir a efeitos favoráveis ao contraente privado e, nesse sentido, porque não alteram os pressupostos nos quais determinou o valor das prestações a que se obrigou, não lhe conferem o direito ao restabelecimento da equação financeira, daí não emerge que, em sentido oposto, tal direito possa ser reclamado pelo concedente. Em qualquer caso, o *ius variandi* e o *factum principis* (atribuível ao contraente público) não deixam de ser riscos próprios do concedente e, sendo-o, situam-se ainda nos limites em que se desenvolve a álea contratual.

Acresce que o pressuposto do direito à reposição do equilíbrio financeiro é o de que o evento que gera o desequilíbrio não resulte de um facto imputável à parte que o reclama, elemento que, em última instância, emerge do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁸². Sem prejuízo, independentemente da *censurabilidade*, do que se trata é de o facto que motiva a reposição do equilíbrio financeiro não ser atribuível *in casu* ao concedente.

Não se nega que, numa primeira leitura, ao art. 54.º do DL n.º 194/2009, de 20.8, parece não relevar a causa do evento gerador do direito à revisão do contrato. Contudo, este não pode deixar de considerar as razões pelas quais, nos termos do n.º 1, se perspetiva “uma taxa interna de rentabilidade para o investimento accionista relativa a todo o período da concessão superior ao dobro daquela que consta do caso base do modelo financeiro vertido no contrato de concessão inicial”, para o efeito de aferir se estamos (ainda) na álea normal do contrato e a sua imputabilidade.

Na verdade, o mecanismo em questão reconduz-se a uma situação em que o acréscimo de rentabilidade da concessão determina a necessidade de a *reequilibrar*, aqui no sentido de lhe introduzir um novo ponto de equilíbrio. De tal forma que, numa aceção ampla, este mecanismo de revisão contratual configura uma forma de reposição do equilíbrio contratual a favor do concedente e, sendo assim, a sua aplicação terá de considerar a *ratio* subjacente àquela.

⁸¹ Almeida, 2015, p. 688.

⁸² Rodriguez, 2011, p. 73.

A incursão por estes institutos da revisão (ordinária) de preços, partilha de benefícios e revisão contratual permite considerar que *afinal* existem previsões legais que reconhecem ao concedente o direito à reposição do equilíbrio financeiro (num sentido amplo).

Mas, não podendo ser imputável ao concedente, a causa do desequilíbrio contratual em desfavor deste tem (ainda) que ser reconduzível ao concessionário⁸³.

Assim o reclama o paralelismo com o direito do cocontratante à reposição do equilíbrio económico-financeiro em cuja génese se encontram condutas imputáveis ao contraente público e assentando nessa imputabilidade as hipóteses em que legalmente se encontra previsto tal direito, concretamente nos arts. 314.º, n.º 1 e 354.º do CCP. Aliás, em face do n.º 1 do art. 282.º do CCP, a ausência de regulação legal afasta que, salvo expressa previsão contratual⁸⁴, de um evento de força maior, a que não subjaz a imputabilidade a uma das partes, desponte o direito ao reequilíbrio.

Excluindo o exercício do *ius variandi* que assenta num *direito exclusivo* do contraente público, há que ponderar se uma interpretação extensiva do disposto nos arts. 314.º, n.º 1, al. a) e 354.º do CCP permite albergar normativamente o direito do contraente público à reposição do equilíbrio financeiro (na sua aceção restrita).

A referência no n.º 2 do art. 314.º do CCP aos “demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”, surgindo na sistemática do dispositivo por contraposição às hipóteses imputáveis a decisão do contraente público reguladas na al. a) do n.º 1, tem na sua *ratio* abranger a quebra dos pressupostos em que assenta o equilíbrio financeiro do contrato, que nesse sentido configuram a base negocial, resultante de factos imprevisíveis no momento de celebração do contrato e desta feita alheios à vontade das partes⁸⁵. Assim é porque ao instituto da alteração das circunstâncias, sendo de génese privatística, subjazem relações intrinsecamente paritárias em que *à partida* não se reconhecem atuações das partes que, não respeitando diretamente ao contrato, possam repercutir-se sobre a base negocial, e em que as atuações das partes que se refletem sobre o contrato são enquadradas no âmbito da responsabilidade contratual.

A especificidade do instituto no âmbito dos contratos administrativos reside na asseveração de que a alteração das circunstâncias pode ser imputável a uma das partes, concretamente ao contraente público, fruto do poder de produzir alterações, designadamente por ato legislativo ou regulamentar, que afete de forma específica o equilíbrio do contrato,

⁸³ Não relevando para este efeito considerações a respeito da culpa, do que se trata é de estabelecer um nexo causal entre o concessionário e a circunstância que desequilibra a relação contratual.

⁸⁴ Contratualmente as partes podem alocar ao concedente os riscos do caso de força maior ou de outros factos não imputáveis ao concessionário e convencionar o direito deste à reposição do equilíbrio (Melo, 2012, p. 38; Freitas & Menezes, 2023, pp. 1412-1413). Contudo, reiteramos o que deixamos escrito na nota 38 quanto ao carácter imperativo do art. 314.º, n.º 2 do CCP.

⁸⁵ Assente na *teoria da imprevisão* representam eventos que, embora o possam fazer em moldes quantitativamente distintos, afetam ambas as partes, mas que, por não serem imputáveis ao contraente público, apenas reclamam que este, como forma de assegurar a continuidade da prestação, auxilie o cocontratante no “estritamente necessário para “segundo juízos de equidade” – amenizar essas dificuldades” (Sánchez, 2018, pp. 1001-1002).

embora não o tenha por objeto. Mas idêntica característica não se deteta na atuação do contraente privado, a quem tendencialmente não se reconhece a capacidade de atuar sobre o ambiente circunstancial em que o contrato foi celebrado, em termos de lhe determinar uma modificação inesperada e anormal.

Assumindo-se a marginalidade com que tal possa ocorrer, todavia não será de excluir que atuações do contraente privado, que só indiretamente se projetam no contrato, possam originar uma alteração anormal e imprevisível à base negocial, que determine uma afetação grave aos princípios da boa-fé e não esteja abrangida pelos riscos próprios do contrato. Considerem-se situações de monopólio ou de limitada concorrência e em que inexistam mecanismos de regulação económica, que permitam ao concessionário *interferir* nas condições de mercado em moldes que se assemelham a atuações da Administração.

Em tais hipóteses, embora excecionais e de difícil demonstração, em que a perturbação da equivalência das prestações advém de atuações imputáveis ao concessionário, mas que, sendo alheias ao contrato, não se subsumem à responsabilidade contratual, os princípios de justiça comutativa e igualdade que estão na *ratio* da al. a) do n.º 1 do art. 314.º do CCP reclamam o direito do concedente à reposição do equilíbrio financeiro.

No domínio das concessões de obras públicas (*ex vi* art. 426.º do CCP), o art. 354.º do CCP⁸⁶ preceitua o direito do cocontratante à reposição do equilíbrio financeiro emergente de circunstância imputável ao dono de obra que provoque maior dificuldade na execução da obra e de que resulte um agravamento dos encargos do empreiteiro. O regime aí consagrado mostra-se vocacionado para a fase de execução da obra, e não já da sua exploração, o que significa que no domínio das concessões o seu âmbito é limitado.

À referida previsão subjaz a consideração de que no decurso da execução da obra pública se deparam vicissitudes⁸⁷ que dificultam a execução prevista e que impactam diretamente nos seus elementos, incluindo o prazo de execução ou outros (vg. projeto, local da obra, condições do solo, etc.), e que, motivadas seja pelo seu prolongamento no tempo, seja pela conjugação com alterações aos recursos convocados para a sua execução (vg. mão de obra, equipamentos, materiais) determinam uma situação de desequilíbrio contratual das prestações, concretamente um agravamento dos encargos que o cocontratante considerou ao determinar o valor das prestações a que se obrigou. Pelo que, na lógica da justiça contratual, quando tais variações resultem de comportamentos imputáveis ao contraente público – lícitas ou ilícitas⁸⁸ - deverá ser este a suportar as consequências das mesmas.

⁸⁶ Afastando-nos aqui de Martins, 2010, pp. 356 e ss., entendemos que o art. 354.º do CCP, não podendo deixar de ser lido em conjugação com o art. 282.º do CCP, configura, ao lado das als. a) e b) do art. 314.º, n.º 1 do CCP, mais um caso especialmente previsto na lei em que há lugar à reposição do equilíbrio financeiro do contrato novamente a favor do contraente privado.

⁸⁷ Por regra estão em causa situações de retardamento nas consignações, modificações ao plano de trabalhos, suspensão na execução de trabalhos, mas (também) deficiências ou insuficiências nos projetos, decorrentes da falta de estudos geotécnicos ou arqueológicos ou que exijam a execução de trabalhos complementares.

⁸⁸ Melo & Cordeiro, 2020, p. 143.

Em sentido inverso encontram-se situações que, sendo imputáveis ao cocontratante, podem conduzir a um agravamento dos encargos suportados pelo contraente público. Exemplificativamente, o atraso na execução dos trabalhos que resulte de condutas do empreiteiro acarreta custos acrescidos com a fiscalização da obra (que, no caso das empreitadas, tipicamente se encontra a cargo do dono de obra) ou, podendo determinar a dilação na abertura da obra pública (vg. escola ou habitações sociais), implicando a manutenção de contentores ou habitações provisórias. Sucede que tais hipóteses, quando resultem de condutas ilícitas são reguladas pelo instituto da responsabilidade contratual e, quando lícitas, terão tipicamente na sua origem eventos que afastam direitos indemnizatórios do contraente público, designadamente porque enquadráveis na força maior ou regulados pelo art. 314.º do CCP.

Cremos, pois, que o art. 354.º do CCP tem um campo de aplicação – o das empreitadas – cujas especificidades demandam uma regulação própria em que, admitindo o legislador um verdadeiro reequilíbrio económico-financeiro do contrato, como contrapartida “estabeleceu um mecanismo particularmente exigente para que uma reclamação de reequilíbrio possa ser considerada pela entidade pública, impondo um conjunto de ónus ao empreiteiro que pretenda ver o seu contrato reequilibrado económica e financeiramente”⁸⁹. De tal forma que a *ratio* que lhe está subjacente, não encontra, sequer por interpretação extensiva, potencial para fundar um direito à reposição do equilíbrio financeiro a favor do concedente.

Chegados a este ponto cumpre referenciar que os princípios que subjazem ao direito à reposição do equilíbrio financeiro, e os dispositivos legais que o consagram, permitem atribuir-lhe uma duplicidade de aceções, ampla e restrita.

Em sentido amplo, a sua consagração legal encontra reflexo em mecanismos de partilha de benefícios ou de revisão contratual que demandam reajustamentos às prestações das partes, seja por via da repartição de receitas ou de poupanças de despesas de capital, seja da revisão da base negocial e que assentam, essencialmente, na verificação de acréscimos não previstos de rentabilidade da concessão. Também se incluindo nesta aceção a garantia de revisão (ordinária) de preços, enquanto figura afim que possibilita a manutenção do equilíbrio contratual perante situações *normais* e *previsíveis* de variação de custos de mercado.

Em sentido restrito, aquele que advém da sua génese enquanto direito assegurado ao cocontratante por força de intervenções no contraente público na dinâmica contratual que imponham, ao primeiro, sacrifícios por este não assumidos, a atribuição de tal direito ao contraente público encontra-se, *de iure constituto*, limitado a hipóteses que resultam de uma interpretação extensiva da al. a) do n.º 1 do art. 314.º do CCP.

Verificada tal situação, os pressupostos para fazer operar o direito na esfera do concedente, serão, por aplicação analógica, os que resultam do n.º 2 do art. 282.º do CCP.

⁸⁹ Campos & Brandão, 2020, p. 99.

Com efeito, alcançada a certeza quanto à existência na esfera do contraente público do direito à reposição do equilíbrio financeiro, a inexistência de previsão normativa configura uma lacuna em sentido próprio. Pelo que, assumindo-se os pressupostos enunciados no n.º 2 do art. 282.º do CCP como verdadeiros requisitos gerais que derivam dos princípios que subjazem ao direito, justifica-se a aplicação analógica – ainda que com as necessárias adaptações - do normativo à hipótese de reequilíbrio financeiro a favor do concedente. Tal aplicação significa que esse direito existe quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o contraente público definiu os encargos que assumiu, desde que o contraente privado conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.

Concretamente, o direito do contraente público à reposição do equilíbrio financeiro encontra-se dependente da verificação de um desequilíbrio da equação financeira subjacente ao contrato que reflita um agravamento dos encargos a cargo do concedente em termos que correspondem à alteração dos pressupostos a que este se obrigou, pressupostos que o contraente privado conhecia ou não devia ignorar, e que, considerando a repartição de riscos entre as partes, não se encontre ou exceda a álea dos riscos assumidos pelo primeiro, com origem num comportamento imputável ao concessionário e que, à luz de princípios de justiça comutativa, boa-fé e igualdade contratual, reclame a necessidade de efetivar a reposição do equilíbrio financeiro.

4. A efetivação da reposição do equilíbrio financeiro a favor do concedente

4.1. A medida do dever de reposição do equilíbrio financeiro

Delimitada a *operatividade* do direito do concedente, questiona-se a extensão do dever do cocontratante repor o equilíbrio financeiro. A esta problemática associa-se a averiguação da admissibilidade de equilibrar uma equação financeira que já era deficitária em desfavor da posição do contraente público⁹⁰.

Reportando-se ao direito do contraente privado a matéria é abordada através do binómio dever de indemnização ou efetiva restauração da equação económico-financeira. Assim, em termos doutrinários, há quem acentue o carácter indemnizatório do dever de reposição do equilíbrio financeiro⁹¹, ao passo que outros propendem para a reposição da fórmula de equilíbrio⁹². Genericamente, a diferença situa-se na aceitação de que a parte deve ser ressarcida

⁹⁰ No preâmbulo do DL n.º 141/2006, de 27.7 reconheceu-se a existência de relações contratuais desequilibradas, designadamente por deficientes quadros de distribuição do risco ou modelos remuneratórios.

⁹¹ Martins, 2010, p. 70; Terneyre, 1989, pp. 163 e ss.

⁹² Amorim, 2021, p. 534.

de todos os encargos (danos emergentes e lucros cessantes) que são impostos pelo evento ou, apenas, pela proporção do desvio relativamente à base inicialmente acordada.

A conjugação dos n.ºs 5 e 6 do art. 282.º do CCP “aponta para a restauração do equilíbrio inicial e não para uma solução indemnizatória”⁹³.

Efetivamente, dos elementos interpretativos de carácter literal e teleológico dimana que não se pretende a indemnização integral abrangendo a cobertura dos danos emergentes e lucros cessantes. Note-se que a tal não obstam as referências no art. 354.º do CCP ao “agravamento dos encargos” (n.º 1) ou aos “danos correspondentes” (n.º 2), pois que estes não se reportam à medida da reposição, mas tão só ao próprio pressuposto da reposição do equilíbrio financeiro⁹⁴.

Na realidade, o n.º 6 do art. 282.º do CCP impõe que a medida da reposição recupere a proporção entre benefícios e sacrifícios que as partes acordaram⁹⁵, assentando, pois, numa configuração não indemnizatória. Isto tem como significado que o cálculo da reposição depende da realização de um conjunto de operações destinadas a averiguar o desvio que deve ser coberto pelo dever de reposição do equilíbrio financeiro e cujo ponto de partida é o *caso base*, enquanto representação da equação financeira subjacente ao contrato e que integra o modelo de distribuição de riscos aceite pelas partes.

Mas esse cálculo parte também de um (outro) pressuposto, o de que “o dever de reposição do equilíbrio não pode ter por objeto assegurar o equilíbrio financeiro que existiria se a concessão estivesse equilibrada desde o início, mas apenas restabelecer o grau de desequilíbrio que existia no momento em que aquela conduta foi adotada e que teria subsistido, sem alterações, se essa conduta tivesse sido adotada”⁹⁶.

De facto, emergindo do princípio da proibição de enriquecimento e do pressuposto subjacente ao art. 562.º do CC⁹⁷, não resultando do n.º 6 do art. 282.º do CCP qualquer restrição quanto à sua aplicação a uma das partes, não se reconhece que a reposição do equilíbrio financeiro possa ter como função corrigir iniquidades que já estavam subjacentes ao próprio *equilíbrio* (ainda que desequilibrado) assumido e aceite pelos contraentes⁹⁸. A resolução de tais desequilíbrios não integra, pois, o âmbito do direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro.

Assim, como aponta a doutrina⁹⁹, sabido que o modelo financeiro assenta em elementos previsionais ou estimados, não é objeto de cobertura pelo dever de reposição do equilíbrio financeiro a medida do desvio entre o modelo previsional e os resultados efetivos da exploração

⁹³ Amorim, 2021, p. 541.

⁹⁴ Amorim, 2019, p. 1100.

⁹⁵ Sánchez, 2018, p. 993.

⁹⁶ Almeida, 2015, p. 689.

⁹⁷ Martins, 2020, pp. 723 e ss.

⁹⁸ Ponto é que esse *equilíbrio*, ainda que desequilibrado, corresponda ao efetivo *equilíbrio contratual* pretendido e assumido pelas partes.

⁹⁹ Almeida, 2015, pp. 687 e ss.; Amorim, 2019, pp. 1100 e ss.; Martins, 2020, pp. 723 e ss.

recolhidos no momento anterior ao do evento que gera o direito à reposição. A razão é simples, tal desvio encontra-se (ainda) nos limites dos riscos assumidos pelas partes.

Na realidade, a medida da reposição será “a diferença refletida na equação económico-financeira inicial e a “nova” equação económico financeira”¹⁰⁰, ou seja, a diferença apurada entre a equação financeira inicial *corrigida* pelos indicadores efetivamente verificados e a nova equação financeira estimada em razão do evento disruptivo¹⁰¹.

Sem prejuízo, evidencia-se que o n.º 5 do art. 282.º do CCP deixa, em primeira linha, à autonomia contratual a determinação do valor da reposição¹⁰².

Neste sentido, tipicamente as cláusulas contratuais preveem os limites a partir dos quais as partes entendem que a concessionária tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, designadamente por referência a percentagens de redução da TIR acionista ou do rácio de cobertura do serviço de dívida, aumento dos custos operacionais e/ou perda de receitas, ou realização de investimentos, estipulando modelos negociais para apuramento do seu valor. Mas além disso, acentuando a relevância do caso base, tipicamente concretiza-se que o objetivo do reequilíbrio corresponde a repor a situação económica e financeira do concessionário na situação em que se encontrava à data imediatamente anterior àquela em que se iniciou o evento do reequilíbrio.

Este dado confirma que o que está em causa não é “garantir, em qualquer circunstância, os valores constantes do caso base”¹⁰³, mas tão só restabelecer o equilíbrio que existia no momento em que ocorre o evento determinante do desequilíbrio.

No caso da reposição do equilíbrio financeiro enquanto direito do concedente nenhuma razão existe para se *fugir* deste modelo, que consubstancia o que melhor se coaduna com as diretivas que emergem do art. 282.º, n.ºs 5 e 6 do CCP e que, como dissemos, têm aplicação indiferenciada a ambas as partes.

A dissemelhança residirá na circunstância de a diferença apurada ser tendencialmente positiva face à equação financeira inicial. Isto é, ao passo que a reposição do equilíbrio financeiro do cocontratante resulta de um desvio para menos face às projeções de rentabilidade, na hipótese que nos ocupa, caracteristicamente, do que se tratará é de um impacto que redundará num acréscimo dessa rentabilidade do concessionário face a um nível de encargos do contraente público que se mantém idêntico ou supera o que resulta da equação financeira inicial.

¹⁰⁰ Martins, 2020, p. 723.

¹⁰¹ Almeida, 2015, pp. 687 e ss.

¹⁰² A propósito da extensão da aplicação do n.º 5 do art. 282.º do CCP aos contratos de financiamento *unidos* à relação concessória vd. Ayala, 2011, p. 84.

¹⁰³ Almeida, 2015, p. 691.

4.2. As modalidades de reposição do equilíbrio financeiro

O n.º 3 do art. 282.º do CCP, remetendo para a liberdade de estipulação das partes, não deixa de supletivamente referenciar três formas pelas quais pode ser retomado o ponto de equilíbrio, a saber, a prorrogação do prazo de execução das prestações ou da vigência do contrato, a revisão de preços ou a compensação direta pelo decréscimo de receitas ou agravamento dos encargos.

Se, genericamente, a norma não limita a sua aplicabilidade à reposição do equilíbrio financeiro a favor do concessionário, o que permite a sua convocação para os necessários efeitos, constata-se que a possibilidade de assunção do dever de prestar à contraparte reporta-se ao contraente público. Adiante-se, todavia, que a interpretação extensiva permite ampliar o seu alcance, assumindo-se a compensação direta pelo contraente privado ao contraente público como forma de repor o equilíbrio.

Assim, na falta de estipulação contratual, não se excluem como modalidades de reposição de equilíbrio financeiro, ainda que em favor do concedente, aquelas a que se refere a norma, nem tão pouco outras que possam ser acordadas.

No que respeita à redução do prazo da concessão, o termo desta não poderá ocorrer antes de amortizado e remunerado o capital investido pelo concessionário (art. 410.º, n.º 1 do CCP). Mas cumprido esse pressuposto, deverá ser ponderado se a necessidade de proteção da confiança da contraparte, no caso concreto, reclama um período mínimo de duração da concessão, designadamente equivalente ao previsto no art. 422.º, n.º 1 do CCP para o resgate.

Não sendo de negar, como forma de repor o equilíbrio financeiro a favor do concedente, a prorrogação do prazo da concessão¹⁰⁴, na hipótese de se mostrar amortizado e remunerado o capital investido pelo concessionário, essa prorrogação não terá como fundamento a “necessidade de assegurar a amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário” (art. 410.º, n.º 3 do CCP).

Contudo, essa circunstância não constituirá óbice à possibilidade de adoção de tal modalidade, dado que a modelação do direito à reposição do equilíbrio à esfera do concedente contempla, na aplicação por interpretação extensiva dos normativos que regulam o primeiro, as necessárias adaptações. Assim, a prorrogação passa agora a ter como fundamento a necessidade de eliminar o acréscimo de encargos do contraente público, sem que, com tal, se firam os objetivos visados pela norma que regula a prorrogação do prazo.

¹⁰⁴ Sendo esta modalidade tipicamente *vocacionada* para a reposição do equilíbrio financeiro a favor do concessionário, é no seu âmbito que mais se suscita a questão da possibilidade de prorrogação do prazo da concessão para além dos limites máximos legalmente previstos (vg. o art. 34.º do DL n.º 194/2009, de 20.8 prevê para as concessões de abastecimento público de água, saneamento e resíduos, prazos máximos de 30 ou 15 anos consoante haja ou não investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário). Não desconhecendo a posição de Torgal (2011, pp. 219 e ss.), a esse respeito acompanhamos Amorim (2013, pp. 19 e ss.) quando conclui que “uma vez atingido esse limite temporal máximo ou absoluto, não será mais possível, a nosso ver, qualquer prorrogação fundada, directa ou indirectamente, no interesse público”.

Acrescente-se que, tal como supra indicamos, podendo a reposição do equilíbrio efetivar-se pela revisão de preços, esta modalidade não se confunde com a figura da revisão (ordinária) de preços vocacionada para a adaptação do contrato à normal e tendencial evolução do mercado.

Sendo “imagináveis várias outras modalidades que as partes poderão estipular” (Amorim, 2021, p. 548), designadamente alterações ao plano de investimentos, à área da concessão¹⁰⁵ ou extensão desta a atividades no seu perímetro, verifica-se que, em termos contratuais, são adotadas as modalidades típicas de reposição do equilíbrio, prevendo-se a combinação entre estas ou com outras modalidades (modelos híbridos). A escolha da modalidade é, por regra, o resultado do processo negocial desenvolvido entre as partes que abrange não só a determinação da medida da reposição, como a sua forma.

4.3. A forma de exercício do direito à reposição do equilíbrio financeiro

Sem prejuízo de a efetivação do dever de reposição do equilíbrio económico-financeiro acarretar uma modificação do contrato que abrange a alteração aos moldes em que foi (inicialmente) previsto o equilíbrio contratual¹⁰⁶, designadamente, consoante a modalidade adotada, ao seu prazo, preço e, genericamente, conteúdo das prestações, diferencia-se a circunstância que põe em causa o equilíbrio financeiro do contrato, e que poderá ser o exercício do poder de modificação unilateral a que se reporta a al. c) do art. 302.º do CCP, da sua consequência, qual seja o direito à reposição do equilíbrio financeiro em conformidade com o art. 314.º, n.º 1, al. b) do CCP.

Efetivamente, o poder de modificação unilateral “visa directa e tipicamente produzir uma alteração contratual de molde a adaptar determinado contrato à mutação ou superveniência do interesse público a ele associado”¹⁰⁷ e, consequentemente, corresponde à previsão cuja verificação em concreto desencadeia o direito à reposição do equilíbrio financeiro enquanto efeito ou a consequência jurídica estabelecida na estatuição da norma. São os atos mediante os quais o contraente público exerce este poder de modificação unilateral que a lei, atualmente de forma expressa, qualifica como atos administrativos contratuais [art. 307.º, n.º 2, al. b) do CCP].

¹⁰⁵ Com interesse, embora analisado na perspetiva de uma modificação contratual não devida a reposição de equilíbrio financeiro, os Acs. do TdC n.º 03/2013 – 26.fev. – 1.ª S/SS e n.º 06/2013 – 9/julho – 1.ª Secção/PL, proc. n.º 1654/2012, relativamente à *renovação* de um contrato de concessão, em que as modificações contratuais respeitavam à prorrogação do prazo da concessão, alteração do plano de investimentos, alteração do modelo de partilha de riscos e receitas e a alteração da área física da concessão.

¹⁰⁶ Os contratos de concessão preveem que o caso base apenas pode ser alterado quando haja lugar à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, e exclusivamente para refletir a reposição efetuada.

¹⁰⁷ Kirkby, 2011, p. 433.

Já o exercício pelo contraente público do direito a reequilibrar o contrato não se enquadra no âmbito dos poderes elencados no art. 302.º do CCP e a cuja prática se reporta o n.º 2 do art. 307.º do CCP, sendo meras declarações negociais as que a seu respeito aquele emita, designadamente quanto à existência, medida ou modalidade do direito, “pelo que, na falta de acordo do cocontratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à ação administrativa” (art. 307.º, n.º 1 do CCP).

Compreende-se, por isso, a previsão contratual de processos negociais que visam estabelecer acordos entre os contratantes quanto aos termos do reequilíbrio, sendo que, na ausência de acordo, as controvérsias são resolvidas, consoante o que o contrato estipule, por recurso à arbitragem ou pela via judicial.

Assim, quando, na falta de acordo do concessionário, o concedente pretenda exercer o seu direito à reposição do equilíbrio financeiro, poderá instaurar ação administrativa para o reconhecimento de direito e/ou, sendo o caso, deduzir pretensões visando a condenação do cocontratante ao pagamento de compensação ou a outra(s) prestações (re)equilibrantes.

Por sua vez, quando por ato do contraente público este exija do contraente privado a reposição do equilíbrio financeiro, a este último assistirá o direito de instaurar ação administrativa de simples apreciação negativa¹⁰⁸.

4.4. Os limites à modificação do contrato como limites à efetivação do direito à reposição do equilíbrio financeiro

A hipótese que nos ocupa reclama que se questione se os limites à modificação dos contratos, instituídos no art. 313.º do CCP e que resultam dos arts. 43.º da Diretiva 2014/23 e 72.º da Diretiva 2014/24, são aplicáveis às hipóteses em que a modificação contratual¹⁰⁹, não sendo a causa do direito ao reequilíbrio, é a forma de o concretizar.

Em termos que se pretendem sucintos, acentua-se que a questão da introdução de modificações ao contrato público durante a sua execução é matéria que reclama especial atenção do legislador europeu pela sua interferência com os princípios comunitários da concorrência, igualdade e transparência. A jurisprudência desenvolvida pelo TJUE e a posterior consagração normativa nas diretivas¹¹⁰, almejando a encontrar o “ponto de equilíbrio entre a flexibilidade para alterar os contratos públicos e as restrições para garantia da concorrência e publicidade”, definem como regra geral que “[é] exigido um novo procedimento

¹⁰⁸ E não ação administrativa de anulação ou declaração de nulidade de ato administrativo.

¹⁰⁹ Excluímos as modificações que se reportam à execução de trabalhos complementares nos termos do art. 370.º do CCP.

¹¹⁰ Wangelow, 2020, p. 109, refere que a codificação não se limitou a copiar os requisitos estabelecidos previamente pelas decisões do TJUE, antes estas foram tomadas como ponto a partir do qual foi desenvolvido um conjunto elaborado de regras. Para uma análise da jurisprudência antes e após as Diretivas, Villacís & Baquedano, 2021, pp. 78 e ss.

de contratação em caso de alterações materiais ao contrato inicial” (Considerando 107 da Diretiva 2014/24).

Apresenta-se como limite (qualitativo) transversal a preservação da natureza global do contrato, o que numa formulação clássica respeita à ideia de que a Administração pode mudar o contrato, mas não mudar de contrato [arts. 313.º, n.º 1 do CCP, 43.º n.º 1 al. a) da Diretiva 2014/23, 72.º, n.º 1 al. a) da Diretiva 2014/24].

Cumprido o limite relativo à natureza global do contrato, as als. a) e b) do n.º 3 do art. 313.º estabelecem hipóteses em que são admitidas as modificações contratuais. Não se subsumindo a modificação ao disposto no n.º 3 do art. 313.º do CCP, ela pode, ainda, ter lugar, cumprido o requisito do n.º 1, quando não implique uma modificação substancial do contrato ou não configure uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência (n.º 2). As três alíneas do n.º 2 configuram situações em que se entende que as modificações não respeitam estes pressupostos.

Nos termos do n.º 6 do art. 313.º do CCP, quando a modificação pretendida não tem cabimento em qualquer das hipóteses, mostra-se necessário adotar um novo procedimento de formação de contrato.

Feito este enquadramento, motivando-nos a determinação do *âmbito* de aplicação destes princípios e regras¹¹¹, há que considerar que, tendo a questão da modificação de contratos públicos emergido do âmbito do poder de modificação unilateral de contratos administrativos e, como tal, abordada como uma questão de proteção dos interesses do cocontratante, a partir de determinado momento “a protecção da concorrência surge (...) como um novo e autónomo critério de limitação da modificação de contratos”, tornando “indiferente que o contrato seja modificado por acordo ou por acto unilateral”¹¹².

No Ac. *Finn Frogne*¹¹³ o TJUE deu conta não ser determinante, para aferir da necessidade de abertura de um novo procedimento concursal, os “motivos que podem conduzir a entidade adjudicante e o adjudicatário de um contrato a pretenderem uma alteração substancial deste”, pelo que “nem o facto de a alteração substancial dos termos de um contrato público ser motivada não pela vontade deliberada da entidade adjudicante e do adjudicatário de renegociar os termos do contrato, mas da sua vontade de alcançar um acordo extrajudicial relativo às dificuldades objetivas surgidas no âmbito da execução do referido contrato, nem o carácter objetivamente aleatório de certas realizações podem justificar que essa alteração seja

¹¹¹ Duarte (2011, p. 27) assenta a inaplicabilidade dos limites às modificações contratuais na circunstância da prorrogação do prazo se destinar a repor o reequilíbrio financeiro e, nesse sentido, o regime do reequilíbrio admitir a modificação. Mas se é certo que a reposição do equilíbrio demanda uma alteração contratual e admite-a por via da prorrogação do prazo, o autor deixa por justificar a razão pela qual entende que aquela alteração ao contrato não se encontra sujeita aos limites às modificações contratuais.

¹¹² Gonçalves, 2009, p. 15.

¹¹³ C-549/14, de 7.9.2016.

decidida sem respeitar o princípio da igualdade de tratamento de que devem beneficiar todos os operadores potencialmente interessados num contrato público”.

Ou seja, também para o efeito da aplicação das regras referentes à modificação dos contratos, o TJUE não “faz qualquer distinção entre os acordos que têm por objeto pôr termo a um processo e aqueles que prosseguem outras finalidades”¹¹⁴.

A amplitude com que é definido pelo direito europeu o campo de aplicação do quadro legal das modificações aos contratos públicos conduz à conclusão de que, ainda que a modificação corresponda à forma de equilibrar o contrato¹¹⁵, aquela não poderá assumir os contornos de uma modificação que não cumpra as condições estabelecidas nas Diretivas.

Assim, embora os limites às modificações contratuais possam consubstanciar uma *compressão* ao direito à reposição do equilíbrio financeiro, nem este é ilimitado, nem aquela será necessariamente injustificada.

Temos dúvidas que o regime do art. 313.º do CCP reflita, pelo menos expressamente, a amplitude de aplicação revelada pelo legislador europeu, pelo que a sua leitura isolada poderia conduzir à asserção de que uma modificação que corresponda à efetivação do direito à reposição do equilíbrio financeiro não se encontra limitada pelos condicionalismos aí elencados.

De facto, sistematicamente o art. 313.º do CCP surge na sequência do art. 312.º, que prevê os fundamentos de modificação do contrato e que não contempla as modificações inerentes à reposição do equilíbrio financeiro. Por outro lado, encontram-se consagradas, posteriormente à previsão dos limites à modificação dos contratos, no art. 314.º do CCP, as consequências dessas modificações, incluindo, o direito à reposição do equilíbrio financeiro (n.º 1).

Acresce que, embora o n.º 1 do art. 313.º não diferencie o fundamento das modificações, do que resulta a sua aplicação indistinta a todas, já o n.º 2, e consequentemente os n.ºs 3 e 4, evidenciam restringir o seu âmbito à “modificação fundada em razões de interesse público”, a remeter, pois, para a al. c) do art. 312.º do CCP.

Sucedem que, estando o direito europeu subjacente ao art. 313.º do CCP, o elemento teleológico da interpretação reclama a ponderação daquele, afastando-se que aqueles limites sejam inaplicáveis às alterações que correspondem à efetivação do direito que nos ocupa.

Importa, contudo, considerar que o regime europeu se mostra caracterizado não só por considerações de transparência, igualdade e concorrência, mas também de flexibilidade¹¹⁶,

¹¹⁴ Ac. do TJUE, proc. C-65/86, de 27.9.1988. Como dá conta Wangelow (2020, p. 116), “[a] Diretiva por si não distingue entre certos tipos de modificações. Ao contrário, a diretiva claramente pretende cobrir todos os tipos de modificação apenas admitindo derrogações em casos de exceções exaustivamente listadas”.

¹¹⁵ Cujos termos e modalidade podem resultar de um acordo das partes ou de decisão judicial.

¹¹⁶ Face à jurisprudência do TJUE, as opções tomadas nas Diretivas refletem uma maior flexibilidade, conferindo prevalência à consecução de interesses públicos (Villacís & Baquedano, 2021, p. 87).

pelo que um regime rígido se poderia revelar materialmente injusto e ineficiente¹¹⁷. Defende-se¹¹⁸, pois, que, de forma a assegurar a eficiência e justiça, às modificações contratuais aplica-se, igualmente, o princípio da proporcionalidade, que permite gerir o equilíbrio entre os riscos que emergem do termo do contrato e as consequências que da modificação contratual resultam para os princípios da concorrência, transparência e igualdade de tratamento.

A aplicação do princípio da proporcionalidade permitirá afastar a “leitura literal e inflexível”¹¹⁹ dos limites à modificação de contratos filiada “numa visão de sentido único, que considera exclusivamente os interesses da concorrência”¹²⁰ que imponha a sua aplicação indistintamente, sem consideração quer de institutos que não representam, em si, uma modificação contratual, mas dos quais esta emerge como um seu imperativo legal do qual a entidade pública não se pode afastar, quer dos interesses (públicos) que subjazem à modificação.

Do que se trata é de convocar o princípio da proporcionalidade para assegurar a conciliação entre os interesses de que dimanam os limites às modificações contratuais com aqueles que estão na *ratio* da reposição do equilíbrio financeiro, de molde a que a aplicação daqueles limites não resulte numa compressão injustificada a este direito, nem os termos da efetivação deste anule a defesa daqueles. A fronteira residirá na salvaguarda da natureza global do contrato¹²¹.

Daí que se defenda que, mesmo ao abrigo das Diretivas, impondo-se a modificação como consequência do direito da parte à reposição do equilíbrio financeiro¹²², a relevância e excecionalidade dos interesses subjacentes ao caso concreto¹²³ podem conduzir a que, garantida a natureza global do contrato, se *atenuem* os limites estabelecidos à modificação dos contratos.

¹¹⁷ Wangelow, 2020, p. 117.

¹¹⁸ Wangelow, 2020, p. 118; Bogdanowicz, 2016, p. 199.

¹¹⁹ Gonçalves, 2010, p. 45.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 45.

¹²¹ A racionalidade inerente àqueles limites, desde logo, a defesa da concorrência e igualdade, demanda que a preservação da natureza global do contrato se assuma como um limite ao próprio direito ao reequilíbrio financeiro, no sentido de que este não pode ser alcançado em termos que envolvam a mudança de contrato.

¹²² O TJUE no Ac. de 14.11.2013, proc. C-221/12, (*Belgacom NV*) não exclui a possibilidade de adjudicação direta quando esta possa ser “aceite, ao abrigo de um dos fundamentos enunciados no artigo 52.º TFUE, ou justificada, em conformidade com jurisprudência do Tribunal de Justiça, por razões imperiosas de interesse geral”, a significar, portanto, que os princípios comunitários da contratação pública não são inflexíveis e ilimitados.

¹²³ A decisão do TdC no processo de fiscalização prévia n.º 2465/2023 revela que à análise da admissibilidade das modificações contratuais não são, nem podem ser, indiferentes outros interesses, podendo sobrepor-se à defesa da concorrência a salvaguarda de (outros) interesses públicos, tal como era no caso “a reposição do equilíbrio económico do próprio Município para evitar a sua insolvência”.

5. A (in)suficiência dos mecanismos de proteção do equilíbrio financeiro a favor do concedente

Evidenciando-se há muito as fragilidades nos processos de contratação e gestão de concessões¹²⁴, o quadro normativo continua a pautar-se por uma insuficiente regulação do direito à reposição do equilíbrio económico e financeiro a favor do concedente.

De *iure constituendo*, mostrar-se-ia adequado não só ponderar a extensão (legal) de mecanismos de partilha de benefícios e revisão contratual a outros contratos, como também a ampliação do campo de aplicação do direito do contraente público à reposição do equilíbrio financeiro a hipóteses que, tipicamente, não são reconduzíveis a este instituto ou apenas o são na aceção ampla que referimos.

Pensamos, designadamente, em situações em que o desenvolvimento da concessão evidencia um erro na construção da equação financeira ou do complexo de obrigações (ainda que sem dimensão económica e financeira) assumidos pelas partes, imputável ao concessionário (mesmo que não censurável), em manifesto prejuízo do contraente público, e que reclamam, à luz da conjugação dos princípios de equivalência honesta, justiça comutativa e proteção do interesse público, o *reequilíbrio*.

No atual quadro normativo, tais hipóteses reconduzir-se-ão a institutos como o *erro* (arts. 247.º, 251.º e 252.º do CC), as *cláusulas leoninas* ou o enriquecimento sem causa (arts. 473.º e ss. do CC), que se poderão revelar insuficientes ou de difícil aplicação face às especificidades das relações contratuais administrativas. Razão pela qual entendemos que se reclama a previsão de mecanismos que, assentando nestes princípios de boa-fé e justiça comutativa, sejam aptos a alcançar o equilíbrio contratual, salvaguardando o interesse público.

Em suporte da *ampliação* que pugnamos, evidencia-se que o art. 354.º do CCP reflete uma opção legislativa de atribuição do direito ao reequilíbrio económico-financeiro perante circunstâncias que *ainda* se subsumiriam ao instituto da responsabilidade contratual (por facto lícito ou ilícito) e que, numa aceção ampla, o instituto analisado tem capacidade para agregar à sua esfera uma multiplicidade de hipóteses cuja essência não deixa de ser a de estabelecer a equivalência honesta entre as prestações.

Acresce que aos limites contidos nos n.ºs 5 e 6 do art. 282.º do CCP está subjacente que a proporção (económico-financeira) é *ab initio* equilibrada nos termos pretendidos e assumidos pelas partes, de tal forma que, quando se verifique que (por erro) *afinal* assim não era, tais limites serão convocáveis não para afastar o direito, mas para modelar os seus termos no sentido da *reconstituição* da proporção financeira efetivamente desejada pelas partes.

Assim, verificados que sejam os demais pressupostos e cumpridos os limites ao exercício do direito, assegurar-se-ia a concretização do *equilíbrio contratual*.

¹²⁴ Vd. o preâmbulo do DL n.º 141/2006, de 27.7.

Conclusão

Feita esta incursão pelo regime da reposição do equilíbrio económico-financeiro na perspectiva da sua atribuição ao concedente, verifica-se que o contrato de concessão apresenta características que revelam a importância de uma reflexão sobre a identificação dos riscos e sua alocação às partes.

A matriz de risco, que impõe uma significativa transferência do risco de exploração para a esfera do concessionário, modela os termos em que se define o equilíbrio contratual e está subjacente à equação financeira acordada entre as partes, que se densifica no caso base.

É no contexto do equilíbrio acordado entre as partes que se justifica que eventos imputáveis a uma das partes, que impactam as condições de execução e tornam o contrato desequilibrado, devem fazer emergir, à luz de princípios de justiça comutativa e equivalência honesta, o direito de ambas as partes à reposição do equilíbrio financeiro.

Embora o legislador não afaste tal direito da esfera do concedente, não o consagra de forma expressa, ficando a sua atribuição ao contraente público dependente de previsão contratual ou da possibilidade de subsunção aos mecanismos legais em que o mesmo se encontra regulado a favor do contraente privado.

De iure constituto, assume-se que serão excecionais e de difícil demonstração as situações que, em concreto, podem conduzir ao direito do concedente à reposição do equilíbrio económico-financeiro (no seu sentido estrito), resultantes da aplicação por interpretação extensiva do disposto na al. a) do n.º 1 do art. 314.º do CCP e dependentes do preenchimento de um conjunto de pressupostos que reclamam que o desequilíbrio seja imputável ao concessionário e que reflita um agravamento dos encargos a cargo do concedente, a que se somam os que resultam do n.º 2 do art. 282.º do CCP.

Esse direito encontra os seus limites na medida do dever de reposição que se entende a cargo do concessionário, na definição da modalidade pela qual o mesmo deverá ser efetivado, na forma do seu exercício e nos condicionalismos às modificações dos contratos administrativos.

De iure constituendo, a garantia de um direito efetivo na esfera do contraente público evidencia a necessidade de ampliar os mecanismos de reposição de equilíbrio financeiro, em sentido estrito e amplo.

Bibliografia

- ALMEIDA, M. A. (2010). Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia II*. Coimbra.
- ALMEIDA, M. A. (2015). Apontamento sobre o problema da repartição do risco e do reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão. In P. Otero, C.A. Gomes & T. Serrão (org.). *Estudos em homenagem a Rui Machete*. Coimbra: Almedina.
- ALVES, B. (2022). *A equação financeira dos contratos administrativos – Estabilidade e vicissitudes*. Tese de mestrado em Direito. Porto, Universidade Católica Portuguesa. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/37996/1/203025350.pdf>.
- ALVES, P. L. (2013). PPP: Por um desenvolvimento mais rápido – envolvente jurídica das operações. https://www.appconsultores.org.pt/fotos/editor2/PDFs/fepac_lisboa_2013_pedro_leite_alves.pdf.
- ALVES, P. L. (2017). O Caso Base. In P. Gonçalves & L. Torgal (coord.). *Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira*. Coimbra: Almedina. <http://www.jsms.pt/contents/news/15093756743656.pdf>.
- AMARAL, D. F. & TORGAL, L. (2002). *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (Pareceres)*. Coimbra: Almedina.
- AMARAL, D. F. (2006). *Curso de direito administrativo*, vol. 2. Coimbra: Almedina.
- AMORIM, J. P. (2013). O princípio da temporalidade dos contratos públicos – Considerações sobre a duração dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite. *Estudos de Contratação Pública*, vol. IV, fevereiro.
- AMORIM, T. (2019). A reposição do equilíbrio financeiro do contrato de empreitada de obras públicas. In *Estudos em homenagem a Rui Pena*. Coimbra: Almedina.
- AMORIM, T. (2021). A reposição do equilíbrio dos contratos administrativos. In C. Amado Gomes, R. Pedro, T. Serrão & M. Caldeira (coord). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, vol. II, 4.^a edição. Lisboa: AAFDL.
- AYALA, B. D. (2011). O poder de modificação unilateral do contrato administrativo em regime de *project finance*. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, maio-agosto.
- BOGDANOWICZ, P. (2016). The application of the principle of proportionality to modifications of public contract. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 194.
- CADILHA, A. (2016). A teoria da imprevisão nos contratos administrativos: Génese e receção no direito português. *Cadernos Sérvulo de Contratos Públicos*, n.º 02/2016, Coleção Sérvulo. https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/03_CADERNOS/2016/Cadernos_Servulo_de_Contratos_Publicos_II.pdf.
- CAETANO, M. (2005). *Manual de direito administrativo*, tomo II, 10.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CAMPOS, D.D. & BRANDÃO, J. (2020). O reequilíbrio económico-financeiro dos contratos de empreitada decorrentes da maior permanência em obra. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º I/II. <https://portal.oa.pt/media/131417/diogo-duarte-de-campos.pdf>.
- CARTEI, G. F. (2019). Risks and risk transfer in concessions. *European Public Law*, vol. 25, no. 4.

- DUARTE, T. (2011). Os elétricos de Marselha não chegaram a Sintra: O Tribunal de Contas e os limites à modificação dos contratos. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, dezembro.
- FORTUNATO, R. (2023). *A relicitação dos contratos de concessão*. Dissertação de mestrado. <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/155635/2/651435.pdf>.
- FREITAS, L. V. & MENEZES, C. (2023). Pandemia Covid-19 e a reposição do equilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 1, tomo 2.
- FREITAS, L. V. (2007). *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela administração (e as garantias contenciosos do seu co-contratante perante este exercício)*. Lisboa: AAFDL.
- GOMES, C. A. (2008). A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos. In *Estudos de contratação pública I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GONÇALVES, P. (1999). *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, P. (2007). A relação jurídica fundada em contrato administrativo. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, julho-agosto.
- GONÇALVES, P. (2010). Gestão de contratos públicos em tempo de crise. In P. Costa Gonçalves (coord.). *Estudos de contratação pública*, vol. III. Coimbra: Coimbra Editora.
- GONÇALVES, P. (2016). Função do caso base em contratos administrativos de concessão. In *Liber amicorum Fausto de Quadros*, vol. II. Almedina.
- GONZÁLEZ, F. (2016). The evolving concept of works and service concessions in European Union law. *Public Procurement Law Review*, vol. 2. <http://www.redicop.com/wp-content/uploads/2016/05/The-evolving-concept-of-works-and-service-concessions-in-European-Union-Law.pdf>.
- KIRAT, T., MARTI, F. & VIDAL, L. (2005). Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat. *Revue Internationale de Droit Économique*, t. XIX, no. 3. Association Internationale de Droit Économique. <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2005-3-page-291.htm&wt.src=pdf>.
- KIRKBY, M. (2002). *Contratos administrativos de subordinação (natureza, funções e limites)*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- KIRKBY, M. (2011). *Contratos sobre o exercício de poderes públicos – O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*, 1.ª edição. Coimbra Editora.
- LORA, A. H. (2017). El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Publico. *Documentación Administrativa, Nueva Época*, n.º 4. <http://revistasonline.inap.es>.
- MAÇÃS, F. (2010). A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Público. In *Estudos de contratação pública I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINS, A. (2017). Contratos de concessão, financiamento e reposição da rendibilidade esperada: Uma nota económico-legal. *RLJB*, n.º 4.
- MARTINS, L. L. (2010). Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: Em especial, a reposição do equilíbrio económico financeiro do contrato e a determinação dos danos. In *Estudos de contratação pública II*. Coimbra: Coimbra Editora.

- MARTINS, L. L. (2020). *Empreitada de obras públicas: O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, reimpressão abril. Coimbra: Almedina.
- MELO, P. & CAMPOS, D. (2011). As concessões no sector portuário – Algumas reflexões. *O Direito*, vol. II.
- MELO, P. & CORDEIRO, M. A. (2020). O direito à reposição do equilíbrio financeiro por agravamento dos custos de obra: Reflexões de ordem prática. *Revista de Contratos Públicos* n.º 24, agosto.
- MELO, P. (2011). *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina.
- MELO, P. (2012). Contratos de concessão de obras públicas e força maior. *Revista de Contratos Públicos* n.º 6, setembro-dezembro.
- OLIVEIRA, R. E. (2016). *Estabilidade e instabilidade no contrato administrativo: As vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público*. Dissertação de doutoramento em direito público. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/26707/9/O%20contrato%20administrativo%20entre%20a%20estabilidade%20e%20a%20instabilidade.pdf>.
- QUINELATO, J. (2021). O equilíbrio económico-financeiro nos contratos celebrados com a Administração Pública. *Revista Fórum de Gestão e Contratação Pública*. https://www.academia.edu/60664452/O_equil%C3%ADbrio_econ%C3%B4mico_financeiro_nos_contratos_celebrados_com_a_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica?uc-g-sw=89193231.
- ROCHA, J.F. & SILVA, P. (2017). Contratos públicos e controlo jurídico-financeiro. Da necessidade de sintonia comunicativa entre o direito financeiro e o direito administrativo. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 14.
- RODRÍGUEZ, L. R. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Derecho PUCP*, n.º 66. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085250.pdf>.
- SANCHÉZ, P.F. (2018). Reequilíbrio financeiro, caso imprevisto e *fait du prince*: Autonomia entre distintos mecanismos da tutela da posição do co-contratante da administração. In *Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, tomo II. Coimbra: Almedina.
- SILVA, D. (2022). A revisão ordinária e extraordinária de preços nas empreitadas de obras públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 3, agosto.
- SILVA, S. (2018). O princípio da razoabilidade. In C. Amado Gomes, A. F. Neves & T. Serrão (coord). *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. 1. AAFDL Editora.
- SOUSA, L. (2022). As alterações ao regime legal da revisão ordinária de preços. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 14, maio-agosto.
- TERNEYRE, P. (1989). *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*. Paris: Economica.
- TERRINHA, L. (2011). Parcerias público-privadas e alocação do risco. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 20.

- TORGAL, L. & GERALDES, J. O. (2012). Concessões de actividades públicas e direito de exclusivo, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV – *Direito administrativo e justiça administrativa*. Coimbra Editora.
- TORGAL, L. (2011). Prorrogação do prazo de concessões de obras e serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, janeiro-abril.
- TORGAL, L. (2017). Sobre a nova definição europeia de concessão (Diretiva 2014/23/UE). In P. Costa Gonçalves & L. Torgal (coord.). *Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira*. Coimbra: Almedina.
- VIEIRA, P. S. (2007). Regime das concessões de obras públicas e de serviços públicos. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, julho-agosto.
- VIEIRA, P. S. (2008). O Código dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas. *Estudos de contratação pública I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- VILLACÍS, A. & BAQUEDANO, A. (2021). Contract modifications and the CJEU: The evolution of public procurement case Law. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 16, no. 1.
- WANGELow, V. P. (2020). Amendments of public works contracts after the award due to additional works and unforeseeable circumstances. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 15, no. 2.

Jurisprudência

TJUE¹²⁵

- Bayer AG e Maschinenfabrik Hennecke GmbH*, C-65/86, de 27.9.1988, ECLI:EU:C:1988:448.
- Belgacom NV*, C-221/12, de 14.11.2013, ECLI:EU:C:2013:736.
- Eurawasser*, C-206/08, de 19.9.2009, ECLI:EU:C:2009:540.
- Finn Frogne*, C-549/14, de 7.9.2016, ECLI:EU:C:2016:634.
- Norma-A SIA e Dekom SIA*, C-348/10, de 10.11.2011, ECLI:EU:C:2011:721.
- Presstetext*, C-454/06, de 19.6.2008, ECLI:EU:C:2008:351.
- Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, de 10.3.2011, ECLI:EU:C:2011:130.
- Sharengo*, C-486/21A de 10.11.2022, ECLI:EU:C:2022:868.

TdC¹²⁶

- N.º 03/2013 – 26 fev. – 1.ª S/SS, proc. n.º 1654/2012.
- N.º 06/2013 – 9 jul. – 1.ª Secção/PL, proc. n.º 1654/2012.
- N.º 29/2013 – 18 nov. – 1.ª S/SS, proc. n.º 1469/2013.
- N.º 40/2019 – 15 out. – 1.ª S/SS, proc. n.º 2671/2019.

¹²⁵ A jurisprudência indicada é acessível através do site <https://curia.europa.eu>.

¹²⁶ A jurisprudência indicada encontra-se acessível através do site <https://www.tcontas.pt>.

TCAN¹²⁷

15.5.2014, proc. 00549/12.2BEAVR.

29.4.2022, proc. 00681/10.7BEPNF.

TRL¹²⁸

26.2.2013, proc. 965/11.7TVLSB.L1-7.

¹²⁷ A jurisprudência indicada encontra-se acessível através do site www.dgsi.pt.

¹²⁸ A jurisprudência indicada encontra-se acessível através do site www.dgsi.pt.

**O (novo) regime de suprimento de irregularidades de
propostas e candidaturas:**

Da alteração legislativa ao equilíbrio principiológico europeu

Margarida Arada Leitão Pinto Morais

Sob a orientação do Professor
Doutor Pedro Cerqueira Gomes

À memória do meu Pai.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes é devido um primeiro agradecimento pela disponibilidade e acompanhamento durante a elaboração da presente dissertação, como também pela partilha de conhecimento durante a parte letiva do Mestrado.

À minha Mãe, pela inspiração diária que é para mim.

À minha família, pelo apoio inigualável.

Aos meus amigos, pela entreaajuda e presença.

Aos docentes que marcaram o meu percurso académico.

Em especial, ao corpo docente da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, pelo acompanhamento demonstrado durante todo o Mestrado.

A todos, muito obrigada.

Resumo

O suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas é um tema que assume centralidade no direito dos contratos públicos nos dias de hoje. O mecanismo encontra-se disciplinado no artigo 72.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos (CCP), mas nem sempre apresentou os mesmos contornos, sendo os seus limites de aplicação instáveis.

Partindo de uma análise histórica das diferentes configurações normativas que o mecanismo assumiu, a presente dissertação procura oferecer um enquadramento teórico do regime de suprimento de irregularidades de propostas e candidaturas após a alteração do CCP em 2022, convocando à discussão a salvaguarda pelos princípios jurídicos como um dos limites de aplicação do mecanismo.

Palavras-chave: suprimento de irregularidades; convite ao suprimento; irregularidades formais; igualdade de tratamento; concorrência; proporcionalidade.

Abstract

The correction of formal irregularities in tenders and applications is a central issue in public procurement law today. The mechanism is regulated by Article 72(3) of the Portuguese Code of Public Contracts (PCPC), but it has not always had the same contours, and its boundaries of application are unstable.

Starting from a historical analysis of the different normative configurations that the mechanism has taken on, this dissertation seeks to offer a theoretical framework for the system of correction of non-compliant tenders and applications after the reform of the Portuguese Public Contracts Code in 2022, debating the safeguard of legal principles as one of the mechanism's limits of application.

Keywords: correction of irregularities; invitation to correction; formal irregularities; equal treatment; competition; proportionality.

Índice

1. Introdução	7
1.1. Delimitação do objeto de investigação e sequência	7
1.2. Metodologia	8
2. Resenha histórica	9
2.1. Antecedentes do Código dos Contratos Públicos	9
2.2. Entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos e as suas alterações	12
2.3. A revisão do CCP em 2017	14
3. O mecanismo de suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas – o n.º 3 o artigo 72.º do CCP	17
3.1. Pressupostos e limites	19
3.2. O elenco exemplificativo	22
3.3. Em especial, as assinaturas eletrónicas: formalidades com impacto substantivo?	25
4. Da compatibilidade com o direito europeu	31
4.1. Da razoabilidade do prazo	32
4.2. Convite ao suprimento – um verdadeiro dever jurídico da entidade adjudicante?	32
4.3. Um quadro principiológico (conflituante) como limite à regularização das propostas	34
5. Conclusão	38
6. Bibliografia	39

Lista de siglas e abreviaturas

Art.	Artigo
arts.	Artigos
Cfr.	Conferir
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CCP	Código dos Contratos Públicos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DEUCP	Documento Europeu Único de Contratação Pública
DL	Decreto-Lei
DUE	Direito da União Europeia
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
n.º	Número
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
p.	Página
PGDR	Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa
pp.	Páginas
proc.	Processo
STA	Supremo Tribunal Administrativo
ss.	Seguinte(s)
TdC	Tribunal de Contas
TCA	Tribunal Central Administrativo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

1. Introdução

Nos dias de hoje, é inegável que os procedimentos pré-contratuais revestem um elevado grau de formalização. Submetidos a um quadro normativo europeu preciso, estes procedimentos são, assim, compostos por momentos procedimentais rigorosos, de forma a salvaguardar os princípios jurídicos aplicáveis à disciplina da Contratação Pública.

A verdade é que a importação de formalismos para os procedimentos pré-contratuais trouxe consigo uma complexidade acrescida, desde logo, para as peças procedimentais¹. Como consequência, os operadores económicos encontram-se vulneráveis a um *incremento* do número de patologias formais nas propostas e nas candidaturas².

Perante este quadro, assiste-se a um novo paradigma: “a prevalência da substância sobre a forma”³. É neste contexto que emerge o mecanismo de suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas. Introduzido expressamente no ordenamento jurídico português em 2017, apresenta-se como uma das mais impactantes modificações no direito administrativo dos contratos públicos, *maxime*, na sua dinâmica procedimental.

Trata-se de um mecanismo procedimental cujo propósito é “salvar”⁴ as propostas e candidaturas afetadas pela preterição de formalidades. A recente alteração ao CCP, em 2022, veio provocar alterações no teor do n.º 3 do artigo 72.º, cuja aplicação se tem revelado instável. Deste modo, trata-se de uma temática de extremo relevo prático, sendo elevado o número de litígios que gravitam em torno deste mecanismo.

Assim, a conjuntura abre caminho para uma reflexão sobre a necessidade de um “formalismo moderado”⁵ de forma a não prejudicar os interesses substantivos.

1.1. Delimitação do objeto de investigação e sequência

A presente dissertação incide sobre o mecanismo de suprimento de irregularidades nas propostas⁶ e candidaturas, vertido no n.º 3 do artigo 72.º do CCP.

¹ Ayala, 2006, p. 26.

² Sousa, 2021, p. 606.

³ Raimundo, 2022, p. 488.

⁴ Como forma de apelo à figura também contemplada no ordenamento jurídico italiano – “*soccorso istruttorio*” – como será analisado *infra*.

⁵ Correia, 1982, p. 384.

⁶ Em sede de nota explicativa, ao longo da dissertação, designaremos “mecanismo de suprimento de irregularidades de propostas”. Sem prejuízo da menção às candidaturas, acompanhamos aqui Luís Verde de Sousa quando refere que o problema das patologias formais se coloca com maior intensidade nas propostas. Por esse motivo, o presente estudo incidirá mais nas propostas. Cfr. Sousa, 2021, p. 606.

O tema subjacente à presente dissertação suscita interesse científico na medida em que o mecanismo em estudo possibilita corrigir irregularidades formais das propostas e das candidaturas, configurando, assim, um desvio ao princípio da intangibilidade.

Atenta esta (nova) realidade no plano jurídico-administrativo, a presente dissertação procura, num primeiro momento, analisar as origens do mecanismo de suprimento de irregularidades de propostas e candidaturas. Num segundo momento, avançaremos para uma análise exaustiva do normativo, após a revisão do CCP em 2022.

Por fim, partiremos para uma reflexão acerca da europeização, acompanhada de recente jurisprudência europeia, pretendendo *testar* a compatibilidade das várias soluções normativas com o quadro jurídico europeu.

1.2. Metodologia

Em termos metodológicos, a presente dissertação procura investigar o instituto, centrando-se na análise exaustiva de literatura nacional e europeia relevante, bem como de jurisprudência dos tribunais administrativos e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Seguidamente, visa-se aferir a compatibilidade das soluções normativas com o direito europeu derivado, em especial com o quadro principiológico europeu, de forma a desvendar as *conexões materiais conexas*⁷ da disciplina da contratação pública.

⁷ Lamego, 2016, p. 61.

2. Resenha histórica

O conceito de irregularidades formais antecede o atual regime jurídico pré-contratual. A atividade administrativa sempre se pautou por trâmites prescritos por lei com vista a acautelar a correta formação da decisão administrativa, bem como a respeitar as posições jurídicas subjetivas dos particulares⁸.

Deste modo, importa analisar a evolução do conceito e as origens do mecanismo de suprimimento de irregularidades, de forma a perscrutar elementos importantes para a compreensão do normativo. A análise será delimitada por três marcos temporais: (i) antecedentes da entrada em vigor do CCP; (ii) a versão original do CCP; (iii) e a revisão de 2017, operada pelo Decreto-Lei (DL) n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

2.1. Antecedentes do Código dos Contratos Públicos

A Portaria n.º 7702, de 24 de outubro de 1933⁹, veio contemplar pela primeira vez, ainda que de forma indireta, a possibilidade de admissão e, consequentemente, de adjudicação de propostas com irregularidades formais¹⁰.

O legislador estabeleceu no artigo 24.º deste diploma que “[a] adjudicação das obras ou fornecimentos deverá ser feita, em regra, ao concorrente que tiver apresentado a proposta de menor preço”. Contudo, admitia-se a possibilidade de adjudicação “[a]o concorrente que [oferecesse] maiores garantias”¹¹. Apesar de não existir uma norma que permitisse expressamente a admissão de propostas afetadas por irregularidades formais, esta possibilidade de adjudicação, consoante as garantias para o interesse público, conduz o intérprete a concluir que a Administração detinha uma certa *liberdade* na escolha do adjudicatário¹².

O artigo 20.º do mesmo diploma veio moldar a interpretação que até então se admitia nas regras relativas aos procedimentos pré-contratuais. Recebidas as propostas, iniciava-se a abertura dos “sobrescritos recebidos”, não sendo permitidas observações ou explicações dos concorrentes. Como nota Jorge Pação, assistia-se a uma “cristalização das propostas”¹³ decorrido o prazo para a apresentação”.

Ora, não havendo lugar à solicitação de esclarecimentos nem de retificações das propostas, a adjudicação feita ao concorrente que oferecesse as maiores garantias para o

⁸ Amaral, 2018, p. 318.

⁹ A Portaria n.º 7702, de 24 de outubro de 1933, aprovou as instruções para a arrematação e adjudicação de obras públicas e fornecimentos e suas respetivas liquidações.

¹⁰ Neste sentido, Pação, 2020a, p. 36.

¹¹ Pação, 2020a, p. 37.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

interesse público¹⁴ poderia traduzir-se, efetivamente, na adjudicação de uma proposta com vícios formais, sem que tal implicasse a sua exclusão.

A Portaria n.º 17796, de 6 de julho de 1960, não parecia oferecer dúvidas quanto a essa possibilidade. Nos termos do artigo 9.º deste diploma, uma proposta afetada por irregularidades formais “poderia” ser excluída. Não se observava, portanto, um dever de exclusão¹⁵.

Não obstante este entendimento, foi com a entrada em vigor do DL n.º 48871, de 19 de fevereiro de 1969, que a figura da *admissão condicional* [de concorrentes] teve expressão normativa no ordenamento jurídico. Com efeito, o legislador passou a permitir que os concorrentes sanassem as irregularidades de documentos, no prazo de 24 horas, sob pena de exclusão. A este propósito, importa atentar no Parecer proferido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, em Acórdão votado em 15 de março de 1984. No Parecer é rejeitada a enumeração taxativa de irregularidades sanáveis, contemplando-se, também, aquelas irregularidades formais que “não influam no acto do concurso ou nos seus fins, nem prejudiquem o objetivo que, com a sua prática regular, se pretende”.

Importa notar que o regime importado do DL n.º 48871 enunciava duas irregularidades formais suscetíveis de sanção, sendo estas a entrega de documentos com “deficiências de selo” e de documentos cuja assinatura não fosse devidamente reconhecida¹⁶.

Apesar de se ter adotado um “denominador comum”¹⁷ de tolerância às irregularidades formais, conforme se aferiu anteriormente, o *ponto de viragem* para uma “cláusula geral de admissão condicional dos concorrentes”¹⁸ deu-se com a entrada em vigor do DL n.º 405/93, de 10 de dezembro, em especial, com o n.º 3 do artigo 87.º.

Com efeito, passou-se a admitir *condicionalmente* os concorrentes “cujos documentos revelassem preterição de formalidades não essenciais”, devendo, sob pena de exclusão, sanar tais irregularidades no prazo de 2 dias. Note-se que o legislador já não contemplava apenas documentos relativos aos concorrentes. Como já indiciava o normativo, a possibilidade de sanção de irregularidades deixou de se esgotar nos documentos relativos aos concorrentes¹⁹, alargando-se, assim, o seu âmbito de aplicação²⁰.

¹⁴ Tal como acentuado por Maria João Estorninho. Cfr. Estorninho, 2006, p. 227.

¹⁵ Pação, 2020b, p. 49.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Expressão utilizada por Jorge Pação. Pação, 2020b, p. 52.

¹⁸ Pação, 2020b, p. 53.

¹⁹ A este propósito note-se que a sanção de irregularidades formais respeitava aos documentos de habilitação. A abertura das propostas apenas se dava depois do período concedido para correção das propostas. Cf. Sousa, 2021, p. 610.

²⁰ Neste sentido, veja-se Pação, 2020b, p. 54.

Curiosamente, a sanção da própria entrega de documentos foi contemplada, posteriormente, no DL n.º 55/95, de 29 de março. Note-se, no entanto, que acrescia uma exigência: a falta de apresentação de documentos e a verificação de incorreções não podiam ser imputáveis aos concorrentes (teriam que ser motivadas “por motivo alheio à sua vontade”). Veja-se a propósito o Acórdão do STA, de 23 de maio de 2000 (proc. n.º 045945), no qual é rejeitada a admissão condicional de um concorrente que não comprovou que o documento em falta foi requerido tempestivamente.

Por sua vez, o DL n.º 59/99, de 2 de março, que aprovou o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, dispunha no artigo 92.º, n.º 3, que eram admitidos condicionalmente os concorrentes cujos documentos fossem apresentados com preterição de formalidades não essenciais. No entanto, essas irregularidades deveriam ser sanadas no prazo de dois dias, sob pena de exclusão.

De igual modo, o DL n.º 197/99, de 8 de junho²¹, previa, também, nos n.ºs 4 e 6 do artigo 101.º, uma *admissão condicional dos concorrentes*, nomeadamente, pela não entrega da totalidade dos documentos exigidos²².

Ora, daqui se retirava a possibilidade de sanar irregularidades decorrentes (i) da não entrega ou omissão de documentos e (ii) da preterição de *formalidades não essenciais*.

Quanto à dinâmica procedimental, nos termos do artigo 97.º do DL n.º 197/99, de 8 de junho, a proposta era apresentada em invólucro opaco e fechado. No caso de ocorrer a admissão condicional de concorrentes, estabelecia o n.º 8 do artigo 101.º que “[o] júri, se necessário, interrompia o ato público, indicando o local, a hora e o dia limites para os concorrentes completarem as suas propostas”.

Importa sublinhar que só depois de terminado o período temporal para a completude das propostas é que o júri procedia à abertura dos invólucros e avançava para a análise das propostas²³. Conforme nota Luís Verde de Sousa²⁴, garantia-se que a decisão sobre a qualificação da formalidade preterida não fosse motivada pelo conteúdo da proposta. Por outro lado, um concorrente que decidisse corrigir os documentos nunca

²¹ Estabelecia o regime de realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços.

²² Assumindo-se pertinente, salienta-se o entendimento sufragado no Acórdão do STA, de 23 de abril de 2003 (proc. n.º 0348/03) - encontrando-se em vigor o DL n.º 197/99: “Se no Programa do Concurso se prevê a admissão condicional dos concorrentes que não apresentem a totalidade dos documentos exigidos (...) e a sua notificação para essa apresentação no prazo de cinco dias, nada impede que verificada essa circunstância o Júri admita condicionalmente um concorrente e o notifique para apresentação da documentação em falta no indicado prazo”. O STA andou bem, avançando já com a ideia de que a apresentação posterior dos documentos “não constitui violação do princípio da intangibilidade das propostas porquanto os mesmos se destinam a comprovar o seu conteúdo e, se assim é, a proposta continua inalterada”.

²³ Neste sentido, Sousa, 2021, p. 610.

²⁴ *Idem*, p. 611.

saberia o conteúdo das propostas dos restantes concorrentes (*maxime* os atributos das restantes propostas), evitando-se, assim, um possível conluio entre concorrentes²⁵.

Ao contrário do que sucedera com o normativo antecessor (DL n.º 55/95), não se contemplava agora o requisito da inimputabilidade da irregularidade formal.

Note-se que, nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 103.º do DL n.º 197/99, procedia-se à exclusão dos concorrentes admitidos condicionalmente se na nova documentação apresentada fosse incluído qualquer indício do preço da proposta ou das respetivas condições de pagamento.

Atenta a evolução histórica do suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas antes da entrada em vigor do CCP, conclui-se que a sanção de propostas que padecem de vícios formais se ancorou numa primazia de valores jurídicos em relação à forma.

2.2. Entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos e as suas alterações

Na versão original do CCP, concretizada pelo DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o legislador não contemplou a *admissão condicional* de propostas, nem de candidaturas. Tratou-se, assim, de uma “rutura”²⁶ com o paradigma legislativo anterior. Numa rápida leitura, o intérprete poderia concluir pela impossibilidade de sanção de irregularidades formais, sendo esta uma interpretação que, na esteira de raciocínio de Jorge Pação, se ancoraria num “especial apego pelo princípio da legalidade”²⁷.

Apesar de o mecanismo não ter expressão normativa na versão original do CCP, os tribunais e a doutrina davam já sinais de permissividade ao suprimento de irregularidades formais.

No labor judicial, destaca-se o Acórdão do STA, de 30 de setembro de 2009 (proc. n.º 0703/09), no qual o Tribunal não se opôs a que fosse permitida uma *retificação da proposta*, ancorando-se no argumento de que não devem ser “[e]xcluídos dos procedimentos pré-contratuais interessados em contratar cujas propostas apresentem deficiências que possam ser supridas sem pôr em causa as regras imperativas e os princípios a que devem obedecer os procedimentos administrativos relativos à formação dos contratos públicos”, referenciando os n.ºs 6 e 8 do artigo 101.º do referido Decreto-Lei n.º 197/99, bem como os artigos 61.º, n.º 2, e 76.º, n.ºs 1 e 2, do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

²⁵ Como bem nota Luís Verde de Sousa, o autor da proposta com o preço mais baixo poderia não sanar as irregularidades para que o autor da segunda melhor proposta fosse adjudicado. Cfr. Sousa, 2021, p. 611.

²⁶ Conforme refere Jorge Pação. Cfr. Pação, 2020a, p. 28.

²⁷ *Idem*, p. 29.

A *teoria da degradação de formalidades essenciais em não essenciais*²⁸ configurou uma das principais linhas de raciocínio para a permissividade da sanção de irregularidades. Diogo Freitas do Amaral²⁹ sustentou que as formalidades não essenciais seriam as que alcançariam sempre a sua finalidade em situação de omissão ou irregularidade. Por outro lado, reconduzem-se ao conceito as formalidades meramente burocráticas previstas pelo legislador³⁰.

A discussão em torno da essencialidade das formalidades teve lugar sob duas perspectivas: (i) a inobservância de formalidades pela própria Administração; e (ii) a preterição de formalidades impostas aos particulares, *maxime*, aos concorrentes num procedimento pré-contratual.

Ora, recuando a 1995, afigura-se importante o Acórdão do STA, de 14 de março de 1995, que aponta para uma “discrecionariedade de qualificação das formalidades como essenciais ou não”³¹.

No entanto, esta teoria não encontra expressa consagração no CCP, ao contrário do que sucede no CPA. O n.º 5 do artigo 163.º do CPA consagra um mecanismo que afasta o efeito anulatório de um ato administrativo anulável, permitindo que o ato se mantenha na ordem jurídica e que continue a produzir efeitos³². Afasta-se, assim, o efeito anulatório em razão de outros valores jurídicos³³.

Outra linha de pensamento subjacente à sanção de irregularidades formais poderia ser a previsão direta no programa do concurso da possibilidade de suprimento ou até de desconsideração de irregularidades formais³⁴.

Assim, perante estas duas matrizes de desenvolvimento, que nas palavras de Jorge Pação³⁵ se reconduzem a um “fundamento em normas de princípio” e a um “fundamento na autoatribuição de competência”, começou-se a verificar na *praxis administrativa* uma abertura à sanção de propostas com vícios formais em procedimentos pré-contratuais públicos.

No plano jurisprudencial assistiu-se a uma *permissividade* crescente ao suprimento de irregularidades formais nas propostas. No Acórdão do TCA Norte, de 11 de fevereiro de 2015 (proc. n.º 00490/14.4BECBR), estabeleceu-se que a falta de

²⁸ Já sobre o tema, Mário Aroso Almeida avança que “(...) a observância das regras formais e procedimentais não é um fim em si mesmo, pode suceder que, nas concretas circunstâncias do caso, seja possível afirmar que, apesar da sua inobservância, foi assegurado o objetivo visado pela lei ao impô-las, em termos que não justificam a anulação ato praticado”. Almeida, 2022, pp. 391 e 392.

²⁹ Amaral, 2018, p. 319.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Se a Administração impõe uma formalidade, também será livre para a qualificar como essencial ou não. Ayala, 2006, p. 30.

³² Almeida, 2022, pp. 388 e 389.

³³ Importa lembrar as palavras de Luís Heleno Terrinha que refere preservar-se “formalmente a ilegalidade (anulabilidade) do acto, ainda que materialmente se torne aquela ilegalidade absolutamente juridicamente ineficaz (‘não se produz o efeito’).” Cfr. Terrinha, 2018, p. 324.

³⁴ Cabral, 2008, p. 225 *apud* Pação, 2020a, p. 30.

³⁵ Pação, 2020a, p. 30.

apresentação de uma procuração “constitui uma irregularidade formal que deve poder ser sanada, em vez de conduzir irremediavelmente à exclusão da proposta, por estar em causa uma formalidade *ad probationem* cujo cumprimento tardio não tem a virtualidade de alterar a proposta, não afetando a sua intangibilidade ou, pelo menos, à qual não deve ser atribuída força invalidante”.

No Acórdão do STA, de 1 de outubro de 2015 (proc. n.º 0856/15), discutia-se se a falta da declaração dos preços parciais poderia ser desconsiderada através da análise conjugada dos elementos que instruíram a proposta, tendo o STA entendido que era desproporcional excluir a proposta.

Por sua vez, no Acórdão do STA, de 23 de outubro de 2014 (proc. n.º 019/14), o programa do procedimento estabelecia que a proposta deveria ser constituída por um documento “comprovativo da credenciação da concorrente”, a fim de atestar a aptidão profissional do concorrente para o exercício da atividade. Tratando-se de um documento de habilitação, ao abrigo do n.º 6 do artigo 81.º do CCP³⁶, de acordo com Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira³⁷, não seria razoável perdurar uma proposta durante a dinâmica procedimental, sabendo que não iria resultar na sua adjudicação.

Poderia o concorrente ser excluído por via da alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º e da alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP? *In casu*, o STA reconheceu que “à data da apresentação das propostas, o concorrente (ora, recorrente no processo) possuía a certificação exigida³⁸, pelo que nunca se pode afirmar que a execução do contrato por ela corresponderia a uma ilegalidade”.

2.3. A revisão do CCP em 2017

A revisão do CCP em 2017, concretizada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, introduziu expressamente o mecanismo do suprimento de irregularidades formais das candidaturas e propostas no CCP. Assim, o legislador estabeleceu no n.º 3 do artigo 72.º que “[o] júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento das irregularidades das suas propostas e candidaturas causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento”.

Permitiu-se, assim, o suprimento de irregularidades formais contidas nas propostas e candidaturas, e já não apenas nos documentos atinentes à habilitação dos

³⁶ Este preceito encontra-se atualmente revogado. No entanto, à data, referia-se que “independentemente do objeto do contrato a celebrar, o adjudicatário dev[eria] apresentar os documentos de habilitação (...)”.

³⁷ Veja-se Oliveira & Oliveira, 2011, pp. 491 e 492.

³⁸ Como se irá verificar adiante, esta é a ratio da nova alínea a) do n.º 3 do artigo 72.º do CCP.

concorrentes³⁹. No entanto, esta configuração normativa não se afigurou totalmente inovadora⁴⁰. Di-lo o próprio legislador no preâmbulo do diploma, quando refere “[a] recuperação da possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas apresentadas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público”. O disposto no n.º 3 do artigo 72.º dava corpo ao espírito subjacente nos normativos anteriores, ou seja, a cedência do formalismo perante valores jurídicos relevantes e princípios jurídicos, bem como pelo crescente “desapego pela legalidade estrita”^{41 42}.

Este impulso normativo contemplava assim o suprimento das irregularidades das propostas e candidaturas traduzidas na preterição de *formalidades não essenciais*, desde que carecessem de suprimento e que não afetasse a concorrência e a igualdade de tratamento. No corpo do preceito, o legislador incluiu a apresentação de documentos que integram a proposta (desde que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura).

Ademais, o legislador definiu que só estariam abrangidas as irregularidades formais (ficando, assim, excluídas as irregularidades materiais) e tão só aquelas que carecessem de suprimento. Sem embargo de adiante apresentarmos um desenvolvimento mais profundo quanto a este tópico, tem-se entendido que carecem de suprimento as irregularidades formais de propostas suscetíveis de exclusão⁴³.

Por outro lado, não era equacionável estarem expressamente previstas todas as preterições de *formalidades não essenciais* que carecessem de suprimento. Nesta senda, a *teoria da degradação de formalidades essenciais em não essenciais* era trazida novamente à discussão.

No que concerne à doutrina, importa destacar críticas apontadas ao anteprojeto de revisão do CCP, em 2016. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez encaravam a consagração normativa do mecanismo de suprimento de irregularidades como

³⁹ Pação, 2020a, p. 43. Diga-se que também não era possível que o regime de suprimento de irregularidades formais incidisse apenas nos documentos de habilitação, uma vez que a análise destes se reserva para uma fase posterior, já destinada ao adjudicatário, nos termos do artigo 81.º do CCP.

⁴⁰ Ao contrário do que sustentam os autores Jorge Andrade da Silva (cfr. Silva, 2023, p. 378) – ao utilizar a expressão “inovatoriamente” –, como também Luís Verde de Sousa, (cfr. Sousa, 2021, p. 612).

⁴¹ Expressão de Pação, 2020a, p. 43.

⁴² No entanto, em sede de crítica, Pedro Fernández Sánchez defende que se tratava de uma “violação inicial [das exigências formais] e a sua regularização superveniente”. Cfr. Sánchez, 2022, p. 90.

⁴³ A este propósito veja-se o entendimento do TCA Norte, em Acórdão de 6 de setembro de 2022, (proc. n.º 00093/22.OBEPRT). No caso em concreto, um dos anexos exigidos pelo Programa do Concurso não necessitava de ser acompanhado de tradução. Uma vez que não se trata de uma preterição de formalidade que culmina com exclusão da proposta, não é equacionável o seu suprimento. No mesmo sentido, o Acórdão do TCA Sul, de 18 de novembro de 2010, (proc. n.º 06724/10). Como assinala Pedro Fernández Sánchez, “[o]s vícios formais de que padeça um desses documentos facultativos. É razoável concluir que, se a falta de um documento não origina a exclusão da proposta (...) tão-pouco a sua apresentação em desconformidade com as formalidades previstas nas peças do procedimento deve conduzir a tal exclusão”. Cfr. Sánchez, 2020, p. 113.

“indesejável”⁴⁴. De acordo com os autores, a entidade adjudicante ficaria vulnerável a uma “carga de suspeição”, já que esta promoção do suprimento de irregularidades tomava lugar num momento em que já era conhecido o conteúdo das propostas de todos os concorrentes. Partindo deste ponto firme, os autores rejeitavam que a entidade adjudicante tivesse uma maior margem de apreciação neste domínio, caracterizado pela incerteza e focos de litigiosidade⁴⁵.

Ademais, a consagração legal do mecanismo no CCP não se confunde com os anteriores regimes. Conforme se verificou, os anteriores normativos não permitiam a admissão condicional das propostas *per se*. A análise de riscos do mecanismo convoca uma questão em particular. Os concorrentes podem encarar o mecanismo como uma forma de se desvincularem das propostas, decidindo não suprir as irregularidades. Seria, assim, uma forma de se afastarem do procedimento, depois de conhecidas as propostas dos restantes concorrentes⁴⁶. Contudo, a adição da alínea e) ao artigo 457.º do CCP veio fixar uma contraordenação grave pelo não suprimento de irregularidades, no prazo fixado para o efeito.

Ainda antes da revisão do CCP em 2022, em Acórdão de 27 de janeiro de 2022, (proc. 0172/21.OBE BRG), o STA fez notar que o conceito de *formalidades não essenciais*, a que se reporta o n.º 3 do art. 72º do CCP “é um conceito aberto que apela a ponderações casuísticas”. Sentia-se, assim, a necessidade de uma nova configuração deste instituto.

⁴⁴ Almeida & Sánchez, 2016, p. 48.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Neste sentido, Sánchez, 2022, p. 106.

3. O mecanismo de suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas – o n.º 3 o artigo 72.º do CCP

Partiremos agora para a análise da alteração legislativa do CCP sofrida em 2022.

Atento o aumento da litigiosidade nesta matéria e os dissensos verificados, a 12.^a alteração do CCP, concretizada através do DL n.º 78/2022, de 7 de novembro, provocou mudanças neste domínio. Persistiam soluções no labor judicial muito diferentes entre si, vigorando, assim, um clima de insegurança jurídica, que se refletia, por sua vez, junto das entidades adjudicantes. Assim, nos termos do preâmbulo do diploma que concretiza estas recentes alterações, o legislador procurou *clarificar* e *atualizar* o regime contemplado no artigo 72.^o⁴⁷.

Nos termos da redação atual do preceito, o legislador enuncia um elenco exemplificativo de situações de irregularidades formais, sendo imperativo que o júri convide ao seu suprimento. Numa primeira leitura verifica-se que se abandona o conceito de *irregularidades formais não essenciais*. Deixa, assim, de ser necessária a avaliação da essencialidade (ou não) da formalidade em causa.

Nesta senda, parecem confluir duas correntes⁴⁸ doutrinárias e jurisprudenciais: (i) a corrente mais *substancialista*⁴⁹, mais favorável ao aproveitamento das propostas, apelando ao princípio da concorrência; e (ii) a corrente *formalista*, atenta a eventuais manipulações dos concorrentes para retirar vantagem do mecanismo⁵⁰, que privilegia a igualdade de tratamento entre concorrentes.

Quanto ao momento procedimental, o suprimento deve ter lugar assim que comece a fase de análise das propostas. No entanto, a prática tem revelado que os concorrentes se pronunciam no momento da audiência contra a proposta da sua exclusão. Caso o júri aceite, o concorrente poderá se convidado a suprir a irregularidade⁵¹.

Aqui chegados, importa agora atentar no teor do normativo atualmente em vigor⁵²:

⁴⁷ Conforme se retira do preâmbulo do DL n.º 78/2022, de 7 de novembro, “[a] par de cirúrgicas alterações de redação a normas do CCP, de intuito clarificador e/ou atualizador, como sejam os casos das que ora se promovem aos artigos 72.º, 295.º, 335.º, 397.º e 444.º, procede-se ainda a um outro conjunto de alterações com o ensejo de aprimorar disposições que têm revelado menor alinhamento com o teor das diretivas europeias em matéria de contratação pública”.

⁴⁸ Cf. Oliveira, 2023, pp. 35 e 36.

⁴⁹ Neste sentido, os autores Miguel Assis Raimundo e Pedro Costa Gonçalves. Na jurisprudência, destacam-se os Acórdão do STA, de 11 de setembro de 2019, no âmbito do processo n.º 0829/18.3BEAVR e o Acórdão do TdC n.º 23/2021, (proc. n.º 1446/2021). Cf. Oliveira, 2023, pp. 35 e 36.

⁵⁰ Num sentido mais formalista, os autores Pedro Fernández Sánchez e Luís Verde de Sousa. No plano jurisprudencial, veja-se o Acórdão do STA, de 25 de novembro de 2021, (proc. n.º 0210/18.4BELLE, bem como o Acórdão do TdC n.º 4/2022, (proc. n.º 1446/2021). Cf. Oliveira, 2023, pp. 35 e 36.

⁵¹ Gonçalves, 2023, pp. 771 e 772.

⁵² A análise das alíneas será realizada no ponto 3.2.

“O júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento de irregularidades formais das suas candidaturas⁵³ e propostas que careçam de ser supridas, desde que tal suprimento não seja suscetível de modificar o respetivo conteúdo e não despreste os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência, incluindo, designadamente: (...)”.

Fazendo um primeiro balanço, o regime atualmente em vigor constitui um *elemento de defesa* para os concorrentes, atendendo ao carácter imperativo do convite ao suprimento, evitando, assim, controvérsias nas exigências procedimentais⁵⁴. Por outro lado, a atual disposição do n.º 3 do artigo 72.º do CCP assume um âmbito genérico⁵⁵. O legislador abandona (de vez) o conceito de *formalidades não essenciais*, mas não definiu um critério fechado para o tipo de irregularidades formais a considerar.

Partindo para uma análise sistemática do normativo, importa notar que os limites subjacentes ao n.º 2 do artigo 72.º aplicam-se de forma a compatibilizar-se com as condições para suprir irregularidades formais, nos termos do n.º 3. Assim, acabamos por assistir a uma harmonização entre os n.ºs 2, 3 e 4⁵⁶. Naturalmente, a finalidade alcançada pelos esclarecimentos não pode ser suscetível de regularizar uma irregularidade material da proposta ou candidatura. Ademais, não podem os esclarecimentos originar uma alteração, completude da proposta ou candidatura, nem suprir omissões que ditariam a sua exclusão.

Atenta a literalidade do normativo, importa analisar as latitudes do conceito de “irregularidades”. Por norma, qualificam-se as propostas de irregulares quando se verifica preterição de requisitos de ordem formal, material e, também, orgânico⁵⁷. No entanto, nos termos da alínea b) do n.º 4 do artigo 26.º da Diretiva 2014/24/UE, as *propostas irregulares* são aquelas “que não se encontrem em conformidade com o disposto na documentação relativa aos concursos, cuja receção ocorra demasiado tarde, que revelem indícios de conluio ou corrupção, ou cuja qualidade seja considerada pela autoridade adjudicante anormalmente baixa”. Parece-nos um entendimento restritivo, tal como sugere Pedro Costa Gonçalves⁵⁸. A par deste conceito, a Diretiva 2014/24/UE avançou com a delimitação conceptual de *propostas inaceitáveis* e *propostas inadequadas*, apontando para a substancialidade da proposta ou candidatura. Consideram-se inaceitáveis as propostas que não possuam as qualificações exigidas e as

⁵³ A propósito das candidaturas, importa notar que o regime que lhes é aplicável não é novidade. A *ratio* acaba por ser a mesma que predominava na legislação anterior ao CCP – um concorrente que não juntasse algum dos documentos relativos à qualificação, poderia juntá-los, visto que esses mesmos documentos se limitariam a comprovar qualidades ou factos anteriores à data para apresentação das candidaturas. Cfr. Tavares, 2019, p. 321.

⁵⁴ Cfr. Raimundo, 2022, p. 493.

⁵⁵ Neste sentido, *idem*, p. 495.

⁵⁶ Neste sentido, Gonçalves, 2023, p. 760.

⁵⁷ Neste sentido, Gonçalves, 2023, p. 762.

⁵⁸ Gonçalves, 2023, pp. 762 e 763.

que apresentem um preço superior ao preço base. Por sua vez, serão inadequadas as propostas que não satisfaçam as necessidades e requisitos estabelecidos pela entidade adjudicante nas peças do procedimento e que careçam de alterações substanciais para garantir a sua conformidade.

3.1. Pressupostos e limites

Os pressupostos de aplicação do mecanismo de suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas merecerão a nossa atenção.

i) As irregularidades formais

Apesar de a norma parecer ser autoexplicativa quanto à configuração das irregularidades passíveis de suprimento, importa autonomizar este ponto. Numa primeira leitura do n.º 3 do artigo 72.º conclui-se que apenas podem ser objeto de suprimento as irregularidades formais. Por outras palavras, o mecanismo só poderá ser acionado quando as propostas e as candidaturas padecerem de vícios formais.

No entanto, existem irregularidades formais que assumem uma relevância material e que, conseqüentemente, influem na substância da proposta. Pedro Costa Gonçalves⁵⁹ avança com o exemplo da falta de um documento que comprova a inexistência de qualquer impedimento. Ora, este caso não deixa de se tratar de uma irregularidade formal, mas o fim visado com a entrega do documento é evitar qualquer irregularidade orgânica, configurando-se, assim, uma irregularidade formal, mas também orgânica.

Padecem de irregularidades formais as propostas apresentadas depois do prazo fixado para a apresentação. Acontece que uma proposta apresentada fora do prazo nunca⁶⁰ poderá sofrer uma “regularização”, uma vez que a proposta não será justamente contemplada na fase de análise das propostas.

Por sua vez, uma proposta que não seja constituída pelos documentos exigidos, à luz do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 57.º, bem como no n.º 1 do artigo 57.º-A do CCP, será uma proposta que padece de vícios formais. Note-se que uma proposta poderá estar afetada por uma irregularidade formal e material em simultâneo. A não entrega de um documento será, *prima facie*, uma irregularidade formal, na medida em que a proposta é apresentada sem os documentos exigidos. Porém, esse mesmo documento poderá cumprir uma função comprovativa dos atributos ou termos e condições que a proposta deve observar⁶¹. Ou seja, a não apresentação desse documento poderia ditar a falta de

⁵⁹ Gonçalves, 2023, p. 766.

⁶⁰ Exceto nas situações de *justo impedimento*.

⁶¹ Gonçalves, 2023, p. 775.

apresentação de atributos ou de termos e condições da proposta. Sendo a resposta positiva, a exclusão da proposta fundar-se-ia em razões materiais, conforme o disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP ⁶².

Assim sendo, exige-se especial cautela na análise das irregularidades, na medida em que se pode dar o caso de, numa primeira leitura, o intérprete encarar uma irregularidade como formal e subsumi-la ao regime dos suprimientos, quando, na verdade, pode assumir uma dimensão de materialidade subjacente.

Conforme se analisará de seguida, as situações contempladas na alínea e) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP (que traduz o não cumprimento dos artigos 57.º, n.ºs 4 e 5, e 58.º do CCP) compreendem, nomeadamente, a falta de assinatura pelo concorrente ou por representante com poderes para o obrigar e o não cumprimento das regras quanto ao idioma dos documentos da proposta. As alíneas f), g) e h) do n.º 2 do artigo 146.º reportam-se às propostas variantes.

Por sua vez, a alínea l) contempla o desrespeito pelas formalidades atinentes à apresentação das propostas, nos termos do artigo 62.º do CCP. Em último lugar, cumpre destacar as situações em que são preteridas exigências formais fixadas pelo programa do concurso cujo incumprimento culmine na exclusão da proposta. Neste último caso convocam-se os artigos 132.º, n.º 4 e 146.º, n.º 2, alínea n) do CCP.

(ii) da *necessidade de suprimento*

Conforme se aferiu anteriormente, o mecanismo de suprimento aplica-se apenas às propostas afetadas com irregularidades formais. No entanto, apenas são objeto de sanção de irregularidades as propostas que carecem de suprimento. São apenas consideradas as situações que culminariam numa exclusão. O intérprete deverá previamente questionar se a irregularidade com que se depara conduz à exclusão ou não da proposta ou candidatura.

Assim, se uma irregularidade não conduzir a uma exclusão, não será necessário “salvar” a proposta, ou seja, o suprimento não se torna necessário⁶³. Afinal, a proposta nunca seria excluída do procedimento pré-contratual. O suprimento tem de se revelar indispensável para “salvar” a proposta da exclusão.

Desde logo, se a lei ou as peças do procedimento não determinarem que a preterição de uma determinada formalidade conduz à exclusão da proposta, o suprimento releva-se desnecessário. Se não é exigida a verificação de determinada formalidade, a sua omissão ou irregularidade na forma de apresentação não determina

⁶² Neste sentido, *idem*, pp. 775 e 776.

⁶³ Gonçalves, 2023, p. 767.

a exclusão da proposta, revelando-se “inútil”⁶⁴ a aplicação do mecanismo. É o caso, por exemplo, da falta de junção de tradução, sendo esta facultativa.

Apesar de o preceito legal já não prever expressamente o conceito de formalidade essencial ou não essencial, a verdade é que algumas vozes na doutrina defendem a sua aplicação de forma ancilar. Pedro Costa Gonçalves aponta para os casos em que a finalidade da exigência de determinadas formalidades é alcançada por outra via, sendo que nesses casos, segundo o autor, “o efeito da irregularidade não se produz”⁶⁵. A este propósito, importa não esquecer o Acórdão do STA, de 1 de outubro de 2015 (proc. n.º 0856/15), já referenciado anteriormente.

iii. a (in)suscetibilidade de modificação do conteúdo e o quadro principiológico como limites à aplicação do mecanismo de suprimento

Nas palavras do legislador, o suprimento de uma irregularidade formal é possível, “desde que tal suprimento não seja suscetível de modificar o respetivo conteúdo e não desrespeite os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência”.

A suscetibilidade de modificação do conteúdo da proposta apresenta-se como um primeiro limite⁶⁶ do mecanismo de suprimento de irregularidades formais⁶⁷. Na verdade, não é necessário que se verifique uma modificação da proposta para este limite atuar. Pedro Costa Gonçalves salienta com pertinência que basta apenas o *mero risco* de modificação do conteúdo da proposta⁶⁸. A existir uma modificação da proposta, feriam-se vários princípios jurídicos, como o princípio da concorrência e o princípio da igualdade e da transparência.

No que respeita às candidaturas, acompanhamos a posição de Pedro Costa Gonçalves⁶⁹. Este limite não parece aplicável. Ao contrário do que sucede com as propostas, os documentos que compõem as candidaturas exteriorizam uma vontade de contratar sob determinados termos e condições. Portanto, a candidatura não vincula um concorrente a uma determinada prestação, em moldes específicos de execução⁷⁰. Por norma, as candidaturas não padecem de vícios materiais, uma vez que não existe um *conteúdo* propriamente dito cujo teor seja suscetível de violar disposições materiais.

O n.º 2 do artigo 72.º consagra o princípio geral de intangibilidade das propostas, sendo o ponto de partida para o regime do suprimento de irregularidades (n.º 3) e o regime dos esclarecimentos (n.º 4). A mínima alteração das propostas, após o momento

⁶⁴ Santos, 2023, p. 77.

⁶⁵ Gonçalves, 2023, p. 768.

⁶⁶ Santos, 2023, p. 77.

⁶⁷ Em razão da natureza negativa do pressuposto em oposição aos anteriores já referenciados, designamos estes dois últimos pressupostos gerais como “limites” à aplicação do mecanismo.

⁶⁸ Acompanhamos a posição de Gonçalves, 2023, p. 769.

⁶⁹ *Idem*, p. 703.

⁷⁰ *Idem*, p. 703.

da sua apresentação, terá sempre que passar pelo crivo do *sistema principiológico* da disciplina da contratação pública⁷¹. Note-se que este limite principiológico já era evidente em anteriores acórdãos dos tribunais administrativos. Este segmento acompanha a parte final do n.º 3 do artigo 56.º da Diretiva 2014/24/UE, que determina ser crucial “[o] respeito integral dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência”. Com efeito, é precisamente a referência aos princípios que torna o artigo 72.º, n.º 3, do CCP compatível com o artigo 56.º, n.º 3, da Diretiva.

Desde logo, seria molestado o princípio da imutabilidade das propostas. A imutabilidade das propostas é indissociável do princípio da igualdade e concorrência⁷². Desde 2017, o legislador procurou encontrar uma harmonização entre os princípios da concorrência, proporcionalidade, razoabilidade, boa-fé, justiça com os princípios da igualdade, transparência e imparcialidade⁷³.

É inegável que o mecanismo do suprimento se revela benéfico para a entidade adjudicante⁷⁴. Na verdade, se o critério de adjudicação for o preço mais baixo e a proposta com o preço mais baixo estiver afetada por irregularidades formais, a melhor proposta poderá ficar “salva” com a aplicação do mecanismo de suprimento.

3.2. O elenco exemplificativo

Uma das (grandes) novidades da revisão do CCP em 2022 foi a consagração, no n.º 3 do artigo 72.º, de uma enumeração exemplificativa de casos abrangidos pelo mecanismo de suprimento de irregularidades. Não sendo um elenco taxativo⁷⁵, poderão existir casos de irregularidades formais (que cumprem os restantes pressupostos de aplicação do mecanismo) que não se subsumem ao elenco presente no normativo. Não obstante, esta “clarificação”, nas palavras do legislador, culminou num preceito mais densificado e, conseqüentemente, menos equívoco⁷⁶.

A **alínea a)** do n.º 3 do artigo 72.º contempla uma situação que resulta da redação do preceito adotada em 2017⁷⁷. A apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação configura uma das hipóteses de situações suscetíveis de suprimento. Reconduzem-se a esta alínea os certificados ambientais e documentos de habilitação que atestem qualidades ou

⁷¹ Raimundo, 2022, p. 500.

⁷² Silva, 2023, p. 378. No mesmo sentido, Santos, 2023, p. 77.

⁷³ Silva, 2023, p. 379.

⁷⁴ Gonçalves, 2023, p. 769.

⁷⁵ Santos, 2023, p. 78.

⁷⁶ Neste sentido, veja-se Pedro Santos Azevedo. Ademais, o recurso ao advérbio “designadamente” evidencia a natureza exemplificativa das situações formuladas nas alíneas. Cfr. Azevedo, 2023, p. 129.

⁷⁷ “(...) incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura (...)”.

qualificações preexistentes⁷⁸. Quer isto dizer que a falta ou incorreta apresentação de documentos *relativos* a atributos ou termos e condições (quando não está em causa a própria falta do atributo ou termo e condição) também estão contemplados. Trata-se, assim, da falta ou incorreta apresentação de um documento que comprove o atributo ou termo e condição já propostos (noutro documento).

Ademais, o próprio texto da lei inclui nesta alínea as declarações segundo o modelo dos anexos I e V, ou o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP). Recorde-se que a omissão de apresentação destas declarações constitui um fundamento de exclusão da proposta, à luz da alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP⁷⁹. Por ser uma irregularidade suprável, já não é discutível se a falta do Anexo I é motivo de exclusão⁸⁰. Apesar de constar na letra da alínea a) do n.º 2 do artigo 72.º do CCP, consideramos pertinente traçar uma linha de fronteira entre estes dois documentos. A declaração apresentada segundo o modelo do Anexo I é emitida sob compromisso de honra. O concorrente declara que se obriga a cumprir e executar o futuro contrato que vier a ser celebrado em consonância com o fixado no Caderno de Encargos, sendo que ao prestar a declaração está a aceitar, sem reservas, todas as cláusulas daquele. Ademais, através do Anexo I, o concorrente enumera todos os documentos que constituem a proposta, assim como declara que não se encontra em situação de impedimentos, nos termos do artigo 55.º do CCP.

Por sua vez, nos procedimentos com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), o DEUCP é apresentado em substituição da declaração conforme com o Anexo I, conforme prescreve o artigo 57.º, n.º 6, do CCP. Neste caso, os concorrentes não assumem o compromisso vertido na declaração conforme o Anexo I, podendo, contudo, ser exigida uma declaração através da qual o concorrente se vincule a executar o contrato em conformidade com o Caderno de Encargos⁸¹.

Apesar de se encontrar autonomamente consagrada numa alínea (sendo agora uma opção clara⁸²), a incompleta ou não apresentação de documentos constitutivos da proposta que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores nem sempre reuniu consenso junto da doutrina e dos tribunais, encontrando-se acórdãos com arestos em sentidos díspares. O STA veio referir, em Acórdão, de 11 de setembro de 2019 (proc. 0829/18.3BEAVR), que “[a] falta de apresentação de “DEUCP” (que apesar de obrigatória não era exigida no programa do concurso) não conduz à imediata exclusão do candidato, apenas implicando o convite ao suprimento (...)”.

⁷⁸ Destacam-se os Acórdãos do TCA Norte, de 19 de fevereiro de 2021, processo n.º 00731/20.9BELSB; e do TCA Sul, de 10 de dezembro de 2020, processo n.º 149/20.3BEALM.

⁷⁹ Gonçalves, 2020, p. 770.

⁸⁰ Azevedo, 2023, p. 131.

⁸¹ Gonçalves, 2023, p. 492.

⁸² Azevedo, 2023, p. 130.

Cumpra indagar sobre a inclusão do Anexo I no elenco exemplificativo do n.º 3 do artigo 72.º do CCP. Esta declaração assume um contorno especial⁸³ e não se confunde com o DEUCP. O seu carácter imperativo é sublimado, trata-se de um requisito elementar definido pelo legislador. Entende-se que a declaração conforme o Anexo I e o DEUCP assumam um estatuto procedimental idêntico e, consequentemente, que a sua falta seja motivo de exclusão. Atenta a teleologia subjacente ao Anexo I, questiona-se se a sua posterior submissão não fere os princípios gerais da contratação pública. Na verdade, permite-se que um concorrente receba a vantagem de decidir se pretende ou não continuar a vincular-se à sua proposta, num momento em que os restantes concorrentes cumpridores se vincularam⁸⁴.

Reconhecemos que se trata de uma declaração genérica de compromisso, pelo que os concorrentes terão sempre que se manifestar de forma específica quanto às condições e especificações que decorrem das peças do procedimento. Assim entendeu o STA, em Acórdão de 7 de setembro de 2023, (proc. n.º 0462/22.5BELSB). Ora, o STA veio referir que “[a] finalidade da declaração genérica visa dispensar os concorrentes a pronunciar-se especificadamente sobre todas e cada uma das especificações técnicas ou exigências constantes das peças do procedimento para as quais a entidade adjudicante não exige a pronúncia específica, por se saber que, em muitos casos, tal poder ser muito oneroso para os concorrentes, atento o elevado número ou a complexidade das especificações técnicas ou exigências”.

Não obstante este alcance genérico, estes documentos assumem um carácter vinculativo, indispensável para o desenrolar do procedimento. No entanto, acompanhamos a posição vertida no TCA Norte, no Acórdão de 20 de outubro de 2023, (proc. n.º 00018/23.5BEMDL), no que à essencialidade da declaração diz respeito. A abordagem já não deverá ser feita tendo em consideração a dualidade de formalidades essenciais ou não essenciais, mas pelo ferimento dos princípios. Estaríamos a reduzir a importância da presente formalidade.

O legislador italiano tem acompanhado as opções do legislador português. Na verdade, o instituto “soccorsio istruttorio” teve reconhecimento na Lei n.º 241/1990. O artigo 6.º do referido diploma permitia a retificação de declarações ou de pedidos errados ou incompletos⁸⁵. À semelhança dos dissensos verificados nos tribunais administrativos portugueses quanto a esta matéria, os tribunais italianos foram-se pautando por construções de limites, sendo que apenas era possível regularizar a documentação já apresentada, mas nunca incorporar novos documentos.

⁸³ É a manifestação da “vontade negocial”. Sánchez, 2020, p. 26.

⁸⁴ Sánchez, 2022, p. 104.

⁸⁵ Fantini & Simonetti, 2017, p. 85.

Subsequentemente, em 2016, o artigo 83.º, n.º 9, do Decreto-Legislativo n.º 50/2016 (“Codice dei contratti pubblici”) veio alargar o âmbito de aplicação do instituto⁸⁶, possibilitando sanar “deficiências de qualquer elemento formal [da proposta]”, assim como situações de “falta, incompletude” de outros elementos, destacando-se o DEUCP.

Retomando a análise do teor do n.º 3 do artigo 72.º do CCP, a **alínea b)** reporta-se à não junção de tradução em língua portuguesa de documentos apresentados em língua estrangeira. Cumpre referir que o artigo 146.º, n.º 2, alínea d), do CCP deixou de determinar a exclusão das propostas que violem o artigo 58.º do CCP. Trata-se de uma solução favorável, uma vez que mantém a obrigatoriedade de redação dos documentos em português.

Contudo, apesar de não se tratar de uma exigência legal, poderá ser imposta pelas peças do procedimento, que poderão determinar a exclusão em caso de incumprimento⁸⁷. Nesse caso, o suprimento já será necessário.

3.3. Em especial, as assinaturas eletrónicas: formalidades com impacto substantivo?

A **alínea c)** do n.º 3 do artigo 72.º do CCP refere que a falta ou insuficiência da assinatura, incluindo a assinatura eletrónica, de quaisquer documentos que constituam a candidatura ou a proposta, podem ser supridas através da “junção de declaração de ratificação devidamente assinada e limitada aos documentos já submetidos”.

É verdade que o legislador no preâmbulo do DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, veio anunciar “[u]ma adequada participação procedimental através de meios eletrónicos”, sendo esta uma das grandes novidades do CCP⁸⁸. Apesar de se registarem várias vantagens, em especial a transparência⁸⁹ da atividade administrativa, a tramitação eletrónica de procedimentos pré-contratuais trouxe consigo uma forte carga burocrática⁹⁰. Por essa razão, assistiu-se a um novo foco de litigiosidade – a omissão ou insuficiência da assinatura eletrónica de documentos constitutivos da candidatura ou da proposta.

No plano legislativo, a tramitação eletrónica dos procedimentos pré-contratuais teve inicialmente expressão normativa no DL n.º 143-A/2008, de 25 de junho, que incidiu na regulação da disponibilização e da utilização das plataformas eletrónicas de

⁸⁶ Bonaiti & Stefano Vaccari, 2023, pp. 183 e 184.

⁸⁷ Gonçalves, 2023, p. 770.

⁸⁸ Caldeira, 2020, p. 7.

⁸⁹ Raimundo, 2018, p. 132.

⁹⁰ Caldeira, 2020, p. 7.

contratação pública⁹¹, assim como na Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de julho⁹², que definiu os requisitos e condições a que deve obedecer a utilização de plataformas eletrónicas. Os referidos diplomas foram mais tarde substituídos pela Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública, que designaremos por “LPE”.

Atento este quadro legal, a apresentação das propostas ou candidaturas em desrespeito pelas *formalidades eletrónicas*⁹³, culminaria na exclusão da proposta ou da candidatura, nos termos do artigo 146.º, n.º 2, alínea l), e do artigo 184.º, n.º 2, alínea i) do CCP, respetivamente.

Dos vários pontos mais candentes, ressaltam dois: a questão da assinatura eletrónica (não) individualizada dos documentos constitutivos e o momento da aposição da assinatura. Quanto à primeira questão, a LPE veio clarificar no n.º 5 do artigo 54.º que a aposição de assinatura eletrónica qualificada “deve ocorrer em cada um dos documentos eletrónicos (...) sob pena de causa de exclusão da proposta nos termos do artigo 146.º do Código dos Contratos Públicos”. Este preceito veio serenar as controvérsias na doutrina e nos tribunais⁹⁴. Quanto à discussão sobre a essencialidade (ou não) das assinaturas, o STA, em Acórdão de 3 de dezembro de 2015 (processo n.º 01028/15, em sede de revista excecional) veio sustentar que a exigibilidade de assinatura eletrónica em todos os documentos constitutivos da proposta se afigura uma opção legislativa clara, justificada pela certeza e segurança jurídica. Mais acrescenta o STA que “[a] desconsideração da exigência legal frustraria esse objectivo, introduzindo margem de incerteza ou alastramento da controvérsia num aspeto do procedimento onde o legislador privilegiou uma solução ordenada a eliminá-las”.

Na verdade, a temática relativa ao *carregamento progressivo* das propostas, regulado no artigo 68.º da LPE, tem gerado uma crescente litigiosidade junto dos tribunais. O preceito permite o carregamento progressivo das propostas, até ao fim do prazo para a submissão das mesmas. O n.º 4 preceito veio consagrar a modalidade de carregamento “ficheiro fechado” – quando o interessado realiza o carregamento, na plataforma eletrónica, de um ficheiro de uma proposta, este deve estar já encriptado e assinado com recurso a assinatura eletrónica qualificada –, ao passo que o n.º 5 veio estabelecer a modalidade de “ficheiro aberto”, através da qual os ficheiros das propostas

⁹¹ Transpondo, assim, o artigo 29.º da Diretiva 2014/23/UE.

⁹² Nos termos dos artigos 18º, n.ºs 3 e 4, e 27.º, n.º 1, devem ser assinados todos e cada um dos documentos que compõem a proposta no procedimento de empreitada de obra pública, submetida à plataforma eletrónica oficial.

⁹³ Assim designado por Raimundo, 2022, p. 508.

⁹⁴ A este respeito, vejam-se os arestos dos Acórdãos do STA, de 30 de janeiro de 2013 (proc. n.º 01123/12; e de 3 de dezembro de 2015 (proc. n.º 01028/15). Questionava-se se a segurança jurídica, fidedignidade e autenticidade ficariam comprometidas com a assinatura não individualizada. Cf. Matos & Azevedo, 2014, p. 40.

podem ser carregados de forma progressiva na plataforma eletrónica, encriptados⁹⁵, permitindo a permanente alteração dos documentos até ao momento da submissão.

Assim, e tal como já entendido pelo STA em várias pronúncias, a modalidade de carregamento progressivo permite que o carregamento do ficheiro até à sua submissão. Assim, a assinatura do ficheiro não é exigida até este momento. O STA considerou que “(...) não é por os ficheiros informáticos e formulários (...) não se encontrarem assinados antes do seu carregamento na plataforma que ela deixa de se considerar vinculada ao que deles consta (...)” – Acórdão do STA, de 06.12.2018, processo n.º 0278/17.0BECTB⁹⁶).

Com relevo para a apreciação desta temática, cumpre analisar duas linhas de raciocínio que acompanham esta discussão:

(i) a admissibilidade do suprimento de irregularidades, isto é, a aposição em falta e correção da insuficiência da assinatura⁹⁷, incluindo a assinatura eletrónica⁹⁸. O TCA Sul, em Acórdão de 30 de abril de 2020 (proc. 245/19.0BEFUN), veio apresentar uma *nuance*. O tribunal concedeu provimento ao recurso, tendo entendido que, embora a recorrente não tenha assinado eletronicamente o documento, após a assinatura eletrónica no momento da apresentação efetiva da proposta, pela sua submissão na plataforma eletrónica. Considerou o Tribunal que esta formalidade essencial [assim entendida pelo Tribunal] se poderia degradar, uma vez que a concorrente se vinculou “[a] cumprir os termos, condições, especificações, preços, vertidos em cada um dos documentos constantes da proposta, independentemente da sua prévia e individual assinatura, e assumidos na plataforma como versão final, inalterada e inalterável daquela”.

A jurisprudência financeira reconhece em vários acórdãos a possibilidade de suprimento. Refere o TdC no Acórdão n.º 17/2020 (proc. n.º 4201/2019), que “[o] suprimento não era suscetível de introduzir qualquer alteração nas qualidades da proposta, não tendo, consequentemente, qualquer impacto na sua concorrência”. Por sua vez, no Acórdão n.º 23/2021 (proc. n.º 1446/2021), é entendido que “[a] não aposição de assinatura digital qualificada, conforme exigido no programa de

⁹⁵ A encriptação dos documentos não se confunde com a aposição da assinatura qualificada.

⁹⁶ Importa notar que mesmo na modalidade de carregamento fechado, a submissão da proposta só é concluída com a sua assinatura eletrónica. A partir desse momento, considera-se completa, termina a pendência procedimental. Veja-se Oliveira & Oliveira, 2011, p. 903.

⁹⁷ Ancorando-se no princípio da proporcionalidade, veja-se, desde logo, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 22.10.2010, processo n.º 00323/10.0BECBR, no qual o Tribunal referiu ser desproporcional a exclusão da proposta, devendo o júri ter convidado à regularização.

⁹⁸ Veja-se o Acórdão do TCA Norte, de 23.11.2018, proferido no âmbito do processo n.º 00887/14.0BEVIS, no qual o Tribunal rejeitou a exclusão da proposta em virtude de “[a] aposição da assinatura eletrónica (...) [não se traduzir num] vício substancial mas meramente formal, de uma formalidade *ad probationem* (...)”.

concurso e nos termos do n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, (...) configura uma irregularidade, formalidade não essencial”.

(ii) e a não admissibilidade de suprimento em virtude de se tratar de uma formalidade insuscetível de degradação em formalidade não essencial⁹⁹.

Já no que concerne ao agrupamento de ficheiros, recentemente, o STA, em acórdão de 17 de novembro de 2023¹⁰⁰ (proc. n.º 12/2023), veio uniformizar as regras quanto à assinatura digital dos documentos das propostas. Decidiram os Juízes Conselheiros que “[a] submissão de uma proposta num ficheiro em formato PDF assinado digitalmente que agrupou vários documentos autónomos não assinados eletronicamente não cumpre a exigência da assinatura individualizada de cada documento imposta pelo n.º 4 do artigo 57.º do CCP e pelo n.º 5 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015”. No acórdão recorrido, o Tribunal entendeu interpretar a assinatura do PDF dos documentos da proposta como a assinatura de cada documento nele [PDF] integrado. Ora, como se verificou, o STA veio mais tarde apelar à garantia da integralidade da proposta.

Nos dias de hoje, atenta a alínea c) do n.º 3 do artigo 72.º do CCP, é discutível que uma proposta apresentada nas condições enunciadas no acórdão seja excluída por preterição de uma formalidade essencial. A norma *sub judice* é clara quando refere “falta ou insuficiência de quaisquer documentos”. Ademais, a nosso ver, a intangibilidade da proposta (e dos documentos) nunca seria colocada em causa, na medida em que as próprias plataformas eletrónicas impedem a alteração das propostas, a revisão de autoria, bem como, o desrespeito pelo mapa principiológico da contratação pública¹⁰¹. Deste modo, não é equacionável questionar o limite geral do n.º 2 do artigo 72.º do CCP, na medida em que não está em risco uma modificação do conteúdo da proposta ou a violação dos princípios jurídicos (conforme se retira, aliás, dos artigos 31.º, 50.º e 52.º da LPE).

Acompanhamos a opinião de Pedro Santos Azevedo¹⁰², que reconhece a bondade da alteração, admitindo que esta alteração legislativa vem abalar a controvérsia em torno da questão das assinaturas eletrónicas. Abandona-se, assim, a corrente substancialista, avistando-se uma mudança de paradigma nesta matéria.

⁹⁹ Veja-se o Acórdão do STA, de 23 de abril de 2020, Processo n.º 02226/18.1BELSB. O tribunal *a quo* decidiu sem averiguar no caso concreto a omissão de assinatura antes do carregamento na plataforma. Veio o STA reiterar que a não aplicação da teoria da degradação das formalidades essenciais em não essenciais (...) violou[-se] os princípios da proporcionalidade, da boa-fé na vertente da primazia da materialidade subjacente e do aproveitamento dos atos administrativos de que aquela teoria é corolário”.

¹⁰⁰ No voto de vencido, o Juiz Conselheiro Carlos Luís Medeiros de Carvalho refere que “no domínio da contratação pública deve observar-se o princípio do favor participationis, ou do favor do procedimento, que impõe que, em caso de dúvida, se privilegie a interpretação da norma que favoreça a admissão do concorrente, ou da sua proposta”.

¹⁰¹ Neste sentido, acompanhamos Oliveira, 2023, p. 38.

¹⁰² Azevedo, 2023, p. 131.

No entanto, várias questões são ainda inconclusivas: desde logo, o intérprete encontra como paralelo na análise deste instituto da ratificação o artigo 268.º do Código Civil, sendo, assim, pouco claro se o instituto se destina apenas aos poderes do assinante da proposta¹⁰³. Na esteira de raciocínio de Pedro Costa Gonçalves, a referência do instituto da ratificação permite abranger as situações de suprimento necessários na sequência da falta de assinatura de quem (já) detinha poderes¹⁰⁴. Ademais, o legislador *deixa em aberto* o processo de ratificação, isto é, a sua materialização no decorrer do procedimento. Por último, consideramos que o inciso “ratificação devidamente assinada” não esvazia de sentido o debate quanto às assinaturas.

Ficaremos, todavia, pela breve referência a este assunto, uma vez que, e acompanhando o raciocínio de Pedro Santos Azevedo¹⁰⁵, o problema reside precisamente no regime das plataformas eletrónicas e, consequentemente, das assinaturas.

Atento o artigo 7.º, n.º 1, do DL n.º 290-D/99, de 2 de agosto, retiram-se, através de presunções legais, três finalidades da exigência de assinatura eletrónica qualificada: (i) função identificadora (o documento é assinado por quem tem poderes para o ato); (ii) função finalizadora (intenção subjacente de assinar); (iii) e função que atesta a inalterabilidade do documento *in casu*. Estas serão parâmetros de análise a ter em consideração na tarefa de se apurar o cumprimento destas exigências formais eletrónicas. A questão que tem permanecido na ordem do dia é a de saber se o carregamento de ficheiros sem assinatura eletrónica qualificada e a sua posterior aposição vem ferir a inalterabilidade do conteúdo dos documentos.

Ora, parece-nos excessivamente formalista excluir uma proposta a cujos documentos tenha sido aposta assinatura eletrónica qualificada apenas no momento da sua elaboração ou no momento da sua entrega efetiva. As duas modalidades de carregamento são, assim, alternativas, na medida em que ambos os casos estão assegurados a inalterabilidade dos documentos findo o prazo de apresentação de propostas.

O DL n.º 290-D/99, de 2 de agosto¹⁰⁶, estabelece uma presunção no artigo 7.º, n.º 1, alínea c). Do preceito retira-se que o conceito de “assinatura eletrónica qualificada” encerra em si a presunção de que o documento não irá sofrer alterações a partir do momento em que lhe é aposta a assinatura eletrónica qualificada. O problema de base da inatingibilidade dos documentos das propostas assinados com assinatura eletrónica qualificada advém das próprias plataformas e não da possibilidade ou não de suprimento. Na verdade, o artigo 31.º da LPE permite extrair um raciocínio lógico-

¹⁰³ Neste sentido, Santos, 2023, p. 79.

¹⁰⁴ Gonçalves, 2023, p. 771.

¹⁰⁵ Azevedo, 2023, p. 131.

¹⁰⁶ Na redação do Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de abril.

dedutivo. A própria plataforma regista todas as incidências, assim como estas têm o “dever” de conservar os documentos no seu formato original.

Em Acórdão, de 10 de dezembro de 2020 (proc. n.º 149/20.3BEALM), o TCA Sul veio enaltecer que os valores acautelados com a assinatura eletrónica eram satisfeitos em ambas as modalidades de carregamento dos documentos da proposta.

Cumprir notar que no direito francês, o artigo R2152-2 do *Code de la commande publique* estabelece que a entidade adjudicante pode autorizar a regularização das propostas dentro de um prazo apropriado, desde que estas não sejam anormalmente baixas. Mais acrescenta¹⁰⁷ que a regularização das propostas afetadas por irregularidades não pode ter por efeito a alteração das *características substanciais* das propostas¹⁰⁸. No que às assinaturas diz respeito, importa recordar a decisão do *Conseil d'État, 7ème – 2ème chambres réunies*, de 28 de março de 2022, n.º 454341. Na referida decisão, um dos formulários exigidos não foi acompanhado de assinatura, nem devidamente preenchido, tendo o *Conseil d'État* referido que não havia lugar à regularização.

¹⁰⁷ “La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles”.

¹⁰⁸ Raimundo, 2022, p. 497.

4. Da compatibilidade com o direito europeu

Aqui chegados, cumpre notar que a admissibilidade do suprimento de irregularidades tornou-se globalmente mais favorável com a emergência do quadro normativo europeu (*in casu*, com as Diretivas de 2014), acompanhada da evolução da jurisprudência do TJUE. Assim, fruto da europeização, a harmonização de culturas jurídico-administrativas impulsionou os legisladores nacionais a contemplar nas diferentes ordens jurídicas o mecanismo de suprimento de irregularidades.

Nesta senda, analisada a solução normativa portuguesa, é agora tempo de refletir sobre o quadro europeu. As diretivas europeias de contratação pública de 2004 não contemplavam uma solução complexa para esta temática. Em particular, a Diretiva 2004/18/CE apenas indicava no artigo 51.º que a entidade adjudicante podia convidar os operadores económicos a complementar ou a explicitar os documentos e certificados apresentados, nos termos dos artigos 45.º a 50.º. Importa notar que esta possibilidade era exclusiva para os documentos de habilitação e certificados (a fim de atestar, nomeadamente, a “situação pessoal do candidato ou do proponente”, a sua “capacidade económica e financeira”, a “habilitação para o exercício da atividade profissional” e “capacidade técnica e/ou profissional”, bem como a “garantia de qualidade”).

Posto isto, acabou por ser no artigo 56.º, n.º 3, da Diretiva n.º 2014/24/UE que o legislador europeu estabeleceu, ainda que genericamente¹⁰⁹, a possibilidade das entidades adjudicantes solicitarem aos operadores económicos que “apresentem, acrescentem, clarifiquem ou completem a informação ou documentação pertinentes num prazo adequado, desde que tal seja solicitado no respeito integral dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência”. Quer isto significar que este preceito veio provocar uma mudança no que à regularização de propostas nos procedimentos de contratação pública diz respeito, evidenciando uma “abordagem bastante aberta e flexível”¹¹⁰.

Partindo para uma análise do normativo, o âmbito objetivo do preceito enuncia, desde logo, um alargamento face ao artigo 51.º da Diretiva 2004/18/CE. Já não se trata apenas de explicitar ou complementar documentos relativos à habilitação¹¹¹, sendo, assim, possível regularizar a falta de documentos constitutivos da proposta. Tratando-se de um preceito geral, o legislador europeu definiu como limite “[o] respeito integral dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência”¹¹².

¹⁰⁹ Pação, 2020b, p. 46. De igual modo, Sanchez-Graells, 2018, p. 60.

¹¹⁰ Raimundo, 2022, p. 492.

¹¹¹ Santos, 2023, p. 75.

¹¹² Sanchez-Graells, 2018, pp. 60 e 61.

4.1. Da razoabilidade do prazo

O n.º 3 do artigo 72.º do CCP indica um prazo de cinco dias dado ao concorrente para suprimimento das irregularidades da proposta. A este propósito, o legislador europeu apela na diretiva a um “prazo razoável”, conferindo assim margem para fixação do prazo. Miguel Assis Raimundo defende que o prazo de 5 dias pode revelar-se insuficiente, especialmente nos casos em que o fundamento da irregularidade da proposta necessitar de mais tempo para o seu suprimimento, advogando uma “dilação adicional a não ser imputável ao concorrente”¹¹³. O autor recorre a outras soluções normativas do CCP para ilustrar que a concessão de um prazo adicional poderia ser acolhida – sendo os casos a que alude os dos artigos 86.º, n.º 3, 91.º, n.º 1 e 92.º do CCP. Já noutro quadrante, Pedro Costa Gonçalves¹¹⁴ defende a admissibilidade de um prazo mais curto, mas nunca mais longo do que cinco dias.

Avistando-se uma posição mais cautelosa (e realista), o novo Código dos Contratos Públicos italiano, aprovado pelo Decreto-Legislativo n.º 36/2023, de 31 de março de 2023, procurou simplificar e clarificar o instituto (tal como o legislador português com a revisão do CCP em 2022). Assim, no artigo 101.º, n.º 1 do referido diploma, o legislador estabeleceu que a entidade adjudicante atribui um prazo não inferior a cinco dias e máximo de dez dias para (i) apresentar documentos constitutivos da proposta em falta ou o DEUCP, excluindo-se os documentos que constituem “a oferta técnica e a proposta em termos económicos”; (ii) regularizar omissões, inexatidões ou irregularidades nas propostas, no DEUCP ou em qualquer outro documento solicitado pela entidade adjudicante no programa do concurso. Nos termos do n.º 2, é motivo de exclusão a omissão de suprimimento no prazo estabelecido pela entidade adjudicante.

4.2. Convite ao suprimimento – um verdadeiro dever jurídico da entidade adjudicante?

No que diz respeito à querela “*dever* ou *discrecionarietà*” de solicitar a regularização das propostas, o mecanismo é encarado pelo TJUE como uma faculdade. Vejamos o seguinte segmento no parágrafo 32 do Acórdão *Archus and Gama*: “(...) no que diz respeito à faculdade de pedir aos candidatos que clarifiquem a sua proposta (...)” (sublinhado nosso). Ora, daqui se retira que o artigo 56.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE, aparentemente, procurou deixar margem para a entidade adjudicante decidir solicitar, ou não, o suprimimento¹¹⁵.

¹¹³ Raimundo, 2022, p. 503.

¹¹⁴ Gonçalves, 2023, p. 771.

¹¹⁵ Raimundo, 2022, p. 501.

Ao contrário do legislador português, a jurisprudência europeia tem-se mostrado bastante reticente¹¹⁶ quanto à imposição de um dever de solicitação de suprimento de irregularidades por parte das entidades adjudicantes. Na verdade, afere-se da jurisprudência já aqui enunciada que há uma forte preocupação em não molestar os princípios jurídicos. No Acórdão *Slovensko*, o tribunal refere que “permitir à entidade adjudicante solicitar esclarecimentos (...) a um candidato cuja proposta se considere ser imprecisa ou não conforme às especificações técnicas do caderno de encargos poderia dar a entender que a entidade adjudicante, caso a proposta desse candidato viesse a ser escolhida, negociou a proposta confidencialmente, prejudicando outros candidatos, em violação do princípio da igualdade de tratamento” [para. 37].

À semelhança do legislador português, a jurisprudência italiana, ainda que de forma menos incisiva, também considera imperativo o recurso à figura do “*soccorso istruttorio*”, anteriormente já referida. No recente Acórdão, de 23 de dezembro de 2023, n. 758 do Tribunale Amministrativo Regionale per l’ Umbria, o tribunal reforçou que o instituto visa privilegiar a substância em detrimento da forma, permitindo integrar ou clarificar a documentação já apresentada, desde que tal não implique alterações substanciais.

A solução perfilhada pelo legislador português e italiano é justificada pelo facto de que, estando a proposta sanada de irregularidades, ser possível assegurar a escolha da melhor proposta para a entidade adjudicante¹¹⁷. No ordenamento jurídico português, não restam dúvidas de que se trata de uma “*atuação juridicamente imperativa*”^{118 119}. O teor literal do n.º 3 e do n.º 4 do artigo 72.º do CCP indicia este *dever* com os operadores deônticos “*deve*” e “*procede*”, respetivamente. Por outro lado, esta interpretação seria sempre alcançada através dos princípios jurídicos, como por exemplo, o princípio da boa administração.

Como consequência deste dever, o júri fica assim sem margem para excluir propostas com irregularidades formais nos casos em que era possível o suprimento¹²⁰. No entanto, como refere Pedro Costa Gonçalves¹²¹, a decisão sobre pedir o suprimento de uma irregularidade faz impender sobre a entidade adjudicante, *maxime*, o júri do procedimento uma avaliação quanto aos limites de aplicação do mecanismo. Ou seja, existindo dúvidas quanto ao risco de modificação do conteúdo da proposta, ou quanto à

¹¹⁶ No entanto, ainda que no âmbito dos esclarecimentos, o Acórdão Tideland Signal do TG refere que “(...) estava obrigada a pedir esclarecimentos à recorrente (...) nomeadamente de acordo com o princípio da boa administração”.

¹¹⁷ Neste sentido, Raimundo, 2022, p. 501.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Neste sentido, veja-se a jurisprudência do Tribunal de Contas: Acórdão n.º 17/2020, proferido no âmbito do processo n.º 4201/2019.

¹²⁰ Gonçalves, 2023, p. 771; Raimundo, 2022, p. 502.

¹²¹ Gonçalves, 2023, p. 771.

violação de princípios jurídicos, o autor defende que deve ser remetido para o concorrente o ónus de demonstrar que a irregularidade pode ser suprida através do mecanismo.

4.3. Um quadro principiológico (conflituante) como limite à regularização das propostas

Apesar de não existir uma norma de teor genérico¹²², o TJUE evidenciava *sinais de abertura*¹²³ quanto à possibilidade de sanção de propostas e candidaturas afetadas por irregularidades¹²⁴, ao abrigo dos princípios gerais da contratação pública. Assim, descortina-se uma vasta jurisprudência europeia permissiva à regularização de propostas.

Desde logo, destaca-se o Acórdão *Manova*¹²⁵, de 10 de outubro de 2013, sob o processo n.º C-336/12, nos termos do qual “[o] princípio da igualdade de tratamento deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que uma entidade adjudicante peça a um candidato, após a expiração do prazo previsto para a apresentação de candidaturas a um contrato público, a comunicação de documentos descritos da situação desse candidato, como o balanço publicado, cuja existência antes da expiração do prazo fixado para apresentar as candidaturas é objetivamente averiguável na medida em que os documentos do referido contrato não tenham imposto explicitamente a sua comunicação sob pena de exclusão da candidatura. Tal pedido não deve favorecer ou desfavorecer indevidamente o ou os candidatos a quem o referido pedido foi dirigido” (para. 42). Exemplo de favorecimento seria o concorrente ou candidato em causa ter mais tempo para preparar a apresentação de um documento “mais complexo”¹²⁶.

Neste acórdão procurou-se descortinar se as peças procedimentais determinam a exclusão da proposta ou candidatura com a falta de apresentação de documentos. Caso assim seja, então não haverá lugar à regularização¹²⁷ da proposta ou candidatura. A este propósito, o TJUE justificou que a entidade adjudicante deve observar estritamente os critérios que ela própria fixou (para. 40). Encontramos aqui uma discrepância com o artigo 72.º, n.º 3, do CCP, na medida em que o suprimento só interessa para salvar propostas que podem resultar em exclusão (requisito da *necessidade*). Mesmo posteriormente, no Acórdão *Lavorgna*, de 2 de maio de 2019, processo C-309/18, é referido que “[o] princípio da igualdade de tratamento e o dever de transparência devem

¹²² Raimundo, 2022, p. 491.

¹²³ Santos, 2023, p. 74. Pedro Fernández Sánchez refere que a entrada em vigor das diretivas de 2014 não representa uma revolução em relação ao quadro jurídico anterior. Cfr. Sánchez, 2024, pp. 2 e 3.

¹²⁴ Pação, 2020b, p. 42.

¹²⁵ Arrowsmith, 2014, p. 694.

¹²⁶ *Idem*, p. 695.

¹²⁷ *Idem*, p. 696.

ser interpretados no sentido de que se opõem à exclusão de um operador económico do processo de adjudicação de um contrato público na sequência do incumprimento, por esse operador, de uma obrigação que resulta não expressamente dos documentos relativos a esse processo ou da lei nacional em vigor mas da interpretação dessa lei (...)” [para. 20].

O Acórdão *Slovensko*, de 29 de março de 2012, sob o processo C-599/10, veio declarar que “os elementos relativos à proposta po[dem] ser corrigidos ou completados pontualmente, no caso de necessitarem manifestamente de uma simples clarificação, ou para se eliminarem erros materiais manifestos, desde que essa modificação não conduza, na realidade, à apresentação de uma nova proposta” [para. 40] (sublinhado nosso).

Numa linha de continuidade, o Acórdão *Pippo Pizzo*, de 2 de junho de 2016, sob o processo C-27-15, veio chamar a atenção da interpretação do princípio da igualdade de tratamento e da obrigação de transparência e proporcionalidade. No caso em apreço, existindo uma exclusão na sequência do incumprimento de uma obrigação que não resultava das peças procedimentais, nem da lei, foi entendido que se deve permitir que o operador económico “regularize a situação e cumpra a referida obrigação dentro de um prazo fixado pela entidade adjudicante” [para. 51] (sublinhado nosso). Era, assim, inexigível cumprir com a obrigação.

Após a entrada em vigor do artigo 56.º, n.º 3, da Diretiva n.º 2014/24/EU, no processo C-131/16, Acórdão *Archus and Gama*, de 11 de maio de 2017, realça-se que a solicitação para regularização das propostas não pode conduzir à apresentação de uma nova proposta [para. 31], vindo reafirmar o disposto no parágrafo 39 do *Esaprojekt sp. z o.o.*, de 4 de maio de 2017, sob o processo C-387/14. Ademais, nesta sede é admitida a correção ou completude da proposta “no caso de necessitar obviamente de uma clarificação, ou para se eliminarem erros materiais manifestos (...)” [para. 29]. Desta forma, o suprimento não pode dar oportunidade a alterações substanciais, mas já poderá ocorrer no caso da alteração na proposta da ordem pela qual o concorrente concorre a certos lotes (Acórdão *Partner Apelski Dariusz*, processo C-324/14, de 7 de abril de 2016 [para. 68]); assim como da inclusão de uma nova entidade a subcontratar, após o termo do prazo para apresentação de propostas (Acórdão *Esaprojekt* [para. 44]).

Importa não esquecer o Acórdão *M.A.T.I. SUD*¹²⁸, de 28 de fevereiro de 2018, processos C-523/16 e C-536/16, no qual, em sede de conclusões do Advogado-Geral, enalteceu que a possibilidade de regularização das propostas “pretende corrigir ou

¹²⁸ Na nota 21 das Conclusões do Advogado-Geral, apresentadas no Acórdão *MA.T.I. SUD*, entra, também, na equação o princípio *favor participationis*, nos termos do qual “(...) a maior abertura possível à concorrência é prevista não só atendendo ao interesse comunitário em matéria de livre circulação de produtos e serviços, mas também ao próprio interesse da entidade adjudicante envolvida, que disporá assim de uma maior escolha quanto à proposta mais vantajosa e mais adaptada às necessidades do organismo público em causa”.

eliminar irregularidades menores, que dizem respeito a dados ou elementos cujo caráter anterior ao prazo de apresentação das propostas seja objetivamente verificável, que sejam autorizados pelo anúncio do concurso e que sejam potencialmente aplicáveis a todos os proponentes”¹²⁹ [para. 36].

O Tribunal de Justiça da União Europeia fez escola no que concerne à permissividade da regularização das propostas. As conclusões do Advogado-Geral Bobek, apresentadas em 24 de novembro de 2016, no âmbito do Processo C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o.*, ilustram, através de uma metáfora, a *ratio* subjacente a este novo horizonte normativo: “Na minha opinião, a abordagem do Tribunal de Justiça será talvez mais bem descrita através de uma metáfora: as informações e os documentos apresentados pelo proponente no termo do prazo para a apresentação de propostas representam uma fotografia. Só as informações e a documentação já contidas nessa fotografia podem ser tidas em conta pela entidade adjudicante. Tal não impede a entidade adjudicante de fazer *zoom* sobre quaisquer detalhes da fotografia que estivessem um pouco desfocados e de pedir um aumento da resolução da imagem para ver claramente esses detalhes. No entanto, as informações básicas devem já constar da fotografia original, ainda que em baixa resolução”.

Assim, em jeito de súmula da jurisprudência europeia, concluiu-se o seguinte¹³⁰:

- (i) o pedido de “clarificação” não pode ser efetuado sem antes a entidade adjudicante ter analisado todas as propostas¹³¹;
- (ii) o convite à regularização não se pode traduzir na apresentação de uma nova proposta¹³²;
- (iii) o *sub-procedimento* de clarificação ou regularização das propostas deve reger-se à luz do princípio da igualdade¹³³.

A *pedra-de-toque* desta temática do suprimento acaba por ser a compatibilização das soluções normativas com o mapa principiológico da disciplina da contratação pública. A ressalva final do n.º 3 do artigo 72.º acompanha o inciso final do preceito da Diretiva 2014/24/UE. É precisamente a ligação com os princípios jurídicos que torna o CCP mais compatível com o normativo da Diretiva. Com efeito, os princípios têm de ser interpretados tendo em consideração a jurisprudência europeia¹³⁴.

¹²⁹ Entendimento já perfilhado em *Manova*.

¹³⁰ A interpretação de jurisprudência europeia deve ser empreendida de forma cautelosa, atento o seu caráter casuístico. Neste sentido, veja-se Raimundo, 2022, p. 505.

¹³¹ Acórdãos do TJUE *Archus and Gama* [para. 30] e *Slovensko* [para. 42-44].

¹³² Acórdãos do TJUE *Archus and Gama* [para. 31]; *Slovensko* [para. 40]; *MA.T.I. SUD* [para. 52].

¹³³ Acórdãos do TJUE *Archus and Gama* [para. 32] e *Slovensko* [para. 45].

¹³⁴ Sanchez-Graells, 2018, p. 67.

Conforme se verificou anteriormente, o TJUE acentua nos acórdãos a confluência dos princípios jurídicos. Nas palavras de Pedro Fernández Sánchez¹³⁵, um dos maiores desafios atualmente é a o *conflito* entre princípios jurídicos e o cenário de suprimento de irregularidades formais nas propostas.

Desde logo, o princípio da concorrência assume centralidade nesta matéria, na medida em que uma análise extremamente formal das propostas se afigura um obstáculo à maior abertura da concorrência¹³⁶. Permitir regularizar as propostas permite, assim, garantir uma maior escolha quanto à melhor proposta para o interesse público. A dimensão subjetiva representa para os operadores económicos um *favor participationis*. Não obstante, uma sã concorrência exige implicitamente uma igualdade de tratamento¹³⁷.

Por sua vez, os princípios da igualdade de tratamento e não discriminação exigem o cumprimento integral das regras processuais vinculativas. Havendo lugar ao suprimento de irregularidades, as propostas afetadas serão novamente colocadas no mesmo patamar de competição. Na esteira de raciocínio de Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira¹³⁸, “[a] violação do princípio da igualdade envolve sempre uma violação do princípio da concorrência – por se traduzir num benefício (ou sacrifício) da posição pré-contratual de um ou alguns interessados perante a de outros (...)”.

Por outro lado, o princípio da transparência rejeita uma margem de discricionariedade elevada para isentar os concorrentes de critérios procedimentais anteriormente fixados pela própria entidade adjudicante¹³⁹.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, cumpre afirmar que o TJUE continua a demonstrar preocupação com as exclusões *automáticas*, especialmente as motivadas por preterição de critérios complementares constantes de legislação avulsa, não especificada nas peças do procedimento. Visa-se evitar exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público¹⁴⁰. A este propósito, é oportuna a menção do recente Acórdão NV Construct (C-403/21), de 2023. Pedro Fernández Sánchez faz notar que o princípio do “favor participationis” colide com desproporcionais causas de exclusão, frustrando-se a *ratio* subjacente de maior abertura possível do procedimento aos interessados¹⁴¹.

Existindo uma constante tensão entre estes princípios, o equilíbrio principiológico torna-se, assim, desafiante.

¹³⁵ Sánchez, 2024, p. 4.

¹³⁶ *Idem*, p. 2.

¹³⁷ Oliveira e Oliveira, 2011, p. 190.

¹³⁸ *Idem*, pp. 190 e 191.

¹³⁹ Sánchez, 2024, p. 2-3.

¹⁴⁰ Ribeiro, 2022, p. 145.

¹⁴¹ Sánchez, 2022, p. 85.

5. Conclusão

Por tudo quanto se expôs, cumpre concluir que o atual quadro vigente do mecanismo de suprimento de irregularidades de propostas e candidaturas se pauta por um pendor flexibilizante. Desde logo, note-se que o legislador decide optar por incisos como “quaisquer documentos” na alínea c) do n.º 3 do artigo 72.º do CCP.

Atenta a evolução do mecanismo e a alteração legislativa de 2022, o mecanismo já não se esgota nas irregularidades decorrentes da preterição de formalidades não essenciais. Abandonou-se, assim, a discussão da *essencialidade* das formalidades, que reuniu correntes divergentes juntos da jurisprudência.

No que ao elenco exemplificativo do artigo 72.º, n.º 3, do CCP diz respeito, procurámos expor e identificar os pressupostos caracterizadores, tendo sempre presente uma reflexão sobre as questões com que a doutrina e jurisprudência se têm debatido.

É por demais evidente que este mecanismo veio agilizar a dimensão burocrática subjacente às normas administrativas disciplinadoras de procedimentos com um forte pendor formalista e determinante. Conforme já se antecipou, as exigências formais garantem uma decisão da Administração assente no respeito pelos princípios jurídicos, em especial pelo princípio da igualdade e da não discriminação.

É nesta senda que os princípios jurídicos assumem um papel crucial. Partindo do desenvolvimento jurisprudencial da União Europeia, os sujeitos jurídicos da contratação pública são convidados a refletir sobre o grande desafio que este tema convoca – o (des)equilíbrio principiológico.

Com efeito, o estudo do tema conduz-nos a uma reflexão final: não deverá ser a *prevalência da substância sobre a forma* repensada *a montante* ¹⁴² pelo legislador, através de um tratamento rigoroso das causas de exclusão? Ademais, as entidades adjudicantes devem partir para uma maior consciencialização do rigor necessário na elaboração de documentos conformadores do procedimento, através da fixação de requisitos estritamente necessários.

¹⁴² Conforme indaga Sánchez, 2022, p. 88.

6. Bibliografia

- AMARAL E ALMEIDA J. & FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (2016). Comentários ao Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos (agosto 2016) – Regime da Contratação Pública. https://www.servulo.com/xms/files/oo_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojeto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf.
- ANDRADE DA SILVA, J. (2023). *Código dos Contratos Públicos anotado e comentado*, 11.^a edição. Coimbra: Almedina.
- AROSO DE ALMEIDA, M. (2022). *Teoria geral do direito administrativo*, 9.^a edição. Coimbra: Almedina.
- ARROWSMITH, S. (2014). *The law of public and utilities procurement*, vol. I, 3.^a ed. Sweet & Maxwell.
- ASSIS RAIMUNDO, M. (2018). Contratos públicos, transparência e acesso à informação: Uma abordagem preliminar. In Gouveia Martins, A., Leão A., MacCrorie M. & Fragoso Martins P. (ed.). *Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público*, pp. 129-154. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695.
- ASSIS RAIMUNDO, M. (2022). *Direito dos contratos públicos*, vol. I. Lisboa: AAFDL Editora.
- AUGUSTO DE MATOS, S. & SANTOS AZEVEDO, P. (2016). Breves considerações sobre a assinatura eletrónica na contratação pública. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 15, pp. 25-53.
- BONAITI, A. & VACCARI, S. (2023). Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti. *Diritto Amministrativo*, vol. XXXI, pp. 183-212.
- CALDEIRA, M. (2020). O suprimento da falta de assinatura electrónica na proposta de alteração do Código dos Contratos Públicos. *Newsletter, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação*, CEDIPRE, n.º 12. https://www.cedipre.fd.uc.pt/wp-content/uploads/pdfs/newsletter/newsletter_12.pdf.
- CORREIA, S. (1982). *Noções de direito administrativo*, vol. I. Lisboa: Editora Danúbio.
- COSTA GONÇALVES, P. (2023). *Direito dos contratos públicos*, 6.^a edição. Coimbra: Almedina.
- DINIS AYALA, B. (2006). A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 56, pp. 18-31.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, M. & ESTEVES DE OLIVEIRA, R. (2011). *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa*. Coimbra: Almedina.
- ESTORNINHO, M. J. (2006). *Direito europeu dos contratos públicos. Um olhar português*. Coimbra: Almedina.
- FANTINI, S. & SIMONETTI, H. (2017). *Le basi del diritto dei contratti pubblici: Aggiornato allo schema di decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*. Milano: Giuffrè Editore.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (2020). *Direito da contratação pública*, vol. II. Lisboa: AAFDL.

- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (2022). Entre a igualdade concorrencial e o interesse público contratual: questões suscitadas pela aplicação proporcional de algumas causas de exclusão de propostas. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 29, pp. 83-127.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (2024). Revolution or consolidation of the boundaries regarding correction of tenders for public contracts? The contribution of European and Portuguese case law. *Public Procurement Law Review*, no. 1. (Acesso através da base de dados Westlaw UK).
- FREITAS DO AMARAL, D. (2018). *Curso de direito administrativo*, vol. II, 4.ª edição. Coimbra: Almedina.
- GUERRA TAVARES, G. (2019). *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina.
- LAMEGO, J. (2016). *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina.
- MENDES DE OLIVEIRA, A. (2023). Em debate: A revisão de 2022 – O novo regime de suprimimento de irregularidades das propostas e candidaturas. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 17, pp. 35-44.
- OLAZABAL CABRAL, M. (2008). O concurso público no Código dos Contratos Públicos. *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, p. 225 *apud* PAÇÃO, J. (2020a). O regime de suprimimento de irregularidades das propostas e candidaturas. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, pp. 27-61.
- PAÇÃO, J. (2020a). O regime de suprimimento de irregularidades das propostas e candidaturas. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, pp. 27-61.
- PAÇÃO, J. (2020b). O suprimimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a motivação do legislador e uma resenha sobre as suas origens no direito português dos contratos públicos. In Assis Raimundo, M. (coord.). *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos: 16-17 de maio FDUL: Actas da Conferência*, pp. 39-56.
- SANCHEZ-GRAELLS, A. (2018). A duty to ‘save’ seemingly non-compliant tenders for public contracts? Comments on Art. 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2, pp. 59-68. <https://ssrn.com/abstract=3145088>.
- SANTOS AZEVEDO, P. (2023). O artigo 72.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos: Anotações. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 18, pp. 125-132.
- SANTOS, N. (2023). Algumas notas sobre a recente alteração ao regime de suprimimento de irregularidades. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 17, pp. 73-79.
- SILVA RIBEIRO, F. da (2022). Anotação ao artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 15, pp. 141-150.
- TERRINHA, L. H. (2018). Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto. In Amado Gomes, C., Neves, F. & Serrão, T. (coord.). *Comentário ao novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. I. Lisboa: AAFDL.
- VERDE DE SOUSA, L. (2021). Algumas considerações sobre o regime de suprimimento de irregularidades das propostas. In Amado Gomes, C., Pedro, R., Caldeira, M. & Serrão, T. (coord.). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, 4.ª edição, pp. 605-633.

Webgrafia

<https://www.diritto.it/procedure-evidenza-pubblica-soccorso-istruttorio/>

<https://gesdata.blog/2023/12/14/assinatura-eletronica-6/>

Referências jurisprudenciais

TJUE:

- Acórdão do TJUE *Slovenko*, processo C-599/10, de 29 de março de 2012.
- Acórdão do TJUE *Manova*, processo C-336/12, de 10 de outubro de 2013.
- Acórdão do TJUE *Partner Alpengski Dariuz*, processo C-324/14, de 7 de abril de 2016.
- Acórdão do TJUE *Pippo Pizzo*, processo C-27-15, de 2 de junho de 2016.
- Acórdão do TJUE *Esaprojekt sp. z o.o.*, processo C-387/14, de 4 de maio de 2017.
- Acórdão do TJUE *Archus and Gama*, processo C-131/16, de 11 de maio de 2017.
- Acórdão do TJUE *M.A.T.I SUD*, de 28 de fevereiro de 2018, processos C-523/16 e C-536/16, de 28 de fevereiro de 2018.
- Acórdão do TJUE *Lavorgna*, processo C-309/18, de 2 de maio de 2019.
- Acórdão do TJUE *NV Construct*, processo C-403/21, de 26 de janeiro de 2023.

STA

- Acórdão do STA, de 14 de março de 1995.
- Acórdão do STA, de 23 de maio de 2000 (proc. n.º 045945).
- Acórdão do STA, de 23 de abril de 2003, (proc. n.º 0348/03).
- Acórdão do STA, de 30 de setembro de 2009 (proc. n.º 0703/09).
- Acórdão do STA, de 30 de janeiro de 2013 (proc. n.º 01123/12).
- Acórdão do STA, de 23 de outubro de 2014 (proc. n.º 019/14).
- Acórdão do STA, de 1 de outubro de 2015 (proc. n.º 0856/15).
- Acórdão do STA, de 3 de dezembro de 2015 (proc. n.º 01028/15).
- Acórdão do STA, de 06 de dezembro de 2018 (processo n.º 0278/17.0BECTB).
- Acórdão do STA, de 11 de setembro de 2019 (proc. n.º 0829/18.3BEAVR).
- Acórdão do STA, de 23 de abril de 2020 (processo n.º 02226/18.1BELSB).
- Acórdão do STA, de 10 de dezembro de 2020 (proc. n.º 149/20.3BEALM),
- Acórdão do STA, de 25 de novembro de 2021, (proc. n.º 0210/18.4BELLE).
- Acórdão do STA, de 27 de janeiro de 2022 (proc. 0172/21.0BEBRG).
- Acórdão do STA, de 7 de setembro de 2023 (proc. n.º 0462/22.5BELSB).
- Acórdão do STA, de 17 de novembro de 2023 (proc. n.º 12/2023).

TCA

- Acórdão do TCA Sul, de 18 de novembro de 2010 (proc. n.º 06724/10).
- Acórdão do TCA Norte, de 11 de fevereiro de 2015 (proc. n.º 00490/14.4BECBR).
- Acórdão do TCA Sul, de 30 de abril de 2020 (processo 245/19.0BEFUN).
- Acórdão do TCA Sul, de 10 de dezembro de 2020 (proc. n.º 149/20.3BEALM).
- Acórdão do TCA Norte, de 19 de fevereiro de 2021 (proc. n.º 00731/20.9BELSB).
- Acórdão do TCA Norte, de 6 de setembro de 2022, (proc. n.º 00093/22.0BEPRT).
- Acórdão do TCA Norte, de 20 de outubro de 2023, (proc. n.º 00018/23.5BEMDL).

TdC

- Acórdão n.º 17/2020 (proc. n.º 4201/2019).
- Acórdão do TdC n.º 23/2021 (proc. n.º 1446/2021).
- Acórdão do TdC n.º 4/2022 (proc. n.º 1446/2021).

A morte medicamente assistida e o seguro de vida em caso de
morte:
Implicações no planeamento sucessório

Maria Beatriz Pereira Soares

Sob a orientação da Professora
Doutora Rita Lobo Xavier

Agradecimentos

Aos meus pais, Sandra e Francisco, aos meus irmãos, Diogo e Santiago, e ao meu noivo, Cláudio, por acreditarem incondicionalmente em mim, por me apoiarem e por me incentivarem em tudo o que eu faço, principalmente nos dias mais difíceis.

À Professora Doutora Rita Lobo Xavier, por ter aceitado a orientação desta dissertação e pelos conselhos transmitidos durante a sua elaboração, bem como pela sua prontidão e disponibilidade.

Aos meus amigos, pela motivação e amparo durante este processo.

Resumo

Este trabalho analisa as implicações da Lei da Morte Medicamente Assistida no contexto contrato de seguro de vida em caso de morte como instrumento de planeamento sucessório do doente. Partindo da evolução do processo legislativo que culminou na aprovação da Lei n.º 22/2023, de 25 de maio, focamos as especialidades relativas ao contrato de seguro de vida em caso de morte e comparamos as soluções adotadas com as previstas noutros ordenamentos jurídicos, refletindo sobre questões não expressamente previstas e sugerindo respostas adequadas.

Palavras-chave: morte medicamente assistida; seguro de vida; planeamento sucessório.

Abstract

This work analyses the implications of the Medically Assisted Death Law in the context of a life insurance contract in the event of death as a tool for the patient's succession planning. Starting with the evolution of the legislative process that led to the approval of Law no. 22/2023, on May 25th, we focus on the specificities related to the life insurance contract in case of death and compare the solutions adopted with those provided in other legal systems, reflecting on issues not expressly addressed and suggesting appropriate answers.

Keywords: medically assisted death; life insurance; succession planning.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.(s)	Artigo(s)
CC	Código Civil
Cf.	Conforme
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
LCS	Lei do Contrato de Seguro (Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril)
LMMA	Lei da Morte Medicamente Assistida
N.º(s)	Número(s)
RJCS	Regime Jurídico do Contrato de Seguro
TC	Tribunal Constitucional
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Índice

Introdução	5
1. O processo legislativo e a aprovação da Lei n.º 22/2023, de 25 de Maio	7
1.1 O processo legislativo	7
1.2 A aprovação da Lei n.º 22/2023, de 25 de Maio	11
2. O contrato de seguro de vida no contexto da lei da morte medicamente assistida	13
2.1 O regime geral da LCS	13
2.2 Dever de informação do tomador e morte por suicídio como fator de exclusão da cobertura no contrato de seguro de vida em caso de morte	15
2.3 A solução da lei portuguesa quanto ao recurso à MMA não constituir causa de exclusão da cobertura do seguro de vida (art. 29.º da LMMA)	19
2.4 Soluções adotadas quanto à exclusão da cobertura em caso de MMA em ordenamentos estrangeiros	21
2.5 A solução da LMMA quando comparada com o regime geral da LCS	24
3. O contrato de seguro de vida como instrumento de planeamento sucessório e a MMA a pedido do beneficiário	27
3.1 Planeamento sucessório e contrato de seguro de vida	27
3.2 O planeamento sucessório do doente que recorre à MMA e a celebração de contrato de seguro de vida em caso de morte:	30
Conclusão	32
Bibliografia	35
Legislação	36
Jurisprudência	36

Introdução

Nos dias de hoje, assistimos ao aumento da esperança média de vida das pessoas, embora viver mais tempo nem sempre signifique viver com melhor saúde. Apesar da evolução da ciência e da medicina, várias doenças permanecem sem cura, originando, não raras vezes, situações de sofrimento prolongado até ao inevitável fim, que é a morte. Esta fase final da vida associada a sérios problemas de saúde tem, ultimamente, gerado uma discussão, que remonta há mais de duas décadas, em torno da morte medicamente assistida, do suicídio assistido e da eutanásia.

A morte, conforme definida na Lei n.º 141/99 de 28 de agosto, corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral e implica, desde logo, a cessação da personalidade jurídica, ao abrigo do art. 68.º, n.º 1.º, do CC. A morte quer-se natural e apenas assim se entende a criminalização do homicídio (arts. 131.º e seguintes do CP), do homicídio a pedido da vítima (art. 134.º, do CP), bem como do incitamento ou ajuda ao suicídio (art. 135.º, do CP). Esta regra que é a ocorrência de uma morte natural é transversal aos diversos ramos do direito, nomeadamente ao direito dos seguros. Desta feita, o legislador entendeu excluir, no âmbito de um contrato de seguro de vida em caso de morte, a cobertura por morte em caso de suicídio ocorrido até um ano após a celebração do contrato, nos termos do art. 191.º, da LCS. Ainda nesta lógica, de acordo com o art. 192.º, do mesmo diploma legal, o autor, cúmplice, instigador ou encobridor do homicídio doloso da pessoa segura perde o direito à prestação.

No ordenamento jurídico português foi aprovada, muito recentemente, a Lei n.º 22/2023, de 25 de maio, doravante LMMA, que regula as condições especiais em que a morte medicamente assistida não é punível. Neste diploma legal prevêem-se as consequências jurídicas da morte medicamente assistida relativamente ao contrato de seguro de vida, matéria completamente omissa nos primeiros projetos legislativos e debates parlamentares. Nos termos do art. 29.º, a morte medicamente assistida não é fator de exclusão, para efeitos do contrato de seguro de vida, o que contrasta com as regras gerais, tendo em conta que estará em causa a morte provocada a pedido do beneficiário.

O contrato de seguro de vida em caso de morte pode ser celebrado com diversas finalidades, nomeadamente como instrumento de planeamento sucessório, tendência que se tem tornado cada vez mais forte. No presente trabalho pretendemos estudar as consequências da não punição da morte medicamente assistida para o doente, concomitantemente pessoa segura, enquanto autor de planeamento sucessório. No primeiro capítulo, iremos apresentar os principais aspetos do processo legislativo que culminou na aprovação da LMMA, especialmente do ponto de vista do contrato de seguro de vida. No segundo capítulo, tentaremos perceber a solução oferecida pela LMMA no

que ao contrato de seguro de vida concerne, quando confrontado com o regime geral da LCS e com as soluções previstas noutros ordenamentos jurídicos. Por fim, no terceiro capítulo, propomo-nos a refletir sobre as implicações de todo este regime em sede de planeamento sucessório.

1. O processo legislativo e a aprovação da Lei n.º 22/2023, de 25 de maio

1.1 O processo legislativo

Durante a XIV legislatura, foram apresentadas diversas iniciativas sobre a MMA, a saber os Projetos de Lei n.ºs 4/XIV/1.^a (da iniciativa do Bloco de Esquerda),¹ 67/XIV/1.^a (da iniciativa do PAN),² 104/XIV/1.^a (da iniciativa do PS),³ 168/XIV/1.^a (da iniciativa do PEV)⁴ e 195/XIV/1.^a (da iniciativa da IL).⁵ Nenhuma destas iniciativas legislativas abordava a regulamentação do contrato de seguro de vida no contexto da morte medicamente assistida.

Realizado o debate e apreciação na especialidade, foi aprovado o decreto da Assembleia da República n.º 109/XIV,⁶ contemplando já o art. 28.º, que regulava o seguro de vida perante aquilo que o legislador designou como antecipação da morte. Preceituava então o Decreto que, para efeitos do contrato de seguro de vida, a

¹ Bloco de Esquerda Grupo Parlamentar, “Projeto de lei n.º 4/XIV/1.^a, 15/out./2019, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764d5455334d324d334f444174597a45774e6930304f4451324c574668596a59745a5463794d6a6c6d5a6a45784f5463354c6d527659773d3d&fich=1573c780-c106-4846-aab6-e7229ff11979.doc&Inline=true>.

² PAN Grupo Parlamentar, “Projeto de Lei n.º 67/XIV/1.^a, de 12/nov./2019, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764f4445324e7a6b784f5755745a6a55355a5330305a6a51354c546b34593249745a6d56694d6a63314d6d59314e5759354c6d527659773d3d&fich=8167919e-f59e-4f49-98cb-feb2752f55f9.doc&Inline=true>.

³ Grupo Parlamentar Partido Socialista, “Projeto de Lei n.º 104/XIV/1.^a, de nov./2019, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764f444d7a5a4755794d4441744e6d526b596930304d32526c4c574578597a4d744d5441355a6d55314e54466a596d59304c6d527659773d3d&fich=833de200-6ddb-43de-a1c3-109fe551cbf4.doc&Inline=true>.

⁴ Grupo Parlamentar Os Verdes, “Projeto de Lei n.º 168/XIV/1.^a, de 13/dez./2019, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764d544e6a4f54646c4f5745744e324578597930304d4455304c574534595467744e4467335a574d325a4745334f44686b4c6d527659773d3d&fich=13c97e9a-7a1c-4054-a8a8-487ec6da788d.doc&Inline=true>.

⁵ Deputado Único João Cotrim Figueiredo, “Projeto de Lei n.º 195/XIV, 1.^a”, de 3/fev./2020, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764d6d457a4f4759794e7a4d745a44686b5a5330304e7a6b7a4c546c684f4749744f57526b4e5759324d7a646d4d7a45344c6d527659773d3d&fich=2a38f273-d8de-4793-9a8b-9dd5f637f318.doc&Inline=true>.

⁶ Assembleia da República, “Decreto n.º 109/XIV, 29/jan./2021”, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a47565159584a735957316c626e52686369396d4d574d785a444d77596930344e444d7a4c5451324e475574596d4d785953316d4d54526c4f5441784d444132596d4d755a47396a65413d3d&fich=f1c1d30b-8433-464e-bc1a-f14e901006bc.docx&Inline=true>.

antecipação da morte não era fator de exclusão da cobertura. Ademais, o n.º 2 estipulava que os profissionais de saúde que participassem, a qualquer título, no procedimento clínico de antecipação da morte de uma pessoa segura, perdiam o direito a quaisquer prestações contratualizadas. Para efeitos de definição de causa da morte da pessoa segura, ao abrigo do n.º 3, devia constar da certidão de óbito a antecipação da morte. Uma vez iniciado o procedimento clínico de antecipação da morte, a pessoa segura não podia proceder à alteração das cláusulas de designação dos beneficiários, de acordo com o n.º 4.

Recebido o diploma pelo Presidente da República, este requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade de diversas normas do mesmo. Em causa não estava o supramencionado art. 28.º, mas antes o n.º 1, do art. 2.º, nomeadamente a (in) determinabilidade dos conceitos “em situação de sofrimento intolerável” e “lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico”. O Tribunal Constitucional, através do Ac. n.º 123/2021, pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma constante do art. 2.º n.º 1, com fundamento na violação do princípio de determinabilidade da lei enquanto corolário dos princípios do Estado de direito democrático e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos arts. 2.º e 165.º, n.º 1, al. b), da CRP, por referência à inviolabilidade da vida humana consagrada no art. 24.º, n.º 1 da CRP, e, em consequência, pronunciar-se pela inconstitucionalidade das normas constantes dos arts. 4.º, 5.º, 7.º e 27.º do mesmo Decreto, tendo em conta o “efeito inelutável justificado pela ‘centralidade’ do referido artigo 2.º, n.º 1, na economia de todo o diploma”,⁷ considerando, portanto, que quer em relação à “lesão definitiva”, quer relativamente à sua “gravidade extrema”, quer, finalmente, no tocante à exigência de um “consenso científico”, era manifesta a insuficiência da densificação normativa da respetiva previsão legal.

Consequentemente, o Presidente da República devolveu o Decreto à Assembleia da República, que procedeu às necessárias alterações ao diploma, ocasionando o Decreto da Assembleia da República n.º 199/XIV.⁸ Como supra se referiu, o art. 28.º não estava diretamente em questão. Todavia, a redação do mesmo acabou por ser alterada em virtude da aludida declaração de inconstitucionalidade, tendo o legislador substituído a expressão “antecipação da morte” por “morte medicamente assistida”. Além disso, do ponto de vista sistemático, o seguro de vida passou a ser regulado no art. 29.º da LMMA.

⁷ Tribunal Constitucional, “Acórdão n.º 123/2021”, 15/mar/2021, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html>.

⁸ Assembleia da República, “Decreto n.º 199/XIV”, 5/nov/2021”, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a47565159584a735957316c626e52686369396a5a6d466d4d324a6d4d79316c4d324e684c54526959544974596a6b3459693035593249775a544e6b5a6d5178597a63755a47396a65413d3d&fich=cfa3bf3-e3ca-4ba2-b98b-9cboe3dfd1c7.docx&Inline=true>.

Após receber o diploma, o Presidente da República procedeu à sua devolução à Assembleia da República, sem promulgação, solicitando que clarificasse “(...) se é ou não exigível ‘doença fatal’ como requisito de recurso a morte medicamente assistida e se, não o sendo, a exigência de ‘doença grave’ e de ‘doença incurável’ é alternativa ou cumulativa e, ainda, que pondere, no caso de não exigência de ‘doença fatal’, se existem razões substanciais decisivas, relativamente à sociedade portuguesa, para alterar a posição assumida em fevereiro de 2021, no Decreto n.º 109/XIV.”⁹

A 5 de dezembro de 2021, foi dissolvida a Assembleia da República, o que implicou a cessação do seu normal funcionamento, passando a reunir a Comissão Permanente, presidida pelo Presidente da Assembleia da República e composta pelos Vice-Presidentes e por Deputados indicados por todos os partidos, de acordo com a sua representatividade na Assembleia. A mensagem do Presidente da República foi, então, lida em reunião da Comissão Permanente.

Realizadas novas eleições e constituída a XV Legislatura da Assembleia da República, os grupos parlamentares procederam à elaboração e apresentação de novas iniciativas sobre a morte medicamente assistida, a saber os Projetos de Lei n.ºs 5/XV/1.^a (da iniciativa do Bloco de Esquerda),¹⁰ 74/XV/1.^a (da iniciativa do PS),¹¹ 83/XV/1.^a (da iniciativa do PAN)¹² e 111/XV/1.^a (da iniciativa da IL).¹³ Dos referidos projetos de lei resultou o texto final, aprovado no dia 9 de dezembro de 2022,¹⁴ que manteve o teor do art. 29.º do Decreto da Assembleia da República n.º 199/XIV.

⁹ Presidente da República, “Mensagem do Presidente da República sobre a devolução, sem promulgação, do Decreto” 29/nov./2021, <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/14/03/048/2021-11-30/4?pgs=2-4&org=PLC&plcdf=true>.

¹⁰ Bloco De Esquerda Grupo Parlamentar, “Projeto de Lei n.º 5/XV/1.^a, 29/mar./2022, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595338334d6a5a6b4f44466c5a69316a4d4456684c54526b593249745957526c4e4330334d54597a4f5759334e5752695a474d755a47396a&fich=726d81ef-c05a-4dcb-ade4-71639f75dbdc.doc&Inline=true>.

¹¹ Partido Socialista Parlamento, “Projeto de Lei n.º 74/XV, de 3/mai./2022, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595338775a6a63344d5449304f4330344f5445784c54526c595449744f44646a595330784e6a6b784e7a466c5a5759354e5459755a47396a&fich=0f781248-8911-4ea2-87ca-169171eef956.doc&Inline=true>.

¹² PAN Representação Parlamentar, “Projeto de Lei n.º 83/XV/1.^a, de 19/mai./2022, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595338795a54566a4e6a55304f5330324e7a6c684c54526d4e544174596d51324f5331685a4459794d444a6b4e4451324d4467755a47396a65413d3d&fich=2e5c6549-679a-4f50-bd69-ad6202d44608.docx&Inline=true>.

¹³ Grupo Parlamentar Iniciativa Liberal, “Projeto de Lei n.º 111/XV, 1.^a”, de 2/jun./2022, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595338334d5755314e544c684f53316c4e5442684c54526a597a55744f5751315a6930354d6d45314e7a52695a4745354e7a6b755a47396a&fich=71e559a9-e50a-4cc5-9d5f-92a574bda979.doc&Inline=true>.

¹⁴ Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, “Texto final e relatório da discussão e votação na especialidade dos Projetos de Lei n.ºs 5/XV/1.^a (BE), 74/XV/1.^a (PS), 83/XV/1.^a (PAN) e 111/XV/1.^a (IL)”, de 30/nov./2022, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a6b7a4d7a5a694e44426a4c5446694d54>

Uma vez mais, enviado o diploma ao Presidente da República, este requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade de diversas normas do mesmo, essencialmente com os mesmos fundamentos já invocados em relação ao Decreto da Assembleia da República n.º 109/XIV, mas agora em relação à expressão “doença grave e incurável”. O TC pronunciou-se, declarando a inconstitucionalidade da norma contida na al. f), do art. 2.º, do Decreto 23/XV, conjugada com a norma constante do n.º 1, do art. 3.º, bem como das normas constantes dos arts. 5.º, 6.º, 7.º e 28.º, com fundamento na violação do princípio da determinabilidade das leis, enquanto corolário dos princípios do Estado de direito democrático, da legalidade, na sua dimensão de reserva de lei, e da segurança jurídica e proteção da confiança, decorrentes das disposições conjugadas dos arts. 2.º e 165.º, n.º 1, al. b), da CRP, por referência à inviolabilidade da vida humana consagrada no art. 24.º, n.º 1.¹⁵

Uma vez mais, o diploma foi devolvido à Assembleia da República, que aprovou propostas de alteração ao Decreto n.º 23/XV/1.^a, originando agora o Decreto n.º 43/XV,¹⁶ que mantém intocável do art. 29.º, responsável pela regulamentação do contrato de seguro de vida do contexto da MMA.

À semelhança do que sucedeu com o Decreto da Assembleia da República n.º 199/XIV, o Presidente da República devolveu também o Decreto n.º 43/XV à Assembleia da República, sem promulgação, solicitando que fosse ponderada a clarificação de quem iria definir a incapacidade física do doente para autoadministrar os fármacos letais, bem como quem devia assegurar a supervisão médica durante o ato de morte medicamente assistida.¹⁷

A Assembleia da República, por sua vez, confirmou o teor do Decreto n.º 43/XV, tendo sido o Presidente da República obrigado a proceder à promulgação do diploma e originando a Lei n.º 22/2023, de 25 de maio.¹⁸

O regime relativo às implicações do contrato de seguro de vida no contexto da MMA, como vimos, permaneceu relativamente estável ao longo de todo este percurso legislativo, mantendo-se no Capítulo VI, relativo às disposições finais e transitórias, e

63744e4755334d5330354e6a41784c5459335a4445315a6a526b597a6c6a4f4335775a47593d&fich=9336b40c-1b17-4e71-9601-67d15f4dc9c8.pdf&Inline=true.

¹⁵ Tribunal Constitucional, “Acórdão n.º 5/2023”, 30/jan./2023, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230005.html>.

¹⁶ Assembleia da República, “Decreto da Assembleia da República n.º 43/XV”, de 31/mar./2023, <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a564268636d786862575675644746794c7a6b34597a4d324f5449354c54686d4f4467744e4463794e4330355a6d497a4c546b34593249314e5463324d4751324f43356b62324d3d&fich=98c36929-8f88-4724-9fb3-98cb55760d68.doc&Inline=true>.

¹⁷ Presidente da República, “Mensagem do Presidente da República sobre a devolução, sem promulgação, do Decreto.” 19/abr./2023, https://www.presidencia.pt/media/kwwjlexg/carta_ar_20230419.pdf.

¹⁸ “Lei n.º 22/2023, de 25 de maio, Morte medicamente assistida”, https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3648A0029&nid=3648&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&s_o_miolo=&nversao=#artigo.

sofrendo simples alterações de natureza sistemática ou repercutindo as modificações terminológicas, nomeadamente o abandono da expressão “antecipação da morte” e consequente adoção da “morte medicamente assistida”.

1.2. A aprovação da Lei n.º 22/2023, de 25 de maio

Com a publicação da Lei n.º 22/2023, de 25 de maio, podemos afirmar que a morte medicamente assistida é aquela que ocorre por decisão da própria pessoa, em sequência do exercício do seu direito fundamental à autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, quando praticada ou ajudada por profissionais de saúde, ao abrigo da al. a), do art. 2.º da LMMA.

Pode ocorrer através do suicídio assistido ou da eutanásia, conforme seja o próprio doente, sob supervisão médica, a administrar os fármacos letais, ou seja, o profissional de saúde, devidamente habilitado para o efeito, a fazê-lo, respetivamente.

O doente deverá ser maior, e demonstrar uma vontade atual e reiterada, séria, livre e esclarecida. Terá, ainda, de se encontrar uma situação de sofrimento de grande intensidade, que é aquele que decorre de doença grave e incurável ou de lesão definitiva de gravidade extrema, com grande intensidade, persistente, continuado ou permanente e considerado intolerável pela própria pessoa.

Ademais, deverá estar verificada uma lesão definitiva de gravidade extrema ou doença grave e incurável. A lesão definitiva de gravidade extrema é a lesão grave, definitiva, e amplamente incapacitante que coloca a pessoa em situação de dependência de terceiro ou de apoio tecnológico para a realização das atividades elementares da vida diária. Nestes casos, existe certeza ou probabilidade muito elevada de que tais limitações venham a persistir no tempo, sem possibilidade de cura ou de melhoria significativa. Por seu turno, a doença grave e incurável é aquela que ameaça a vida, em fase avançada e progressiva, incurável e irreversível, que origina sofrimento de grande intensidade, ou seja, sofrimento persistente, continuado ou permanente e considerado intolerável pela própria pessoa.

O legislador preceituou que apenas serão legítimos os pedidos de MMA apresentados por cidadãos nacionais ou legalmente residentes em território nacionais. Como veremos adiante, nem todos os ordenamentos jurídicos exigem este requisito. Aliás, em relação a um em específico, os especialistas consideram mesmo ser praticado um autêntico turismo da morte, como adiante se observará.

O legislador considerou, depois, que deve ser dada preferência ao suicídio medicamente assistido, ou seja, que deve ser o próprio doente a autoadministrar os fármacos letais, sob supervisão médica. Apenas assim não será, ao abrigo do n.º 5, do

art. 3.º, da LMMA, quando o suicídio medicamente assistido for impossível por incapacidade física do doente. Assim sendo, o doente não tem um direito à escolha entre o suicídio assistido e a eutanásia. Inusitadamente, o legislador prevê, na al. e), do n.º 1, do art. 16.º, que deve constar do registo clínico especial do doente a sua decisão sobre o método de morte medicamente assistida e, no art. 19.º, al. c), que o profissional de saúde deve informar o doente sobre os métodos de administração ou autoadministração dos fármacos letais, para que possa escolher e decidir de forma esclarecida e consciente. Esta foi, de resto, uma das preocupações demonstradas pelo Presidente da República aquando da devolução, sem promulgação, do Decreto n.º 43/XV, a qual permaneceu sem resposta, em consequência da confirmação, pela Assembleia da República, do teor do mesmo. Ademais, alertou ainda o Presidente da República para o facto de não ter sido especificado quem tem competência para definir a incapacidade do doente de autoadministrar os fármacos letais. Nos termos do art. 9.º, n.º 2, da LMMA, o médico orientador informa e esclarece o doente sobre os métodos disponíveis para praticar a morte medicamente assistida e, ao abrigo do n.º 2, do art. 10.º e do art. 14.º, deve estar presente no momento da (auto) administração dos fármacos, pelo que faria sentido competir-lhe também a ele pronunciar-se sobre a incapacidade física do doente. No entanto, parece também legítimo ser o médico especialista a averiguar desta incapacidade, de acordo com o art. 6.º, da LMMA, uma vez que este será especialista na patologia que afeta o doente. De todo o modo, o legislador não acautelou esta questão, mesmo depois de ter sido suscitada pelo Presidente da República.

É de extrema importância referir que o pedido de MMA pode ser livremente revogado a todo o tempo, ao abrigo do n.º 7, do art. 3.º e do art. 12.º.

Muito embora não seja objetivo do presente trabalho pronunciar-se sobre a compatibilidade da MMA com os direitos fundamentais, nomeadamente o direito à vida, ou até mesmo sobre a insuficiente densificação normativa dos conceitos descritivos dos critérios de acesso à MMA, acreditamos que existem alguns aspetos que não foram devidamente acautelados pelo legislador e que a jurisprudência, nomeadamente do TC, e a doutrina terão um papel fulcral na interpretação de conjugação de algumas normas do diploma.

2. O contrato de seguro de vida no contexto da Lei da Morte Medicamente Assistida

2.1. O regime geral da LCS

O contrato de seguro começou a desenvolver-se na Idade Média, nas cidades italianas e do norte da Europa e surge essencialmente como seguro marítimo, perante a

necessidade de encontrar mecanismos que fizessem face a riscos ligados ao mar e à pirataria.¹⁹ Nesta lógica, o seguro nasceu, em grande medida, como seguro de coisas ou de responsabilidade civil e não como seguro de pessoas. Tanto assim é que o seguro de vida nasceu, na Europa continental, apenas no século XIX. A fronteira entre estes contratos e as apostas era bastante ténue e temia-se um incentivo a comportamento ilícitos, como o homicídio.²⁰

De todo o modo, o contrato de seguro é hoje regulado pelo Regime Jurídico do Contrato de Seguro (doravante, RJCS ou LCS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril. Muito embora o art. 1.º preceitue aquele que é o conteúdo típico do contrato de seguro, o legislador optou por não criar uma noção de contrato de seguro, indicando apenas as obrigações principais, bem como as características que decorrem para as partes deste contrato. Esta é, de resto, uma norma inspirada no § 1 do projeto alemão de nova lei do contrato de seguro (Referentenentwurf do Ministério de Justiça alemão, entretanto convertido em lei, *Versicherungsvertragsgesetz* de 2008).²¹ Nesta senda, a obrigação típica do segurador será a realização de uma prestação resultante de um sinistro associado a um risco. Por outro lado, a principal obrigação do tomador do seguro consiste no pagamento do prémio.

O RJCS faz uma divisão entre seguro de danos e seguro de pessoas, consoante o seguro se destine a eliminar os danos que determinado evento cause no património do segurado, respeitando, por isso, a coisas, bens imateriais, créditos e outros direitos patrimoniais ou conforme cubra os riscos relativos à vida, saúde, situação familiar ou integridade física das pessoas seguras. Esta classificação tem vindo, contudo, a perder algum sentido, tendo em conta a evolução legislativa de influência comunitária e a própria conceção técnica subjacente à prática seguradora atual.²²

De todo o modo, o seguro de vida é classificado, na nossa lei, como um dos contratos de seguros de pessoas, cf. art. 175.º, n.º 1, LCS, estando associado ao risco relativo à vida. Está em causa, portanto, o risco relacionado com a morte ou sobrevivência da pessoa segura, nos termos do art. 183.º da LCS. Uma vez mais, o legislador não avança qualquer tipo de definição legal para o contrato de seguro de vida. Salienta-se, ainda assim, que este não é um seguro de indemnização, uma vez que está em causa apenas o pagamento de uma quantia em dinheiro acordada pelas partes.

Sendo este um contrato de seguro típico, destacam-se características como a bilateralidade e o seu sinalagma, tendo em conta que resultam obrigações para ambas as partes, unidas por um vínculo de interdependência. Inclusive, cada um dos contraentes

¹⁹ Vasques, 1999, p. 20.

²⁰ Vasques, 1999, p. 20.

²¹ Martinez, 2020, p. 39.

²² Martinez, 2020, p. 432.

tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efetuar a que lhe cabe.²³ Releva ainda o facto de se tratar de um contrato oneroso, uma vez que implica prestações patrimoniais para ambas as partes e um correspondente sacrifício patrimonial que consiste no pagamento do prémio pelo tomador do seguro e na prestação indemnizatória do segurador. Este é, ainda, um contrato aleatório, dado que as partes submetem o contrato aos efeitos de um evento futuro e incerto. Não podemos deixar de adiantar que esta característica se afigura muito importante para o tema que nos ocupa. Com efeito, as partes sujeitam-se a uma álea, a uma probabilidade de vantagem com a inerente probabilidade de perda.²⁴ A álea não se confunde com o risco, uma vez que este reflete apenas o aspeto negativo desta situação de incerteza, significando o perigo de um mal. Ademais, o contrato de seguro é de execução continuada, atento o facto de a sua execução se prolongar pela vida do contrato, e consensual, aperfeiçoando-se com o acordo das partes sem necessidade de qualquer ato material. Não obstante, a lei impõe forma escrita. In fine, este contrato apenas será válido se as informações e declarações prestadas forem verdadeiras e exatas, baseando-se nas declarações prestadas pelo segurado, pelo que se destaca a característica da boa-fé²⁵ como demonstração da necessidade absoluta de lealdade do segurado para manter a equidade na relação contratual.

Classicamente, as duas partes no contrato são o segurador e o tomador do seguro, procedendo o primeiro à cobertura do risco seguro, a troco de uma remuneração, e assumindo o segundo a obrigação de pagamento do prémio.²⁶ Pode, contudo, suceder que o interesse seguro garantido pelo contrato pertença a um terceiro, caso em que, ao lado do tomador, existirá o segurado, o titular da generalidade dos direitos contratuais. Por fim, caso estejamos perante um contrato a favor de terceiro, existirá ainda a figura do beneficiário, que é aquele perante quem o segurador cumpre a sua prestação.²⁷ Nos seguros de pessoas, quando a pessoa segura não coincide com o tomador nem com o beneficiário da prestação, será necessário o seu consentimento para a cobertura do risco, ao abrigo do art. 43.º, n.º 3 da LCS.²⁸ Assim, o sinistro consistirá na morte do tomador (ou pessoa segura) e o direito ao capital seguro é adquirido pelo beneficiário.²⁹

O seguro de vida abrange vários tipos contratuais, a saber – seguro de vida em caso de morte, seguro de vida em caso de vida e seguro de vida misto.³⁰ No âmbito deste trabalho, assume particular relevância o seguro de vida em caso de morte, ou seja, aquele

²³ Vasques, 1999, p. 103.

²⁴ Vasques, 1999, p. 104.

²⁵ Melo, 2016, p. 7.

²⁶ Martins, 2016, p. 203.

²⁷ Idem.

²⁸ Martins, 2016, pp. 203 e 204.

²⁹ Xavier, 2016, p. 138.

³⁰ Melo, 2016, p. 9.

em que o segurador se obriga ao pagamento de um montante pela morte da pessoa segura no contrato.

2.2. Dever de informação do tomador e morte por suicídio como fator de exclusão da cobertura no contrato de seguro de vida em caso de morte

Percorridos os traços gerais do contrato de seguro e, em particular, do seguro de vida, cumpre-nos focar as questões presentes no tema que nos ocupa. Para o efeito, há que compreender a importância que a causa da morte tem nos seguros de vida.

Desde logo, e ainda no que à formação do contrato respeita, o art. 24.º, da LCS impõe ao tomador do seguro a obrigação de declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador. Trata-se da consagração do sistema do questionário aberto, o que significa um dever de declaração espontânea do tomador de circunstâncias que conheça e que deva razoavelmente ter por significativas para o segurador.³¹ A ideia é permitir ao segurador avaliar o risco e fazer, em concreto, uma ponderação entre o prémio e o benefício do contrato, estando subjacente a aleatoriedade do momento da realização do risco – é o conceito de *alia*. Esta declaração pré-contratual, nos termos do art. 120.º, deve revestir forma escrita.

Doutrinalmente, questiona-se se estaremos perante um dever ou um ónus. Não existe propriamente uma responsabilidade contratual no sentido de um dano a ser indemnizado pelo tomador que não cumpra este dever, apenas deixa de usufruir do seguro. Por outro lado, por norma não é muito relevante saber se o não cumprimento do ónus se deve a mera culpa ou a dolo, conforme veremos que a nossa lei distingue. Por isso, talvez seja mais defensável dizer-se que se trata de um dever, não obstante exista doutrina que entenda tratar-se de um ónus. Como escreve Júlio Manuel Vieira Gomes, “o triunfo do entendimento de que se trata de um ónus parece ficar a dever-se, igualmente, ao facto de que assim se compreende melhor que a obrigação de informação seja imposta ao segurado, mesmo quando este não é o tomador do seguro e se apresenta como um terceiro relativamente ao contrato de seguro. Enquanto a imposição de um dever jurídico propriamente dito pareceria mais difícil de explicar, face aos princípios gerais – representando um verdadeiro contrato em desfavor de terceiro – a imposição de um mero ónus, de um comportamento que se tem que assumir com vista a obter uma vantagem para o próprio, parece bem mais tolerável. (...) [E]m bom rigor, as

³¹ Martinez, 2020, p. 142.

consequências do incumprimento de um genuíno ónus não dependem, em geral, do grau de culpa do onerado (...).³²

O dever de informação pelo tomador depende de este ter conhecimento do facto e de o tomador razoavelmente dever tê-lo por significativo para a apreciação do risco pelo segurador. Em relação ao segundo requisito, como refere Pedro Romano Martinez, “quer no uso do advérbio ‘razoavelmente’, quer na referência ao que é ‘significativo’ para a apreciação do risco, a lei estabelece um critério ‘abstrato’, ou seja, um critério de normalidade (...).³³

A lei prevê consequências em face do incumprimento desta obrigação. Caso seja doloso, o art. 25.º prescreve a anulabilidade do contrato de seguro, mediante declaração enviada pelo segurador ao tomador de seguro. Tratando-se da mera negligência, o segurador pode propor uma alteração ao contrato ou fazer cessar o contrato, caso consiga demonstrar que em caso algum celebraria contratos para a cobertura de riscos relacionados com o ato omitido ou declarado inexatamente, ao abrigo do art. 26.º. Como nota Luís Poças, “a diferenciação de regimes entre uma cominação dura e uma cominação branda, em função da culpabilidade do proponente, e a associação da anulabilidade apenas às situações mais censuráveis (má-fé ou dolo) era já defendida, de resto, por alguma doutrina nacional”.³⁴

O incumprimento doloso está regulado no art. 25.º. Conforme explica Arnaldo Costa Oliveira, “o dolo de que fala o art. 25.º é (...) o simples dolo, que o n.º 1 do art. 253.º do CC – regime geral relativamente ao regime dos arts. 24.º-26.º (cf. art. 4.º RJCS) – define como ‘(...) qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração [que neste caso é o autor da declaração de aceitação do negócio jurídico-contrato de seguro, o segurador], bem como a dissimulação, pelo declaratório ou terceiro, do erro do declarante”.³⁵ Caso seja provado o dolo, o contrato é anulável mediante declaração enviada pelo segurador ao tomador, não sendo necessária ação judicial. Esta declaração deverá revestir forma escrita, nos termos do art. 120.º. Deverá o segurador fazê-lo no prazo de três meses a contar do conhecimento do incumprimento, tendo-se por eficaz assim que recebida.

No entanto, e no que ao contrato de seguro de vida em concreto concerne, a lei prevê um limite de dois anos sobre a celebração do contrato findo o qual o segurador não pode prevalecer-se de omissões ou inexatidões negligentes na declaração inicial do risco, ao abrigo do art. 188.º.

³² Gomes, 2011, p. 403.

³³ Martinez, 2020, pp. 157-158.

³⁴ Poças, 2013, pp. 480-481.

³⁵ Martinez, 2020, pp. 163-164.

Caso não seja provado o dolo, mas seja provada a essencialidade do facto omitido e a exigibilidade da sua declaração exata, será de aplicar o regime previsto no art. 26.º. Neste caso, o segurador pode fazer uma de duas coisas, no prazo de três meses a contar do conhecimento – ou propõe a alteração ao contrato ou fá-lo cessar, caso em que os prémios serão devolvidos, se demonstrar que em algum caso celebraria um contrato naquelas condições, sendo certo que para este efeito importa a sua própria política comercial, não a dos seguradores em geral. Em alguns países, esta demonstração far-se-á através do acesso pelo tribunal à carteira de clientes; em Portugal, bastará a demonstração pelo segurador. Como escreve Filipe Albuquerque Matos, “não foi assim acolhido na nossa lei o critério contido no Codice Civile Italiano, onde no seu art. 1892.º o dolo e a culpa grave surgem como os fundamentos de anulação do contrato de seguro”.³⁶

Conforme entendeu o TRL, no Ac. proferido a 21 de outubro de 2021, Relator Manuel Aguiar Pereira, sobre o segurado de um contrato de seguro do ramo vida, recai uma obrigação de, na resposta ao questionário sobre o seu estado de saúde “(...) dar a conhecer à seguradora todas as circunstâncias dele conhecidas susceptíveis de influir na decisão de contratar por parte desta ou no cálculo do respetivo prémio em função da avaliação do risco”.³⁷ A seguradora tem, todavia, de demonstrar a declaração inexata ou reticente sobre a saúde do segurado e dele conhecidas e provar que a mesma influiria sobre a existência do contrato ou sobre as suas condições.

Já na vigência do contrato, preceitua o art. 91.º, da LCS, que o segurador e o tomador devem comunicar reciprocamente as alterações do risco respeitantes ao objeto das informações prestadas durante a formação do contrato. O objetivo principal deste artigo serão as matérias contidas na informação inicial do segurador ao tomador e as alterações suscetíveis de interessar aos beneficiários de direitos decorrentes do contrato. Ao abrigo do art. 93.º, caso se verifique um agravamento do risco, o tomador deve comunicá-lo ao segurador no prazo de catorze dias a contar do conhecimento do facto agravante. No entanto, nos termos do art. 190.º, este regime de agravamento do risco não é aplicável aos seguros de vida.

Noutra senda, o art. 191.º, da LCS preceitua que, em caso de suicídio ocorrido até um ano após a celebração do contrato, a cobertura está excluída, salvo convenção em contrário. A exclusão da morte por suicídio decorre de um imperativo de ordem pública, na lógica de evitar a premeditação do ajuste de um contrato de seguro, tendo em vista o

³⁶ Matos, 2010, pp. 627-628.

³⁷ Tribunal da Relação de Lisboa, “Acórdão”, 21/out./2021, <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2bffb4b801ededa80258788003a65e2?OpenDocument>.

iminente suicídio.³⁸ Por outro lado, a cobertura de um ato intencional causador do dano é permitida, indicando assim a suposição de que não houve premeditação no momento do ajuste do seguro. A ideia é a de que caso o suicídio fosse coberto imediatamente após a celebração do contrato, poderia existir um incentivo às pessoas que enfrentam dificuldades financeiras em celebrar este tipo de contratos com a intenção de que os beneficiários recebam a prestação.

Note-se que esta é uma norma supletiva, permitindo que as partes afastem a sua aplicação, seja assumindo esse risco por todo o período do contrato de seguro, seja reduzindo ou aumento do período de carência. Foi assim que entendeu o TRP, no Ac. proferido a 3 de dezembro de 2020, Relator Carlos Portela, no qual se menciona que “a cobertura daquele tipo de risco para além do ano subsequente à data da celebração do contrato permanece, como anteriormente, na esfera da liberdade contratual, podendo ser, por isso, objeto de exclusão convencional”.³⁹

Por outro lado, o autor, cúmplice, instigador ou encobridor do homicídio doloso da pessoa segura, ainda que não consumado, perde o direito à prestação, de acordo com o art. 192.º, LCS. Neste caso, aplicar-se-á o regime da designação beneficiária, salvo convenção em contrário. Conforme salienta Arnaldo Costa Oliveira, a *ratio* da previsão é estritamente a imoralidade da prestação por morte ao criminoso participante no ato ilícito da morte da pessoa segura.⁴⁰ Esta não é verdadeiramente uma exclusão, uma vez que existirá prestação pelo segurador. Simplesmente, caduca o direito à prestação das pessoas que revistam alguma das qualidades enunciadas na norma. Claro que será necessária uma prévia condenação penal, sob pena de o segurador se substituir à jurisdição penal. Caso não exista notícia de processo-crime, o segurador apenas poderá sustentar o pagamento da indemnização se existirem fundadas suspeitas de crime.⁴¹ Este entendimento pretende desincentivar qualquer forma de proveito financeiro com a morte de outra pessoa. O seguro de vida está pensado para apoiar financeiramente os beneficiários do segurado em caso de morte natural ou acidental, nunca como forma de recompensa financeira para ações criminosas.

Foi neste sentido que decidiu o TRG, a 2 de junho de 2021, relator Ramos Lopes, perante homicídio da pessoa segura perpetrado pelo tomador do seguro. Entenderam os Senhores Desembargadores que não podia a seguradora, com base no contrato de seguro de vida, ser condenada a efetuar a prestação convencional ao beneficiário porque foi excluído do objeto do contrato a morte da pessoa segura causada intencionalmente por

³⁸ Martinez, 2020, p. 574.

³⁹ Tribunal da Relação do Porto, “Acórdão”, 3/dez./2020, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/dec376f6430eb1938025865a004f6e17?OpenDocument>.

⁴⁰ Martinez, 2020, p. 575.

⁴¹ Martinez, 2020, p. 576.

ato doloso do tomador do seguro e, ainda que tal cláusula não existisse, tal regime decorreria das regras gerais da LCS.⁴²

Resulta, por isso, claro que a causa da morte desempenha um papel fundamental nos contratos de seguro de vida, relevando, desde logo, para a elegibilidade do seguro, tendo em conta que o segurador avaliará o risco de morte do segurado, através das suas declarações pré-negociais. Por esse motivo, caso o candidato a tomador apresente uma condição de saúde grave, o segurador pode impor restrições ou até recusar a celebração do contrato.

Por outro lado, e no que concerne ao pagamento do prémio, em função da causa da morte, o mesmo pode ser excluído, como é o caso do suicídio do tomador do seguro ocorrido até um ano após a celebração do contrato. Além disso, o autor, cúmplice, instigador ou encobridor do homicídio doloso da pessoa segura, ainda que não consumado, perde o direito à prestação.

2.3. A solução da lei portuguesa quanto ao recurso à MMA não constituir causa de exclusão da cobertura do seguro de vida (art. 29.º da LMMA)

No capítulo VI da LMMA, respeitante às disposições finais e transitórias, encontramos a regulação do seguro de vida perante a morte medicamente assistida. Preceitua o art. 29.º que, para efeitos do contrato de seguro de vida, a morte medicamente assistida não é fator de exclusão. Desde logo, é dúbia a inclusão da regulação da matéria dos seguros de vida neste capítulo, uma vez que não estamos propriamente perante normas de direito transitório (material ou formal), nem tampouco disposições finais (normas sobre direito subsidiário, normas de regulação posterior, normas revogatórias, normas sobre repristinação, normas sobre republicação, normas sobre aplicação no espaço, normas sobre aplicação no tempo ou normas sobre a cessação de vigência).⁴³ Pelo que resulta pouco clara aquela que terá sido a intenção do legislador ao fazer constar esta matéria neste capítulo.

De todo o modo, é comum que as apólices dos seguros de vida excluam do âmbito de proteção do seguro situações em que a morte é provocada intencionalmente pelo tomador do seguro.⁴⁴ Aliás, esta exclusão resulta desde logo da própria lei, a propósito

⁴² Tribunal da Relação de Guimarães, “Acórdão”, 2/jun./2021, <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/6b986ac1c196d3e58025870400525a91?OpenDocument>.

⁴³ Assembleia da República, “Guia prático de regras a observar na redacção de actos normativos da Assembleia da República”, s.d., https://www.parlamento.pt/DossiersTematicos/Documents/Reforma_Parlamento/guialegisticaformal.pdf.

⁴⁴ Abreu & Pestana, 2023.

do suicídio do tomador nos dois anos subsequentes à celebração do contrato de seguro. Desta forma, o legislador acautelou a liberdade do doente, ora tomador do seguro, o qual podia desejar recorrer à morte medicamente assistida, não o fazendo para evitar que os eventuais beneficiários não recebessem o prémio devido.

Contudo, uma vez iniciado o procedimento clínico da morte medicamente assistida, a pessoa segura não pode proceder à alteração das cláusulas de designação dos beneficiários. Parece-nos que esta norma tem subjacente uma lógica de imperativo de ordem pública, na medida que o legislador pretende evitar um eventual aproveitamento por parte de terceiros em face daquela que será a maior situação de fragilidade emocional do tomador devido à sua condição de saúde, que será especialmente vulnerável, caso contrário o procedimento clínico de morte medicamente assistida não seria admissível. Consideramos, ainda assim, que a LMMA não previne devidamente esta questão, uma vez que a pessoa segura, já ciente da sua intenção de recorrer à MMA, pode ter alterado essas cláusulas num momento imediatamente anterior à apresentação do pedido de MMA.

Em face da norma do n.º 4, do art. 29.º, indagamos se, ainda que a pessoa segura não possa alterar a cláusula de designação dos beneficiários, poderá, por outro lado, celebrar um novo contrato de seguro de vida em caso de morte depois de ter apresentado o pedido de MMA? Entendemos que não, sob pena de ser posta em causa a ratio da norma à luz do sentido da vontade do legislador. Claro que a lei não o prevê expressamente, mas, por recurso a uma interpretação teleológica, nunca se poderia permitir tal.

Ademais, os profissionais de saúde que participem neste procedimento clínico perdem o direito a quaisquer prestações contratualizadas. O sentido subjacente a esta disposição não constitui uma inovação no nosso ordenamento jurídico e encontra inspiração no art. 2194.º, do CC, que preceitua a nulidade da disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar do testador, caso o testamento seja feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela. A ratio destas normas assenta no facto de o doente poder ser induzido a beneficiar estes profissionais de saúde, uma vez que se encontra numa situação de dependência, psicológica e física, em relação aos mesmos, podendo estes servirem-se da liberdade de beneficiar, através de testamento ou do seguro.⁴⁵

Para efeitos de definição da causa de morte da pessoa segura, deve constar da certidão de óbito a realização de procedimento de morte medicamente assistida.

⁴⁵ Sá, 1976, pp. 294-295.

2.4. Soluções adotadas quanto à exclusão da cobertura em caso de MMA em ordenamentos estrangeiros

Para efeitos do estudo comparado dos temas da eutanásia e do suicídio assistido, iremos proceder à elucidação dos conceitos cujos regimes jurídicos serão aqui abordados. Desde logo, entende-se por eutanásia, de modo geral, a “provocação da morte de uma pessoa numa fase terminal da vida para evitar o sofrimento inerente a uma doença ou a um estado de degenerescência”.⁴⁶ Este conceito corresponde à eutanásia ativa, direta ou autêntica. Por outro lado, o conceito de suicídio assistido condiz com “a conduta que se traduz em alguém ajudar outra pessoa a pôr termo à vida para se livrar desse sofrimento”.⁴⁷ Além disso, a distanásia ou eutanásia indireta ou eventual traduz-se “na ação de administrar a um paciente em estado terminal e em situação de sofrimento atroz meios para mitigar o seu sofrimento, com eventual mas em qualquer caso muita curta diminuição do tempo de vida”.⁴⁸ Trata-se, portanto, de prolongar a vida do doente, através de meios artificiais e desproporcionais, que podem conduzir, como efeito secundário, à sua morte. Por fim, por ortotanásia, ou eutanásia passiva ou por omissão entende-se “a prática pela qual se deixa de prolongar, através de meios artificiais e desproporcionais, a vida de um doente incurável ou em insofrimento intolerável, em especial nos casos de recusa de modernos medicamentos ou equipamentos médicos para garantir um prolongamento precário e penoso da vida em estado terminal”.⁴⁹

Na Bélgica, a eutanásia ativa foi aprovada em 28 de maio de 2002, através da Loi relative à l'euthanasie.⁵⁰ Este diploma regula, nomeadamente, o destino do contrato de seguro perante a eutanásia, tendo considerado o legislador belga, no art. 15.º daquela lei, que é natural a morte de uma pessoa que morreu na sequência da eutanásia praticada em conformidade com a lei. Esta é uma norma extremamente relevante, uma vez que, à semelhança do que sucede no nosso ordenamento jurídico, também a lei belga prevê a exclusão da cobertura do seguro em caso de suicídio, desde que o mesmo tenha ocorrido há menos de um ano após a celebração do contrato. Por esse motivo, caso a morte medicamente assistida não fosse considerada uma morte natural, provavelmente cairia nesta exclusão de cobertura.

⁴⁶ Divisão de Informação Legislativa Parlamentar, “Eutanásia e suicídio assistido – Enquadramento internacional”, abr./2022, <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/60-04-2022.pdf>.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Albert II, Roi des Belges, “Loi relative à l'euthanasie”, 28/mai./2002, <https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2002/05/28/2002009590/justel>.

No Luxemburgo, a eutanásia e o suicídio assistido foram despenalizados em 2009.⁵¹ No entanto, a lei não regulava a questão dos seguros de saúde, sendo que as seguradoras eram livres na escolha das cláusulas de exclusão que pretendiam.⁵² Não obstante, em meados de 2019, foi aprovada uma alteração legislativa, determinando que as mortes ocorridas nestes contextos passavam a ser registadas como tendo tido causa natural, não permitindo, assim, a exclusão da cobertura do seguro de vida.

Por seu turno, no Canadá, a morte assistida foi aprovada em 2016.⁵³ Também neste ordenamento jurídico o legislador optou por considerar que a morte decorrente de um processo de morte assistida deve ser considerada natural.

Nos Países Baixos, a eutanásia e o suicídio assistido foram aprovados em 2002,⁵⁴ não existindo, porém, regulamentação específica na lei em relação a um eventual seguro de vida neste contexto. Por esse motivo, vigora a regra da livre escolha, por parte da seguradora, das cláusulas de exclusão da cobertura.⁵⁵

Na Nova Zelândia, por fim, foi aprovada a morte medicamente assistida em 2019,⁵⁶ tendo, no entanto, a sua entrada em vigor ficado condicionada à realização de um referendo, que ocorreu a 17 de outubro de 2020. 65,1% dos cidadãos pronunciaram-se a favor daquela lei, tendo a mesma entrado em vigor a 6 de novembro de 2021. Para efeitos de contrato de seguro, a morte verificada em consequência de procedimento medicamente assistido deve ser considerada natural ou decorrente da doença terminal de que o tomador padecia.

Diferente é o que sucede na Suíça, que pune a eutanásia ativa, de acordo com o art. 114.º do Código Penal, mas que admite a prática da eutanásia passiva, através da interrupção dos tratamentos, e da eutanásia indireta, através da consequência indireta da administração de morfina.⁵⁷ Além disso, o art. 115.º do mesmo diploma legal pune

⁵¹ Chambre des Députés, “Loi du 16 mars 2009 sur l’euthanasie et l’assistance au suicide”, 16/mar./2009, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2009/03/16/n2/jo>.

⁵² Divisão de Informação Legislativa Parlamentar, “Morte medicamente assistida e seguros de vida – enquadramento internacional”, nov./2020, <https://app.parlamento.pt/programas/documentos/morteassistida.pdf>.

⁵³ House Of Commons, “Statutes of Canada 2016, Chapter 3, An Act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying)”, 17/Jun/2016, https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/2016_3.pdf.

⁵⁴ Upper House, “Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act”, 1/abr./2002, <https://wfrtds.org/dutch-law-on-termination-of-life-on-request-and-assisted-suicide-complete-text/>.

⁵⁵ Divisão de Informação Legislativa Parlamentar, “Morte medicamente assistida e seguros de vida – enquadramento internacional”, nov./2020, <https://app.parlamento.pt/programas/documentos/morteassistida.pdf>.

⁵⁶ Parliament of New Zealand, “End of Life Choice Act 2019”, 16/nov./2019, https://www.legislation.govt.nz/act/public/2019/0067/latest/DLM7285905.html?search=ad_act%40bill___End+of+Life+Choice+Act+2019___25_ac%40bc%40rn%40dn%40apub%40aloc%40apri%40apro%40aimp%40bgov%40bloc%40bpri%40bmem%40rpub%40rimp_ac%40bc%40ainf%40anif%40bcur%40orinf%40ornif_a_aw_se&p=1.

⁵⁷ Divisão de Informação Legislativa Parlamentar, “Eutanásia e suicídio assistido – enquadramento internacional”, abr./2022, <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/60-04-2022.pdf>.

com pena de prisão até cinco anos ou com multa quem, motivada por motivos egoístas, incitar uma pessoa ao suicídio ou a ajudar a cometer suicídio.⁵⁸ Esta norma tem sido interpretada no sentido em que apenas existirá ilicitude quando o agente que ajuda ao suicídio for movido por razões egoístas, abrindo, assim, as portas à descriminalização do suicídio assistido nos casos em que o suicida seja um doente terminal. Existem, inclusive, duas organizações de natureza associativa que se dedicam a auxiliar doentes terminais a suicidar-se – a Exit, que apenas aceita doentes nacionais ou domiciliados na Suíça, e a Dignitas, que acolhe também doentes estrangeiros. Esta última tem vindo a ser acusada de promover um autêntico turismo da morte. Em matéria de seguro de vida em caso de morte, para todos os efeitos, a questão será tratada no âmbito do suicídio, uma vez que a eutanásia não é permitida. De todo o modo, as seguradoras optam por prever um período de exclusão da cobertura.

Desde modo, podemos afirmar que se verificam duas tendências no direito comparado, no que ao contrato de seguro de vida em caso de morte perante a morte medicamente assistida concerne. Ora o legislador opta por considerar que a morte decorrente deste procedimento deve ser considerada natural, proibindo que as seguradoras excluam a cobertura do sinistro nestes casos, ora prefere conceder às seguradoras a livre escolha no que às causas de exclusão respeita.

O nosso ordenamento jurídico acabou por ir um pouco mais longe. Não obstante tenha optado por considerar como causa da morte da pessoa segura a realização de procedimento de morte medicamente assistida, ao contrário da generalidade dos ordenamentos jurídicos, que prevê simplesmente uma causa natural, deixa explícito que a morte medicamente assistida não é fator de exclusão da cobertura do sinistro. Ou seja, não abre sequer espaço para uma eventual liberdade da seguradora no que às causas de exclusão concerne ou tampouco se fica pela consideração da morte natural, que implicitamente significaria esta proibição de exclusão.

2.5. A solução da LMMA quando comparada com o regime geral da LCS

Ao abrigo do critério da especialidade, a lei especial prevalece sobre a lei geral – *lex specialis derogat legi generali*. Por esse motivo, prevendo a LCS o regime geral e a LMMA um regime especial, no que ao contrato de seguro de vida em caso de morte medicamente assistida concerne, será de aplicar a LMMA.

⁵⁸ L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse, "Code pénal suisse", 21/dez./1937, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/fr#a114.

A este respeito, é difícil conciliar o art. 29.º da LMMA com o art. 191.º LCS. Vimos que a exclusão da morte por suicídio decorre de um imperativo de ordem pública, pois caso o suicídio fosse coberto imediatamente após a celebração do contrato, poderia existir um incentivo às pessoas que enfrentam dificuldades financeiras em celebrar este tipo de contratos com a intenção de que os beneficiários recebam a prestação.

Ora, preceituando o art. 29.º LMMA que, para efeitos do contrato de seguro de vida, a morte medicamente assistida não é fator de exclusão, e não tendo o legislador previsto qualquer período de carência em concreto, indagamos se será aplicável, por via analógica, o art. 191.º LCS na parte em que exclui a cobertura do sinistro caso ainda não tenha decorrido um ano sobre a celebração do contrato. O art. 10.º, n.º 1, do CC faz depender a aplicação analógica de um esquecimento por parte do legislador na regulamentação de certa matéria. Por esse motivo, é importante perceber se foi não ou intenção do legislador excluir aqui qualquer período de carência findo o qual a seguradora assume a cobertura do sinistro ou se, por outro lado, pretende mesmo a cobertura do sinistro independentemente de o contrato ter ou não sido celebrado há menos de um ano. A propósito da cobertura do suicídio, Romano Martinez escrevia que “(...) no fundo aceita-se excepcionalmente a cobertura de um ato intencional causador do dano, porquanto se parte do pressuposto que não houve premeditação no que respeita ao ajuste do seguro”.⁵⁹ Acreditamos que a mesma lógica deverá ser necessariamente transposta para o âmbito da morte medicamente assistida. Afinal, caso a cobertura não fosse excluída com recurso ao período de carência de um ano, existiria igual tentação por parte do doente, pessoa segura, de recorrer à morte medicamente assistida.

Madalena Pinto de Abreu e Inês Lopes Pestana apontam a aplicação do abuso do direito nestes casos em que o contrato de seguro não preexistia à decisão de recurso à morte medicamente assistida.⁶⁰ O abuso do direito pressupõe a existência de um direito radicado na esfera do titular, direito que, contudo, é exercido por forma ilegítima por exceder manifestamente a boa-fé, os bons costumes ou o seu fim social ou económico (art. 334.º, do CC). Ocorre, então, ocorre uma situação típica de abuso do direito quando alguém, detentor de um determinado direito, consagrado e tutelado pela ordem jurídica, o exercita, todavia, no caso concreto, fora do seu objetivo natural e da razão justificativa da sua existência e ostensivamente contra o sentimento jurídico dominante. A este respeito, Menezes Cordeiro sintetiza em seis tipologias as situações em que tem sido colocada a ocorrência do abuso do direito, a saber – a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, as inalegabilidades formais, a *supressio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício de posições jurídicas.⁶¹ A *exceptio doli* traduz-se numa

⁵⁹ Martinez, 2020, p. 574.

⁶⁰ Abreu & Pestana, 2023.

⁶¹ Cordeiro, 2000, pp. 249-250.

atuação dolosa do titular na formação da sua situação jurídica ou no momento da própria discussão da causa. Em segundo lugar, no *venire contra factum proprium* está em causa uma atuação do titular contraditória com um comportamento passado. Trata-se, em suma, de tutelar a confiança gerada numa das partes pelo comportamento anterior da outra. Em terceiro lugar, verifica-se uma inalegabilidade formal quando alguém alega de forma desconforme com a boa-fé, designadamente por lhe ter dado causa, a nulidade formal de um negócio. Em quarto lugar, referem-se a *supressio* e a *surrectio* que são figuras baseadas nos mesmos fenómenos – decurso do tempo, boa-fé e tutela da confiança – mas de sentido inverso. No primeiro caso, o decurso de um longo período de tempo sem o exercício de um direito faz com que o seu titular perca a faculdade do seu exercício. No segundo caso, a manutenção de uma situação durante um longo período de tempo faz surgir numa pessoa uma faculdade jurídica que de outro modo não teria. Em quinto lugar, o *tu quoque* traduz-se na inadmissibilidade do titular do direito aproveitar-se de uma violação de uma norma jurídica exigindo a outrem que atue em consonância com as consequências resultantes dessa violação. Por fim, em sexto lugar, temos o desequilíbrio, ou seja, o exercício de um direito que devido a circunstâncias extraordinárias dá origem a resultados totalmente estranhos ao que é admissível pelo sistema, quer por contrariar a confiança ou aquilo que o outro podia razoavelmente esperar, quer por dar origem a uma desproporção manifesta e objetiva entre os benefícios recolhidos pelo titular ao exercer o direito e os sacrifícios impostos à outra parte resultantes desse exercício. Acreditamos que, em abstrato, podemos estar perante abuso de direito quer na modalidade de *venire contra factum proprium*, quer na modalidade de desequilíbrio. Em qualquer dos casos, a prova pode ser bastante complicada.

Caso se entenda que a cobertura por morte em caso de morte medicamente assistida não depende de ter decorrido um ano após a celebração do contrato, coloca-se ainda a questão de saber se o art. 29.º, LMMA é ou não imperativo, na lógica de as partes poderem ou não prever um período de carência, ao abrigo da liberdade contratual. Diríamos que esta não é uma norma imperativa, uma vez que o legislador parece querer proibir, apenas, que se exclua a morte medicamente assistida enquanto causa da morte. Pelo contrário, desta norma não parece resultar qualquer pretensão do legislador de privar as partes de exercerem a sua liberdade contratual, estipulando as regras que melhor entenderem aplicar-se, como seja um período de carência, durante o qual a cobertura do sinistro estará excluída.

Ainda comparando com o regime geral da LCS, indagamos em que medida será aplicável o art. 24.º, da LCS. Isto é, para efeitos pré-negociais do contrato de seguro, atendendo à obrigação do tomador de declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo

segurador, em que situações deverá ocorrer a comunicação do procedimento da morte medicamente assistida? Perante uma doença grave e incurável, deverá o doente declarar apenas a doença em si? Ou deverá declarar ainda a intenção de recorrer à morte medicamente assistida? Ou, pelo contrário, estará o doente obrigado apenas a comunicar o início do procedimento de MAA, ao abrigo da alteração do risco? O dever de informação depende de este ter conhecimento do facto de razoavelmente tê-lo por significativo para a apreciação do risco pelo segurador. Pressupõe-se, assim, que o tomador compreende o sentido do contrato de seguro a celebrar e que percebe que o segurador se vincula e exige certo prémio como contrapartida de uma avaliação do risco em face de toda a informação disponível. Assim sendo, não restam dúvidas de que, conhecendo o tomador a doença, esta tem de ser declarada. E também nos parece que, sabendo o tomador que pretende iniciar o procedimento de MMA, também o deve declarar, por configurar uma informação que indubitavelmente irá alterar em grande medida a avaliação do risco pelo segurador. Claro que o segurador terá a árdua tarefa de provar que, à data da celebração do contrato de seguro, o tomador tinha já a intenção de recorrer à MMA, tendo-o omitido, com dolo ou negligência.

Ademais, e já na vigência do contrato, preceitua o art. 91.º, da LCS, que o segurador e o tomador devem comunicar reciprocamente as alterações do risco respeitantes ao objeto das informações prestadas durante a formação do contrato. Assim sendo, parecia resultar desta norma a obrigação para o tomador, assim que inicia o procedimento de MMA, de comunicar este facto ao segurador, para que este possa fazer uma nova alteração do risco. No entanto, como supra se referiu, ao abrigo do art. 190.º, da LCS, o regime do agravamento do risco previsto na parte geral não se aplica aos seguros de vida, pelo que não se verifica obrigação alguma, quanto ao tomador, de comunicar ao segurador o início do procedimento de MMA, quando o contrato já está em vigor. Assim, em resposta à pergunta acima formulada, o doente não estará obrigado a comunicar o início do procedimento de MAA à seguradora, ao abrigo da alteração do risco.

3. Capítulo III – O contrato de seguro de vida como instrumento de planeamento sucessório e a MMA a pedido do beneficiário

3.1. Planeamento sucessório e contrato de seguro de vida

Nos termos do art. 68.º, do CC, a morte extingue a personalidade jurídica, levantando um problema em relação às relações jurídicas de que o *de cujus* era titular, cuja continuidade é relevante, de modo que não se frustrem os direitos e expectativas das pessoas que contrataram com o falecido.⁶² Há, então, que assegurar a continuação das relações patrimoniais, embora com titulares distintos. É neste contexto que surge a transmissão por morte e o Direito sucessório, que abrange tudo o que ocorre desde a abertura da sucessão até à aquisição definitiva dos bens que integravam o património do falecido pelos sucessores.

Por outro lado, sabemos que a morte pode ser uma fonte de perturbações na vida daqueles que sucedem ao *de cujus*, desde logo porque nem sempre é fácil a pacífica distribuição do património do falecido. Podemos ainda apontar a morosidade dos procedimentos de inventários, a indisponibilidade financeira dos herdeiros para suportar os encargos com o processo e outras dificuldades impostas pela lei relativamente à designação dos herdeiros do *de cujus* como fatores que levam à procura de instrumentos de planeamento sucessório.⁶³ O planeamento sucessório apresenta-se como uma prevenção destas perturbações, na medida em que será pensado em vida do titular do património. Por outro lado, permite realizar a sua vontade quanto ao destino dos seus bens após a morte, dentro da sua liberdade de dispor e dos limites impostos por lei. Conforme explica Rita Lobo Xavier, “o planeamento sucessório tem como finalidade prevenir e até eliminar a perturbação que a morte pode representar”.⁶⁴ O objetivo é que o titular do património acautele a sua vontade quanto ao destino que pretende dar aos bens para a eventualidade da sua morte.

O planeamento sucessório prende-se com as estratégias desenhadas pelo titular de um património para prover à sua transmissão por morte.⁶⁵ A estratégia mais imediata é o testamento, muito embora existam variadíssimos instrumentos jurídicos, como a celebração de contrato de doação, a utilização de depósitos bancários ou a celebração de um contrato de seguro de vida em caso de morte, por exemplo.

⁶² Xavier, 2016, p. 18.

⁶³ Jason S. A. N. & Marcos C. P. R. – “O seguro de vida como ferramenta de planeamento sucessório patrimonial”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 5 (2021), 1249-1270.

⁶⁴ Xavier, 2016, p. 30.

⁶⁵ Xavier, 2016, p. 12.

A ideia é proceder à recolha de informações sobre a situação familiar, profissional, fiscal e sobre o património do seu titular e definir os seus concretos objetivos, vem como identificar os constrangimentos e problemas, por forma a ser desenhada uma estratégia à medida do titular do património em causa. Para o efeito, será necessário desenhar cenários sucessórios e simular consequências patrimoniais e fiscais da combinação dos diferentes instrumentos jurídicos possíveis.

O testamento, embora seja provavelmente a primeira coisa que nos ocorre quando pensamos em planeamento sucessório, acaba por não permitir a regulação de grande parte dos interesses patrimoniais do disponente, uma vez que o nosso ordenamento consagra um sistema rígido que prevê um elenco de espécies de sucessão mortis causa.⁶⁶ Desde logo, a lei prevê o elenco dos herdeiros legitimários e uma quota da herança que lhes estará reservada, não podendo o disponente dispor livremente desta parte da herança. Por outro lado, o testamento, conforme resulta do art. 2179.º, do CC, apenas produz os seus efeitos depois da morte do disponente, quando as atuais exigências económico-sociais manifestam a necessidade de antecipar a regulação da sucessão por meio de atos entre vivos.⁶⁷

Neste contexto, o contrato de seguro de vida em caso de morte surge como um dos instrumentos de planeamento sucessório, podendo ser celebrado com diversas finalidades, mas realizando uma atribuição patrimonial gratuita a favor da pessoa designada como beneficiária, numa lógica de liberalidade.⁶⁸ Como vimos, através do contrato de seguro, o tomador transfere para o segurador o risco da eventual verificação do sinistro, mediante o pagamento de um prémio, obrigando-se o segurador a proceder ao pagamento da quantia devida ao tomador ou ao beneficiário quando ocorrer o sinistro. No seguro de vida em caso de morte, o segurador cobrirá um risco relacionado com a morte da pessoa segura. Neste contrato, o tomador é simultaneamente a pessoa segura e o sinistro consistirá na sua morte, sendo o direito ao capital seguro adquirido pelo beneficiário designado.⁶⁹ Este é um contrato a favor de terceiro, tendo em conta que a morte do tomador é causa de cessação da sua personalidade jurídica, pelo que a prestação segurada forçosamente terá de ser paga a um terceiro – o beneficiário. É um contrato celebrado *inter vivos* que produzirá os seus efeitos com a morte do tomador, uma vez que este é o momento da aquisição do direito pelo beneficiário. A aquisição do capital seguro pelo beneficiário corresponde a uma atribuição patrimonial a título gratuito, que corresponde aos prémios que o tomador pagou em vida. No entanto, o capital seguro não entra no património do tomador, transferindo-se diretamente da seguradora para o

⁶⁶ Xavier, 2016, p. 58.

⁶⁷ Xavier, 2016, p. 104.

⁶⁸ Xavier, 2016, pp. 139-140.

⁶⁹ Xavier, 2016, p. 138.

beneficiário.⁷⁰ Por este motivo, o valor a ter em conta para efeitos de aplicação do regime das liberalidades será o valor correspondente à diminuição do património do tomador, ou seja, dos prémios que pagou, e não o valor efetivo a receber pelo beneficiário. É, aliás, neste sentido que aponta o art. 200.º da LCS.

É nesta lógica que o contrato de seguro em caso de morte tem adquirido cada vez mais relevância em sede de planeamento sucessório, na medida em que escapa do direito sucessório, tornando-se um modo bastante interessante de fazer planeamento sucessório. A verdade é que o valor da prestação recebida não integra a herança, transitando da esfera da seguradora para a do beneficiário. Isto permite, por exemplo, que existindo dívidas na herança, o herdeiro, ora beneficiário, a repudie, mas beneficie do valor da prestação, que escapa aos credores. Permite também beneficiar alguém que não assume a qualidade de herdeiro e ainda obviar aos limites impostos pela legítima.

Note-se também que o capital seguro não é adquirido a título sucessório, pelo que o beneficiário pode eventualmente repudiar a herança e exercer o seu crédito sobre a Seguradora. Como destaca Leonor Melo,⁷¹ “(...) a designação beneficiária distingue-se do regime sucessório, uma vez que ao beneficiário não são aplicáveis as disposições do direito sucessório, nem para questões relacionadas com a sua determinação nem para a contabilização do valor da prestação”.

Neste aspeto, é de enorme relevância a cláusula beneficiária, pois é através desta que o tomador escolhe a pessoa a quem deve ser prestado o capital seguro. Esta designação pode ocorrer de três formas – na apólice, em declaração escrita posterior ou em testamento, ao abrigo do art. 198.º, n.º 1, da LCS. Caso o tomador nada diga, a lei prevê supletivamente um elenco de beneficiários.

Ademais, é muito importante que a cláusula beneficiária esteja bem redigida, para que não sejam suscitados problemas de interpretação, caso em que é aplicado o art. 201.º, e podem ser frustradas as expectativas que o tomador tinha em vida. A *supra* citada autora evidencia que “a redação da cláusula beneficiária, por vezes, é tão genérica e impessoal que suscita as maiores dúvidas de interpretação, nomeadamente sobre a vontade do contraente designar um beneficiário”.⁷²

Ainda a propósito da cláusula beneficiária, podem ser referidas inúmeras vantagens e desvantagens da sua estipulação em sede de testamento. Um enorme benefício é que permite ao tomador manter a designação em segredo e proceder à sua alteração a qualquer momento. No entanto, corre-se o risco de esta designação nunca chegar ao conhecimento da seguradora, que irá aplicar as regras supletivas de designação. Uma opção para evitar este contratempo é estipular no contrato de seguro

⁷⁰ Xavier, 2016, p. 152.

⁷¹ Melo, 2016, p. 20.

⁷² Melo, 2016, p. 25.

que o beneficiário será designado por meio de testamento, concretizando, porventura, qual o notário onde o testamento foi quem é o seu depositário.⁷³ Por outro lado, e muito embora seja certo que o capital seguro não é adquirido a título sucessório, sendo indicado o beneficiário no testamento podemos correr o risco de a designação ser confundida com uma liberalidade mortis causa. Assim sendo, é conveniente perceber as expectativas do autor do planeamento sucessório – caso exista interesse em manter em absoluto segredo a designação, pode ser interessante fazê-la com recurso a testamento; caso esta não seja uma vontade suprema do tomador, talvez seja mais certo inserir a cláusula beneficiária no próprio contrato de seguro.

3.2. O planeamento sucessório do doente que recorre à MMA e a celebração de contrato de seguro de vida em caso de morte

Importa agora indagar sobre o impacto do regime da MMA em sede de planeamento sucessório, concretamente quanto à celebração de contratos de seguro de vida em caso de morte. Para o efeito, iremos distinguir dois cenários: no primeiro, o autor do planeamento procura-nos antes de ter iniciado um eventual processo de MMA; no segundo, somos consultados ulteriormente.

Na primeira situação, assume particular relevância a discussão em torno do âmbito e da extensão do dever de informação pré-negocial. Como vimos, o tomador está sujeito à obrigação, ao abrigo do art. 24.º, da LCS, de declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador. Ora, no caso de padecer de doença, o tomador deve declarar esse facto, uma vez que é lógico que o segurador se vincula e exige certo prémio como contrapartida de uma avaliação do risco em face de toda a informação disponível, sendo óbvio o impacto que a existência de uma doença tem na avaliação do mesmo. Consideramos que se verifica idêntico dever caso o tomador, muito embora não tenha ainda iniciado o procedimento de MMA, o pretenda fazer, ainda que o incumprimento deste dever seja de difícil prova para o segurador. Seja como for, nessa situação, a negociação de um contrato de seguro de vida em caso de morte será bastante mais complexa e dificultada, e os prémios serão mais elevados, de tal forma que a celebração do contrato pode ser muito enviesada ou até nem sequer compensar.

Ainda por referência à primeira hipótese, vimos que não é clara a possibilidade do recurso à aplicação analógica da norma do art. 191.º, da LCS, na parte em que exclui a cobertura do sinistro caso ainda não tenha decorrido um ano sobre a celebração do contrato. Entendemos que existe, no que à LMMA concerne, aplicação deste regime, pelo

⁷³ Xavier, 2016, p. 140.

que o planeamento sucessório pode ficar sem efeito se o seu autor decidir recorrer à MMA depois de nos ter consultado e de ter celebrado um contrato de seguro de vida em caso de morte mas não ter ainda decorrido um ano.

De todo o modo, e ainda que o autor do planeamento seja perfeitamente saudável no momento em que nos consulta, ou nos omita a sua doença, por qualquer motivo, entendemos que existe o dever deontológico de o alertar para a facto de o planeamento poder estar em risco e ficar sem efeito caso ocorra alguma das circunstâncias enumeradas.

No segundo cenário, isto é, se o autor do planeamento já tiver dado início ao procedimento da MMA, as dificuldades serão outras. Desde logo, conforme resulta da LMMA, o tomador não pode proceder à alteração das cláusulas de designação dos beneficiários. Uma vez que esta norma pretende evitar um eventual aproveitamento por parte de terceiros perante a vulnerabilidade do doente, entendemos que o tomador, por maioria de razão, estará impedido de proceder à sua alteração, seja na apólice, em declaração escrita posterior ou em testamento. Também por maioria de razão, consideramos que o doente também não poderá celebrar um novo contrato de seguro em caso de morte, sob pena de se pôr em causa a ratio da norma à luz da vontade do legislador. Assim sendo, nesse caso, pensamos que está completamente vedado recorrer à celebração de contrato de seguro de vida em caso de morte surge como instrumento de planeamento sucessório, com tudo o que isso implica. Desde logo perdem-se as vantagens de recorrer ao contrato de seguro de vida em caso de morte, e que consistem no facto de o valor da prestação recebida não integrar a herança, permitindo ao beneficiário repudiar a herança, caso existam dívidas, e evitar o regime das liberalidades.

Conclusão

Nos termos da Lei n.º 22/2023, de 25 de maio, a morte medicamente assistida é aquela que ocorre por decisão da própria pessoa, em sequência do exercício do seu direito fundamental à autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, quando praticada ou ajudada por profissionais de saúde, ao abrigo da al. a), do art. 2.º da LMMA. Em regra, pode ocorrer através do suicídio assistido, sendo o próprio doente, sob supervisão médica, a administrar os fármacos letais, podendo ocorrer através da eutanásia quando seja o profissional de saúde, devidamente habilitado para o efeito, a fazê-lo.

Muito embora o percurso legislativo até à aprovação definitiva desta lei tenha sido longo, o regime relativo às implicações do contrato de seguro de vida no contexto da MMA permaneceu relativamente estável, mantendo-se sempre no Capítulo relativo às disposições finais e transitórias e sofrendo simples alterações de natureza sistemática ou repercutindo as modificações terminológicas verificadas.

No contrato de seguro, a obrigação típica do segurador será a realização de uma prestação resultante de um sinistro associado a um risco, consistindo a principal obrigação do tomador do seguro no pagamento do prémio.

O seguro de vida, um dos contratos de seguro de pessoas, está associado ao risco relativo à vida, sendo o contrato pelo qual o tomador transfere para o segurador o risco da eventual verificação do sinistro, mediante o pagamento do prémio, obrigando-se o segurador a proceder ao pagamento da quantia devida ao beneficiário quando ocorre o sinistro. Nestes contratos, a causa da morte desempenha um papel fundamental, relevando, desde logo, para a elegibilidade do seguro, tendo em conta que o segurador avaliará o risco de morte do segurado através das suas declarações pré-negociais. Por esse motivo, caso o candidato a tomador apresente uma condição de saúde grave, o segurador pode impor restrições ou até recusar a celebração do contrato. No que concerne ao pagamento do prémio, em função da causa da morte, o mesmo pode ser excluído, como é o caso do suicídio do tomador do seguro ocorrido até um ano após a celebração do contrato. Além disso, o autor, cúmplice, instigador ou encobridor do homicídio doloso da pessoa segura, ainda que não consumado, perde o direito à prestação.

A LMMA prevê que, para efeitos do contrato de seguro de vida, a morte medicamente assistida não é fator de exclusão. Contudo, uma vez iniciado o procedimento clínico da morte medicamente assistida, a pessoa segura não pode proceder à alteração das cláusulas de designação dos beneficiários, numa lógica de imperativo de ordem pública. Além disso, e muito embora o legislador não o preveja, entendemos que a pessoa segura não pode celebrar novos contratos de seguro de vida

em caso de morte depois de ter apresentado o pedido de MMA, sob pena de ser posta em causa a *ratio* da norma à luz do sentido da vontade do legislador.

Verificámos duas tendências nos ordenamentos jurídicos estrangeiros quanto às eventuais implicações da morte perante a morte medicamente assistida no contrato de seguro de vida em caso de morte. Ora se opta por considerar que a morte decorrente deste procedimento deve ser considerada natural, proibindo-se que as seguradoras excluam a cobertura do sinistro nestes casos, ora se prefere conceder às seguradoras a livre escolha quanto às causas de exclusão. A solução adotada pela lei portuguesa acabou por ir um pouco mais longe. Não obstante ter optado por considerar como causa da morte da pessoa segura a realização de procedimento de morte medicamente assistida, ao contrário da generalidade dos ordenamentos jurídicos, que preveem simplesmente uma causa natural, fica explícito que a morte medicamente assistida não é fator de exclusão da cobertura do sinistro. Ou seja, não se abre sequer espaço para uma eventual liberdade da seguradora quanto às causas de exclusão nem tampouco se fica pela consideração da morte natural, o que implicitamente significaria a proibição desta exclusão.

Consideramos que deverá ser aplicável, por via analógica, o art. 191.º LCS à MMA, na parte em que exclui a cobertura do sinistro caso ainda não tenha decorrido um ano sobre a celebração do contrato, sob pena de o doente ficar tentado a recorrer à MMA nas mesmas condições a que recorreria ao suicídio. Ademais, e para efeitos pré-negociais do contrato de seguro, verificamos que, dependendo o dever de informação de o tomador ter conhecimento de facto e de razoavelmente tê-lo por significativo para a apreciação do risco pelo segurador, conhecendo o tomador a sua doença, tem de a declarar, assim como devia declarar a sua intenção de recorrer à MMA, se for o caso.

O contrato de seguro de vida em caso de morte é um instrumento importante de planeamento sucessório com cada vez mais relevância, na medida em que escapa do direito sucessório. A verdade é que o valor da prestação recebida não integra a herança, transitando da esfera da seguradora para a do beneficiário. Isto permite, por exemplo, que existindo dívidas na herança, o herdeiro, ora beneficiário, a repudie, mas beneficie do valor da prestação, que escapa aos credores. Permite também beneficiar alguém que não assume a qualidade de herdeiro e ainda obviar aos limites impostos pela legítima.

O regime estabelecido tem impacto em sede do planeamento sucessório do doente que recorre à MMA. Se o procedimento já tiver sido iniciado, o tomador não pode proceder à alteração das cláusulas de designação dos beneficiários, nem poderá celebrar um novo contrato de seguro em caso de morte. Se o procedimento ainda não se tiver iniciado, o autor do planeamento sucessório deve declarar a sua doença, como consequência do dever de informação pré-negocial, bem como a sua intenção de recorrer à MMA, embora a negociação do contrato se torne bastante mais complexa e dificultada,

e os prémios fiquem mais elevados. Por este motivo, a celebração do contrato pode ser muito enviesada ou até nem sequer compensar. Por outro lado, o planeamento sucessório pode ficar sem efeito se o seu autor da sucessão decidir recorrer à MMA depois de nos ter consultado e de ter celebrado um contrato de seguro de vida em caso de morte, mas não ter ainda decorrido um ano, por aplicação analógica do art. 191.º, da LCS.

Bibliografia

- ALBERT II, Roi des Belges, “Loi relative à l'euthanasie”, 28/mai./2002, <https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2002/05/28/2002009590/justel>.
- CHAMBRE DES DÉPUTÉS, “Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide”, 16/mar./2009, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2009/03/16/n2/jo>.
- CORDEIRO, M. (2000). *Tratado de direito civil português, Parte geral*, Tomo I, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- DIVISÃO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA PARLAMENTAR, “Morte medicamente assistida e seguros de vida – Enquadramento internacional”, nov./2020, <https://app.parlamento.pt/programas/documentos/morteassistida.pdf>.
- DIVISÃO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA PARLAMENTAR, “Eutanásia e suicídio assistido – enquadramento internacional”, abr./2022, <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/60-04-2022.pdf>.
- GOMES, J. M. V. (2011). O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina.
- HOUSE OF COMMONS, “Statutes of Canada 2016, Chapter 3, An Act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying)”, 17/Jun/2016, https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/2016_3.pdf.
- NETO, J. S. A. & RESENDE, M. C. P. (2021). O seguro de vida como ferramenta de planeamento sucessório patrimonial. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 5, pp. 1249-1270.
- L'ASSEMBLEE FEDERALE DE LA CONFEDERATION SUISSE, “Code pénal suisse”, 21/dez./1937, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/fr#a114.
- ABREU, M. P. & PESTANA, I. L. (2023). *Morte medicamente assistida: Breve análise à Lei n.º 22/2023, de 25 de maio*. <https://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2023/06/morte-medicamente-assistida.pdf>.
- MARTINEZ, P. R. et al. (2020). *Lei do contrato de seguro – anotada*, 4.^a edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, M. I. O. (2016). Regime jurídico do contrato de seguro em Portugal, *Actualidad Jurídica Ibero-Americana*, n.º 5, pp. 199-231.
- MATOS, F. A. (2010). Uma outra abordagem em torno das declarações inexatas e reticentes no âmbito do contrato de seguro. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, pp. 627-628.
- MELO, L. P. (2016). *A designação do beneficiário nos seguros do ramo vida*, Dissertação de Mestrado na área do Direito Privado. Porto, Universidade Católica Portuguesa.
- POÇAS, L. (2013). *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina.
- SÁ, C. (1976). Indisponibilidade relativa em sucessão testamentária. *Revista dos Tribunais*, Ano 94.º.

UPPER HOUSE, “Termination of life on request and assisted suicide (review procedures) Act”, 1/abr./2002. <https://wfrtds.org/dutch-law-on-termination-of-life-on-request-and-assisted-suicide-complete-text/>.

VASQUES, J. (1999). *Contrato de seguro*. Coimbra: Coimbra Editora.

XAVIER, R. L. (2016). *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do direito das sucessões*. Porto: Universidade Católica Editora.

Legislação

Decreto de 10 de abril de 1976, que aprova a Constituição da República Portuguesa.

DL n.º 47344/66, de 25 de novembro, que aprova o Código Civil.

DL n.º 48/95, de 15 de março, que aprova o Código Penal.

DL n.º 72/2008 de 16 de abril, que estabelece o novo regime jurídico do Contrato de Seguro, designado também por Lei do Contrato de Seguro.

Lei n.º 141/99, de 28 de agosto, que estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte.

Lei n.º 22/2023, de 25 de maio, que regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/2021, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 5/2023, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230005.html>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/10/2021, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2bffb4b801ededa80258788003a65e2?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3/12/2020, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/dec376f6430eb1938025865a004f6e17?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 2/06/2021, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/6b986ac1c196d3e58025870400525a91?OpenDocument>.

A exposição do menor nas redes sociais
como violação dos seus direitos de personalidade

Maria Luís Martins Oliveira Rodrigues

Sob orientação da Professora Doutora
Maria Elisabete Ferreira

Aos meus pais

“Filho é um ser que nos emprestaram para um curso intensivo de como amar alguém além de nós mesmos, de como mudar nossos piores defeitos para darmos os melhores exemplos e de aprendermos a ter coragem. Isto mesmo! Ser pai ou mãe é o maior ato de coragem que alguém pode ter, porque é se expor a todo o tipo de dor, principalmente da incerteza de estar agindo corretamente e do medo de perder algo tão amado. Perder? Como? Não é nosso, recordam-se? Foi apenas um empréstimo”.

José Saramago

Agradecimentos

É sempre difícil materializar em palavras o papel dos que tanto nos auxiliam, mesmo que inconscientemente.

Agradeço vivamente aos meus pais, a quem dedico a presente dissertação, por me apoiarem incondicionalmente e me fornecerem todas as oportunidades, ao seu alcance, no sentido de me proporcionarem o máximo de realização pessoal, académica e profissional. Concretizando: à minha mãe, por ter feito das minhas inquietações as suas e ao meu pai por ser um exemplo de determinação e resiliência.

Agradeço aos meus avós, por serem um pilar fundamental na minha vida e a quem dedico silenciosamente todas as minhas conquistas, porque o que sou hoje, devo em grande parte a eles.

Agradeço à Carol, minha grande amiga, por me conceder um lugar privilegiado no refúgio da nossa amizade.

Por fim, agradeço à Senhora Professora Doutora Elisabete Ferreira, por toda a disponibilidade e dedicação que demonstrou, dando sempre os melhores conselhos e orientações, fomentando a reflexão e a crítica.

A todos, um bem-haja!

Que o ciclo que aqui se encerra seja uma ponte para novos voos, quiçá... o sonho.

Resumo

A chegada das redes sociais veio transformar a nossa sociedade. Hoje em dia, há uma vontade incontável de partilhar a parentalidade no *feed*, criando-se um verdadeiro álbum digital, muitas vezes, de acesso a um vasto público.

Esta partilha exaustiva de fotografias, vídeos ou informações por parte dos progenitores, através dos meios digitais, denominada de *sharenting*, além de comportar uma série de riscos e perigos, apresenta-se como um novo desafio para os direitos de personalidade do menor, assim como afeta o seu gradual espaço de autonomia.

Acredita-se que os progenitores praticam estas condutas com a melhor das intenções, mas contornando o propósito das responsabilidades parentais, isto é, o superior interesse da criança.

As redes sociais não podem ser um lugar à margem do Direito. Assim sendo, necessitamos de compreender em que termos estas condutas são ilícitas e, em caso afirmativo, quais as respostas no nosso ordenamento jurídico para proteger a posição do menor.

Palavras-chave: direitos da criança; direitos de personalidade; redes sociais; menores. responsabilidades parentais; meios de tutela dos direitos de personalidade.

Abstract

The arrival of social media has transformed our society. Nowadays, there is an uncontrollable desire to share parenting in *feeds*, creating a true digital album, often with access to a vast audience.

The exhaustive sharing of photographs, videos, or information by parents through social media, called *sharenting*, involves a series of dangers and risks, thus emerging as a new challenge for minors' personality rights, affecting their gradual autonomy.

It is believed that parents practice these behaviours with the best of intentions, yet ignoring the purpose of parental authority, that is, the best interests of the child.

Social media cannot be a place outside the law. Therefore, we need to understand in what terms these conducts are illicit and, if so, what responses exist in our legal system to protect the position of the minor.

Keywords: children's law; personality rights; minority; parental authority; social media; protection of personality rights.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
al.	Alínea
art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
Cfr.	Confrontar
CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPCJ	Comissão de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
CRP	Constituição da República Portuguesa
DESC	Direitos Económicos, Sociais e Culturais
DL	Decreto-Lei
DLG	Direitos, Liberdades e Garantias
ECMIJ	Entidades com Competência em Matéria da Infância e Juventude
EMP	Estatuto do Ministério Público
i.e.	isto é
IA	Inteligência Artificial
IPSS	Instituição Particular de Solidariedade Social
LP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
MP	Ministério Público
n.º	número
OJ	Ordenamento jurídico
p.	página
Proc.	processo
RGTPC	Regime Geral do Processo Tutelar Civil
RP	Responsabilidades parentais
s. d	sem data
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

TC	Tribunal Constitucional
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
v.g	por exemplo

Advertências

Sempre que não for mencionado o instrumento legislativo, referimo-nos ao Código Civil. As siglas supramencionadas serão já utilizadas, nestes moldes, ao longo do presente trabalho.

Sempre que um acórdão surge pela primeira vez, este será devidamente apresentado e doravante faremos apenas referência ao Tribunal e data. No final, o leitor encontra a lista de jurisprudência.

Índice

Introdução	9
1. Os Direitos da Criança	10
1.1. As conquistas da CDC	10
1.2. Os direitos da criança na CRP	11
2. Os Direitos da Criança no CC Português: Os direitos de personalidade	14
2.1. Direito geral de personalidade	14
2.2. Direitos especiais de personalidade	15
2.2.1. Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada	15
2.2.2. Direito à imagem	17
3. Direitos de personalidade na menoridade: titularidade e exercício	20
3.1. A condição jurídica do menor	20
3.1.1. Capacidade de gozo e capacidade de exercício	20
3.1.2. Limitação voluntária dos direitos do menor	21
4. As responsabilidades parentais e o seu propósito	26
4.1. Noção. Natureza. Conteúdo	26
4.2. Exercício das responsabilidades parentais e o “superior interesse da criança”	28
5. A exposição digital do menor	31
5.1. Fenómeno do <i>sharenting</i> e os seus riscos	31
5.2. Critérios de aferição da (i)licitude da exposição dos menores	33
5.3. Meios de tutela à disposição do menor	38
Conclusão	47
Jurisprudência	53

Introdução

As redes sociais têm nos dias de hoje um papel preponderante nas nossas vidas, assistindo-se a um desejo desenfreado de eternizar momentos nos perfis sociais. Trazemos à discussão este tema, pois perspectiva-se que estas práticas venham a colocar-se com acuidade.

O *sharenting* é um fenómeno que assenta na partilha detalhada, pelos progenitores, de imagens, vídeos e informações pessoais dos filhos no espaço digital, fazendo das nossas crianças as mais vigiadas de sempre.

Os pais são verdadeiros “repórteres” da infância, ainda que muitas vezes alheados dos perigos que daí advêm, fazendo tábua-rasa à sua condição jurídica de sujeitos de direitos e do seu gradual espaço de autonomia.

Deste modo, num primeiro momento analisaremos a conquista da criança como sujeito de direitos, passando pela sua posição à luz da CRP. Seguidamente, importa-nos abordar o estudo dos direitos de personalidade, na medida em que a exposição digital os desafia, mormente o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e o direito à imagem.

No terceiro capítulo, cabe-nos abordar a condição jurídica do menor, para percebermos quais as implicações da menoridade. Ainda nesse capítulo, estudaremos a limitação voluntária dos direitos de personalidade, tentando compreender quem pode levar essa limitação adiante, e em que termos, onde a finalidade será termos as bases para perceber se toda e qualquer limitação voluntária aos direitos de personalidade dos menores realizada pelos progenitores será lícita.

O quarto capítulo será dedicado ao estudo das RP, para que possamos compreender se efetivamente estas condutas se alinham com o seu propósito, ou seja, o superior interesse da criança.

Por fim, analisaremos o fenómeno do *sharenting* e as suas implicações nos direitos de personalidade, tentando, para lá da consciencialização da comunidade para a sensibilidade do tema, responder aos nossos objetivos centrais neste estudo, que são aferir que publicações são ilícitas e por que razão, bem como quais os meios de reação à disposição do menor no OJ privado.

1. Os Direitos da Criança

1.1. As conquistas da CDC

Ao longo dos tempos tivemos diferentes concepções daquilo que é ser criança, seja no campo jurídico, filosófico ou histórico¹. No século XX, considerado como o “século da criança”², esta passa a ser reconhecida como um sujeito de direitos, onde “os direitos da criança são sem dúvida direitos humanos, ainda que específicos em vários aspetos”³.

Atentando ao conceito de criança, segundo Elisabete Ferreira, é um: “conceito emergente da construção social, encontrando-se em permanente evolução e sujeito a mudanças, não só em função do tempo, mas também do espaço, das condições económicas, sociais e culturais”⁴.

A grande conquista para os Direitos da Criança ocorre com a CDC, de 1989. A criança finalmente surge como um sujeito autónomo de direitos⁵ e não como um mero “adulto, mais novo”⁶. Clara Sottomayor aponta que a CDC: “reconhece, pela primeira vez, às crianças, espaços de autodeterminação e de participação nas decisões que lhe digam respeito (...) cabendo às crianças um papel ativo na construção do seu projeto de vida”⁷.

A Convenção veio tornar os Estados-Parte responsáveis pela concretização dos Direitos da Criança, ao passo que a Declaração dos Direitos da Criança apenas impunha obrigações de natureza moral⁸.

A criança é “todo o ser humano menor de 18 anos (...)” (art. 1.º CDC), colocando-se o enfoque “na consideração global da criança para consagrar os seus direitos”⁹.

A CDC surge com o intuito de reconhecer às crianças um feixe de direitos fundamentais, embora o elenco desses direitos não seja fechado, contendo antes uma cláusula geral que permite a aplicação de outras disposições normativas mais favoráveis¹⁰. A CDC goza da mesma força que os DLG, art. 16.º, 17.º e 18.º CRP¹¹.

Esta Convenção apresenta, entre outros, como princípios estruturantes: o princípio do “superior interesse da criança” (art. 3.º); princípio do “direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento” (art. 6.º) e o princípio do “respeito pelas opiniões da criança” (art. 12.º)¹².

¹ Sottomayor, 2014a, pp. 27-43.

² Martins, 2008b, p. 25, uma expressão de Ellen Key.

³ Monteiro *et al.*, 2004, p. 103.

⁴ Ferreira, 2016, p. 67.

⁵ Guerra & Bolieiro, 2014, p. 15.

⁶ Monteiro *et al.*, 2004, p. 102.

⁷ Sottomayor, 2014a, p. 27.

⁸ Guerra & Bolieiro, 2014, p. 15. Martins, 2008b, p. 32.

⁹ Martins, 2008b, p. 33.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sottomayor, 2014a, p. 53.

¹² Albuquerque, *s.d.*, pp. 6-7. Também Martins, 2008b, pp. 32-33.

Rosa Martins defende que a CDC reconhece várias categorias de direitos, mas destacam-se os direitos gerais, i.e., o direito à vida, proibição de tortura, liberdade de expressão, pensamento e religião, bem como direito à informação e privacidade, este último, deveras importante no nosso estudo¹³.

Importa, assim, referir que se passou de um modelo de proteção para um modelo participativo¹⁴. Para a autora, a grande marca de água dessa conquista está presente no direito à criança ser ouvida nas decisões que lhe digam respeito (art. 12.º CDC). Este direito acaba por ser um trunfo a favor da sua autonomia, fazendo das nossas crianças seres mais ativos nas relações familiares. Todavia, esse direito não esvazia as responsabilidades que os detentores das RP detêm. Diferentemente desafia-os a saberem auscultar, consultar, valorizar e respeitar as crianças e aquilo que estas pretendem dizer¹⁵.

A CDC surge como um instrumento capaz e consciente em dar voz e ouvidos às crianças, tendo aperfeiçoado a compreensão dos seus direitos, apontando a criança como um ser vulnerável, mas com uma “capacidade progressiva, igual em dignidade ao adulto”¹⁶.

1.2. Os Direitos da Criança na CRP

Há autores que perspetivam o Direito das Crianças como um ramo autónomo, face à crescente preocupação que o universo jurídico manifesta perante as crianças, como sujeitos de direitos, e à necessidade de desviar as atenções focadas nos interesses dos adultos¹⁷. Rita Lobo Xavier entende que essa visão é centrada nos casos de abuso e violência, destacando que não se pode pensar na criança à margem da família, i.e., da “vida familiar” e da “integração na família de origem”¹⁸: apontando que a melhor designação seria *direito dos filhos*, acentuando o reconhecimento dos pais como “garantes naturais” dos direitos pessoais das crianças¹⁹. O art. 67.º CRP reconhece a Família como um “elemento fundamental da sociedade” e como instituição goza de Direitos Fundamentais, no sentido de permitir a concretização dos direitos dos seus respetivos membros²⁰.

A CRP reserva um espaço de proteção para todos os cidadãos, nos quais as crianças também se inserem, prevendo-se Direitos Fundamentais: DLG (arts. 24.º a 57.º) e DESC (arts. 58.º a 79.º).

¹³ Martins, 2008b, p. 33.

¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 34-35. Também, Sottomayor, 2014a, pp. 53 e 56.

¹⁶ Martins, 2008b, p. 33.

¹⁷ Nesse sentido, Sottomayor, 2014a, p. 21.

¹⁸ Xavier, 2014, p. 671.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Canotilho & Moreira, 2007, p. 856.

Olhando aos princípios constitucionais do Direito da Família, que foram acolhidos na CRP, deparamo-nos com alguns que têm elevada pertinência para o nosso estudo²¹. Os preceitos constitucionais dos arts. 36.º, 67.º a 69.º preveem “exigências que delimitam o âmbito em que o legislador ordinário pode mover-se”²². Assim, diz-se que “o reconhecimento amplo dos direitos fundamentais passou a influenciar o direito ordinário da família”²³.

Como da proteção da criança na CRP nos importa, realçamos a pertinência de alguns princípios²⁴: o princípio da atribuição aos pais do poder-dever de educação e manutenção dos filhos, assim como o princípio da inseparabilidade dos filhos e dos seus progenitores. Por outra banda, não se descure o princípio da proteção da Família e da Infância.

Para Canotilho & Moreira, a atribuição do poder-dever de educação e manutenção, art. 36.º, n.º 5 CRP, é um “direito-dever subjetivo”, inserido no âmbito das responsabilidades parentais²⁵.

Na visão de Coelho & Oliveira, o princípio apresenta duas dimensões: o poder em relação aos filhos, onde a educação é dirigida pelos pais (art. 1878.º, n.º 1), respeitando sempre a personalidade dos filhos (arts. 1874, n.º 1 e 1878.º, n.º 2); por outra banda, o poder em relação ao Estado, colaborando este na educação dos filhos (art. 67, n.º 2, al. c) e art. 68.º CRP)²⁶.

A “educação”, a que o art. 36.º, n.º 5 CRP alude, reporta-se a um “processo global de *socialização e aculturação*”²⁷. A “manutenção” relaciona-se com o sustento dos filhos dentro das capacidades que os pais detenham, zelando pela segurança e saúde, provendo o seu sustento, até que estes detenham as plenas condições de o fazer²⁸.

Este princípio deve ser articulado com o princípio da inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores (art. 36.º, n.º 6 CRP), denunciando a “natureza primordial e insubstituível da intervenção dos pais na tarefa de educação e acompanhamento dos filhos”.²⁹ Daqui se retira que essa separação apenas ocorre em casos de *ultima ratio*³⁰.

Face ao princípio da proteção da Família (art. 67.º CRP), Rita L. Xavier perspetiva-a como uma realidade antecedente à CRP, embora não definida, contando-se apenas com uma ideia, papel e relevância sobre a mesma³¹, embora não deixando de ser “objeto de

²¹ Xavier, 2017, p. 155, tem uma expressão bastante elucidativa: “a Família entrou na Constituição para que a Constituição entrasse na Família”.

²² Oliveira, 2021, p. 39.

²³ *Ibidem*, p. 40.

²⁴ Coelho & Oliveira, 2018, pp. 129-157 preveem os princípios constitucionais do Direito da Família.

²⁵ Canotilho & Moreira, 2007, p. 565.

²⁶ Coelho & Oliveira, 2018, p. 149.

²⁷ Canotilho & Moreira, 2007, p. 565.

²⁸ *Ibidem*, p. 566.

²⁹ Miranda & Medeiros, 2007, p. 828.

³⁰ *Ibidem*, p. 833.

³¹ Xavier, 2017, p. 161.

uma garantia institucional”³². O seu n.º 2 prevê ações que o Estado deve conduzir para concretizar essa proteção. Não menos importante, *vide* art. 68.º CRP, onde se atenta à proteção da paternidade e maternidade como “valores sociais eminentes” (n.º 2).

Importa-nos o princípio da proteção da Infância, prevista no art. 69.º CRP, onde as crianças encontram a sua proteção constitucional com grande amplitude. Este é um direito que tem como sujeito passivo o Estado e os seus poderes públicos, assim como a sociedade, ora a família (os progenitores) e instituições (escolas, creches, instituições de tutela de menores, etc.)³³. Caberá a estes sujeitos proteger os interesses e direitos fundamentais das crianças³⁴.

Quando as crianças se encontrem numa situação de perigo, estas não ficam desamparadas, porque existe um leque de medidas de proteção efetiva. Claro está que a aplicação dessas medidas comporta restrições a direitos fundamentais dos pais e, em certos casos, da própria criança, sendo necessário passar pelo crivo da proporcionalidade³⁵. Aliás, numa normalidade do acontecer, é na família que a criança deve crescer!³⁶

Quando o art. 69.º CRP alude ao “desenvolvimento integral”, Canotilho & Moreira apontam para uma aproximação da noção de desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 2 CRP), assente em dois pressupostos: a garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1.º CRP) como elemento estático; e a dimensão da criança como sujeito em crescimento, com um desenvolvimento que carece de um aproveitamento de todas as virtualidades, enquanto elemento dinâmico.³⁷ Ademais, há ainda uma proibição do trabalho de menores em idade escolar, protegendo-se o livre desenvolvimento da personalidade e o direito ao ensino³⁸.

³² Coelho & Oliveira, 2018, p. 155.

³³ Canotilho & Moreira, 2007, p. 869.

³⁴ Miranda & Medeiros, 2007, p. 1381.

³⁵ Guerra & Bolieiro, 2014, pp. 25-26.

³⁶ Preâmbulo da CDC.

³⁷ Canotilho & Moreira, 2007, p. 869.

³⁸ *Ibidem*, p. 871.

2. Os Direitos da Criança no CC Português: Os Direitos de Personalidade

2.1. Direito geral de personalidade

A tutela civil da personalidade encontra-se no art. 70.º, prevendo-se uma cláusula geral de tutela da personalidade³⁹, protegendo “os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. A doutrina majoritária⁴⁰ reconhece a existência de um direito geral de personalidade, que decorreria do art. 70.º. Nas palavras de Capelo de Sousa:

o direito geral de personalidade, enquanto direito-mãe ou direito-fonte, tendo como objeto a personalidade humana no seu todo, fundamenta, enforma e serve de princípio geral mesmo aos próprios direitos especiais de personalidade legais, que embora dotados de certa autonomia, têm por objeto determinadas manifestações da personalidade.⁴¹

Orlando de Carvalho, no mesmo sentido, aponta que “só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade contemporânea”⁴². No sentido oposto temos Menezes Cordeiro destacando que reduzir esse preceito a um mero direito subjetivo mesmo que “geral” retira-lhe a eficácia na tutela da personalidade⁴³.

A personalidade humana é complexa e, como tal, é impossível se prever um elenco exhaustivo de direitos de personalidade, o que no fundo abona a favor da existência de um direito geral de personalidade. O CC não pretendeu regular de forma exhaustiva os tipos de direitos de personalidade⁴⁴. Aliás, Pais de Vasconcelos aponta que esses tipos correspondem a uma “memória do sistema”⁴⁵, sendo meros “tipos representativos”⁴⁶, que não devem ser tidos como uma alternativa ao art. 70.º CC, mas antes situações com um regime próprio⁴⁷.

Seguimos aqui a linha de pensamento de Orlando de Carvalho, no qual o autor indica que entre o direito geral de personalidade e os direitos especiais de personalidade

³⁹ Ribeiro, 2014, p. 171.

⁴⁰ Veja-se, por exemplo, Pinto, 2005, p. 210 e Vasconcelos, 2006, pp. 61-64.

⁴¹ Capelo de Sousa, 1995, pp. 559-560.

⁴² Orlando de Carvalho, 2012, p. 203.

⁴³ Cordeiro, 2021, p. 110.

⁴⁴ O CC não se alongou, mas a ideia de direito geral de personalidade como um “direito à pessoa ser e à pessoa devir” Orlando de Carvalho, 2012, p. 203.

⁴⁵ Vasconcelos, 2006, p. 65.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 66.

há uma estreita ligação, onde o primeiro é capaz de acolher os segundos como “naturais desenvolvimentos das áreas ou projeções da personalidade”⁴⁸.

O art. 70.º, n.º 2 dá guarida à tutela da personalidade, possibilitando uma dupla proteção: em primeiro lugar, contra uma qualquer ofensa que seja ilícita, consumada, independentemente da culpa do lesante, assistindo-se a uma solução voltada para o facto objetivo da violação; em segundo lugar, uma proteção face a uma ameaça concreta, ora uma ofensa eminente ou em curso⁴⁹.

Assim sendo, há também uma “dupla reação”⁵⁰: através das providências adequadas, preventiva e atenuante; e a via da responsabilidade civil, que estudaremos *infra*.

2.2. Direitos especiais de personalidade

2.2.1. Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

Na era digital, a partilha de conteúdos *online* é algo banal, parece que o amor não cabe entre quatro paredes e o *post* é a sua condição de eficácia. Assim sendo, os pais, em vez de protegerem as suas crianças dos perigos, semeiam-nos. Esta postura de “pais repórteres” comporta implicações naqueles que são os direitos de personalidade do menor. Desta feita, cabe-nos esmiuçar os direitos que são mais beliscados aquando da prática destas condutas: o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e o direito à imagem.

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada previsto no art. 16.º CDC, art. 80.º e art. 26.º CRP aponta para a existência de um “direito a ser deixado em paz”⁵¹. Como tal, olhando para o art. 80.º, arredando-se de uma enumeração completa do conteúdo da vida privada, Luísa Neto, aponta para o n.º 1 e n.º 2 preverem uma dupla cláusula geral, onde a vida privada abarca um conjunto de aspetos que não se relacionam com a dimensão pública da vida em relação, estando confinados à vida individual e familiar de cada um⁵².

Mota Pinto destaca que a vida privada parece ser o oposto da vida pública, embora não se deva entender estas duas esferas numa lógica restrita a um critério “espacial”, fazendo antes referência a que a vida privada é “o pequeno mundo do qual cada um é rei e senhor”⁵³.

O art. 80.º, n.º 2 prevê dois critérios: a natureza e a condição da pessoa, que, de certo modo, auxiliam na delimitação do objeto do direito que analisamos.

⁴⁸ Orlando de Carvalho, 2012, p. 206.

⁴⁹ Hörster & Silva, 2019, p. 260. Cordeiro, 2021, p. 131.

⁵⁰ Hörster & Silva, 2019, p. 260

⁵¹ Vasconcelos, 2006, p. 79.

⁵² Neto, 2021, p. 123.

⁵³ Mota Pinto, 1993, pp. 525-526.

Relativamente à natureza, aqui teremos de atentar aos traços objetivos em causa, independentemente da pessoa, logo importa perceber se o ato teve lugar num espaço público ou não; se em causa temos eventos políticos, históricos, etc.⁵⁴. Nesta senda, faz-se alusão à teoria das três esferas: vida íntima, privada e pública⁵⁵. Seguindo Rita Cabral, a vida íntima prende-se com “gestos e factos que em absoluto devem ser subtraídos ao conhecimento de outrem”; por outro lado, a vida privada “engloba os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um número restrito de pessoas” e a vida pública corresponde “a eventos suscetíveis de ser conhecidos por todos, respeita à participação de cada um na vida da coletividade”.⁵⁶

No que tange à condição, existem certas pessoas que estão na mira do olhar público. Nessas situações é normal que haja uma maior compressão ou limitação do direito em causa, pense-se nos políticos ou celebridades. No entanto, a intimidade da vida privada existirá sempre, sendo merecedora de proteção face a intromissões alheias⁵⁷. Por vezes, pode ser necessário beliscar este direito em nome de uma lógica de realização de um interesse público, *v.g.* na realização da justiça, saúde pública e liberdade de expressão e informação⁵⁸.

A autora propõe que a reserva da vida privada compreende:

o passado da pessoa, os seus sentimentos, factos atinentes à saúde, a respetiva situação patrimonial, os seus valores ideológicos e mesmo o seu domicílio que é, indiscutivelmente, o principal baluarte da intimidade da vida privada⁵⁹.

Para Canotilho & Moreira, o direito à intimidade da reserva privada comporta: “(a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações da vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”.⁶⁰

Como se mencionou, o art. 26.º CRP dá guarida ao direito que analisamos, mencionando ainda o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que também se poderá considerar como uma “projeção dinâmica do direito à intimidade da reserva da vida privada”⁶¹. Este direito será um direito atinente à livre formação da personalidade e de atuação do sujeito, enquanto pessoa livre, sendo essa liberdade crucial ao pleno

⁵⁴ Botelho, 2014, p. 200.

⁵⁵ Cabral, 1988, p. 30.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 28

⁵⁸ Mota Pinto, 1993, p. 565.

⁵⁹ Cabral, 1988, p. 31.

⁶⁰ Canotilho & Moreira, 2007, p. 467.

⁶¹ Neto, 2021, p. 122.

desenvolvimento e sedimentação da identidade de cada um, demonstrando o seu relevo cimeiro no Direito da Família e dos Menores⁶².

É fácil concluir que o *sharenting* faz com que a criança veja o seu espaço de crescimento e formação coartado, visto que começa a edificar o seu ser dentro daquelas que são as idealizações que os pais vão preconizando nas redes sociais, afetando o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Por outra banda, atualmente reconhece-se o direito à autodeterminação informacional, na medida em que cada um de nós pode dispor livremente dos seus dados e demais informações de índole pessoal, determinando os termos de acesso e utilização pelos terceiros, estando esse direito abrangido pelo âmbito de proteção da reserva sobre a intimidade da vida privada⁶³.

Pais de Vasconcelos conclui que “é ilícita a agressão à privacidade quando o interesse que a impulsiona seja eticamente pouco relevante como o simples interesse do lucro, de tiragem, de audiência, ou eticamente negativo, como sensacionalismo, a inveja, o ódio, ou intuitos de difamar ou de injuriar.”⁶⁴ Logo, parece-nos que os pais não podem levar a cabo uma documentação da vida dos filhos nas redes. Não há qualquer interesse que justifique tais atitudes, a não ser uma verdadeira exaltação daquela que é a conquista da parentalidade. O mesmo se diga face aos pais *influencers*: haverá algum interesse para a criança surgir capa dos produtos x ou y? Não parece! Parece antes que nos aproximamos de pais que usam os filhos para satisfazer os seus interesses (o que é grave e contorna o objetivo das responsabilidades parentais).

Entre pais e filhos existe um dever de mútuo respeito, art. 1874.º. Ora, cabe aos pais respeitar o espaço de autonomia e intimidade da vida privada dos seus filhos, espaço esse que crescerá com o passar dos anos, interferindo neste apenas se estiver em causa a educação e formação do menor⁶⁵.

2.2.2. Direito à imagem

O direito à imagem está previsto no art. 79.º e art. 26.º CRP. A imagem é a “representação da pessoa na sua configuração exterior”⁶⁶. O conceito de “retrato” vertido na nossa lei entrega uma ideia de que a imagem nos identifica⁶⁷ e que há uma proteção face a qualquer “forma tecnicamente possível de representação ou exibição”⁶⁸, aqui cabendo os desafios que a era digital nos coloca.

⁶² Miranda & Medeiros, 2007, p. 614.

⁶³ *Ibidem*, p. 620.

⁶⁴ Vasconcelos, 2006, p. 82.

⁶⁵ Mota Pinto, 1993, pp. 555-557.

⁶⁶ Cordeiro, 2021, p. 257.

⁶⁷ Neto, 2021, p. 122.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 120.

Relativamente ao conteúdo da imagem, qualquer captação da pessoa, ainda que parcial ou incapaz de permitir a sua identificação, sem o seu consentimento, comporta uma violação do direito à imagem⁶⁹.

Nas palavras de Agostinho Guedes, o direito em causa tem uma “dupla vertente de proteção”⁷⁰. Por um lado, o direito à autodeterminação da imagem exterior⁷¹, i.e., a imagem como “um veículo de identificação da pessoa e de projeção da sua personalidade”⁷². Por outro, comporta “um direito a definir os termos e condições em que o retrato pode ser captado e utilizado por terceiros”⁷³. Menezes Cordeiro destaca como basilar o facto de o retrato de uma pessoa não poder ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem que a pessoa consinta, advertindo que uma pessoa que concede autorização para o retrato, não autoriza necessariamente a sua exposição, reprodução ou lançamento no comércio⁷⁴.

As publicações nas redes sociais tornam a imagem exposta a um vasto público, sendo a *ratio* do art. reconhecer à imagem um “grau máximo de intangibilidade”⁷⁵.

O n.º 2 do art. 79.º prevê situações em que a captação é possível sem o consentimento, pese embora depois, o n.º 3 venha colocar limitações. A captação mesmo que feita nestas circunstâncias, mas servindo fins distintos carecerá de consentimento do seu titular⁷⁶. Quanto às finalidades científicas, didáticas e culturais, não se deve permitir a identificação das pessoas retratadas⁷⁷. Stacey Steinberg aponta que quando os pais queiram divulgar informações acerca da saúde do filho deverão fazê-lo de modo anónimo, poupando a criança aos olhos do público⁷⁸.

Importa ainda o *in fine* do art. 79, n.º 2. Nesses casos, o consentimento não se afigura relevante, pois aparenta faltar interesse da pessoa retratada ou há uma prevalência de um interesse público sobre o privado; já não será lícito se essa pessoa surgir como tema principal na fotografia⁷⁹. Menezes Cordeiro defende que os locais frequentados por crianças não são “públicos” à luz do art. 79.º, n.º 2, devendo-se “resguardar-se as crianças de publicidades, não autorizadas, que as possam incomodar”⁸⁰.

⁶⁹ Guedes, 2014, p. 196, não sendo a pessoa identificada ou identificável, o autor questiona o interesse em reagir.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 195.

⁷¹ *Ibidem*. Miranda & Medeiros, 2007, p. 619.

⁷² Festas, 2009, p. 56.

⁷³ Guedes, 2014, p. 195.

⁷⁴ Cordeiro, 2021, p. 261.

⁷⁵ González, 2011, p. 108.

⁷⁶ Guedes, 2014, p. 196.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Steinberg, 2017, pp. 879-880.

⁷⁹ Guedes, 2014, p. 197.

⁸⁰ Cordeiro, 2021, p. 268.

Uma palavra ainda sobre o n.º 3: Agostinho Guedes defende que este deve ser “interpretado em termos mais latos”, ora a utilização da imagem mesmo que lícitamente, nos termos do n.º 2, mas originando um dano para qualquer bem da personalidade, faz valer as normas do art. 70.º e 80.º.⁸¹

Como se vê, o direito à imagem está muito ligado ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Mota Pinto destaca que a lesão do direito à imagem através da proliferação de aspetos atinentes à vida privada, tal como acontece no *sharenting*, é um “meio gravoso de desrespeito pela privacidade”.⁸² A partilha de conteúdos *online* pelos pais aparenta beliscar este direito de personalidade, pois como foi mencionado, a previsão do n.º 2 não dá guarida a essas condutas⁸³.

Mas são os pais que consentem no âmbito do n.º 1? Se sim, é esse consentimento alinhado com o propósito das responsabilidades parentais? Os menores não têm qualquer voto na questão? *Infra* abordaremos estas questões. Contudo, uma coisa é certa e socorrendo-nos das palavras de Rossana Cruz, “os pais não são proprietários da imagem dos filhos, nem da sua privacidade, não lhes sendo lícito, sem mais, dispor destes direitos de personalidade”⁸⁴.

⁸¹ Guedes, 2014, p. 197.

⁸² Mota Pinto, 1993, p. 550.

⁸³ Cruz, 2016, p. 290, não se pense que estamos perante crianças famosas (príncipes, infantas). Mas mesmo que fossem e que existisse um interesse público, os espaços de recato, íntimos não são expostos.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 289.

3. Direitos de Personalidade na menoridade: titularidade e exercício

3.1. A condição jurídica do menor

3.1.1. Capacidade de gozo e capacidade de exercício

A personalidade jurídica é a “projeção no Direito (...) da personalidade humana”⁸⁵. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida, art. 66.º, n.º 1. Alude-se a esta para exprimir a qualidade da pessoa⁸⁶, reconduzindo-se à “subjetividade jurídica (...), de quem tem suscetibilidade abstrata de ser titular de direitos e deveres, de ser sujeito de relações jurídicas”⁸⁷. À personalidade jurídica está inerente a capacidade jurídica ou capacidade de gozo, art. 67.⁸⁸, embora aquela esteja incólume de quaisquer limitações⁸⁹.

Diferente é a capacidade jurídica, exprimindo a “suscetibilidade de uma pessoa ser titular de todos direitos subjetivos que a ordem jurídica privada conhece, bem como as respetivas obrigações”⁹⁰, demonstrando a sua “qualidade estática”⁹¹. No entanto, esta poderá ser em certos casos limitada, daí se aludir à “dimensão quantitativa”⁹². Como tal, essas limitações reportam-se “«qualidades minguantes» inerentes à própria pessoa a respeito de determinados direitos estritamente pessoais”⁹³, ou seja, a capacidade para testar, casar e perflhar, referindo-nos à capacidade negocial de gozo⁹⁴.

A capacidade de exercício, adquirida apenas com a maioridade, art. 130.º, é a “idoneidade para atuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por ato próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador”⁹⁵. Esta prende-se com: negócios estritamente pessoais, como os supramencionados, em que a substituição não é possível; e negócios jurídicos em geral⁹⁶. Compreende-se que assim seja, na medida em que é necessário discernimento para compreender o sentido e alcance desses atos⁹⁷. Os menores, de acordo com um entendimento tradicional, têm uma incapacidade geral (art. 123.º), abrangendo negócios de natureza pessoal e patrimonial, salvo os casos do art.

⁸⁵ Orlando de Carvalho, 2012, p. 190.

⁸⁶ Pinto, 2005, p. 194.

⁸⁷ Orlando de Carvalho, 2012, p. 191.

⁸⁸ Pinto, 2005, p. 194.

⁸⁹ Hörster & Silva, 2019, p. 335.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 337.

⁹⁵ Pinto, 2005, p. 195.

⁹⁶ Hörster e Silva, 2019, p. 336.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 337-338.

127.º, bem como a capacidade para contrair casamento alcançada idade superior aos 16 anos (art. 1601.º), capacidade para testar se emancipados (art. 2189.º) e capacidade para perfilhar quando maiores de 16 anos (art. 1850.º, n.º 2)⁹⁸.

Uma vez faltando a capacidade negocial de gozo teremos uma nulidade insuprível, não podendo os negócios ser concluídos por outrem em nome do incapaz, nem com a sua autorização. Já a incapacidade negocial de exercício causa a anulabilidade dos negócios realizados pelo incapaz ou procurador, embora podendo ser ultrapassada pelo instituto da representação legal (art. 124.º)⁹⁹.

3.1.2. Limitação voluntária dos direitos do menor

No art. 81.º consta a limitação voluntária dos direitos de personalidade, embora com restrições, prevendo-se que essa limitação é sempre revogável, ainda que dentro dos limites do n.º 2. Se tal limitação voluntária for contrária à ordem pública, bons costumes, lei ou sendo física ou legalmente impossíveis, será nula (art. 81.º, n.º 1, 340.º, n.º 2 e 280.º), ou seja, havendo contrariedade nesses termos, a limitação é ilícita¹⁰⁰.

Convém salientar que esta limitação não deixa de ser uma forma de exercício de um direito¹⁰¹. Nos casos de limitação voluntária dos direitos de personalidade, há autores que defendem que nem sequer se poderá mencionar a existência da violação de um direito¹⁰², ao passo que outros entendem que vale como causa de exclusão da ilicitude¹⁰³.

O consentimento concedido para a limitação voluntária nem sempre tem o mesmo alcance¹⁰⁴. Importa-nos mencionar que para Orlando de Carvalho existem três modalidades de consentimento¹⁰⁵. O consentimento tolerante não está subordinado à regra da capacidade em matéria de negócios jurídicos, i.e., pode ser prestado por um menor, tendo este maturidade, sendo essa a linha seguida no art. 38.º, n.º 3 CP¹⁰⁶. Não se concede um poder de agressão, “mas justifica implicitamente a mesma, art. 340.º, n.º 1”¹⁰⁷. O consentimento autorizante é “constitutivo de um compromisso jurídico *sui generis*, que atribui um poder de agressão: art. 81.º, n.º 2”¹⁰⁸, sendo esse revogável a todo o tempo, embora sujeito a indemnizar as legítimas expectativas. Já o consentimento vinculante

⁹⁸ Pinto, 2005, p. 228-229.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 222.

¹⁰⁰ Mota Pinto, 2001, p. 540, Vasconcelos, 2006, p. 156, Ac. TRL de 11/12/2018, Proc. n.º 336/18.4T8OER.L1-6, Relator Adeodato Brotas.

¹⁰¹ Mota Pinto, 2001, p. 536.

¹⁰² *Ibidem*, p. 536. O enquadramento correto é como “um mero acordo que (...) exclui a existência da lesão”, p. 535.

¹⁰³ Capelo de Sousa, 1995, pp. 254-256; Hörster & Silva, 2019, pp. 288-289.

¹⁰⁴ Mota Pinto, 2001, p. 551.

¹⁰⁵ Orlando de Carvalho, 2012, p. 205

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 205-206.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 205.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 206.

“origina um compromisso jurídico autêntico”¹⁰⁹. Logo, face aos atos que envolvam um carácter negocial vale a regra da incapacidade, sendo necessário a representação legal¹¹⁰.

Há que atentar que os menores têm a sua personalidade própria e autónoma, incumbindo aos representantes legais respeitar e promover a mesma no âmbito do seu poder-dever de educar¹¹¹. Alguns autores destacam que as normas da incapacidade não são as mais adequadas ao carácter especial dos atos pessoais¹¹². Aliás, há dúvidas relativamente à capacidade do menor face à matéria de direitos de natureza pessoal. No entendimento de Capelo de Sousa, os direitos de personalidade são exercidos, à partida, pelo menor, “dada a imediata ligação dos bens de personalidade à pessoa do seu titular”¹¹³. Para si, os direitos de personalidade concretizam-se por atos jurídicos sem carácter negocial ou por atos materiais, podendo, então, os menores exercer tais direitos, na medida em que o art. 123.º não coloca obstáculos a isso, pois “refere-se, em primeira linha, à capacidade negocial de exercício de direitos”¹¹⁴. Ser menor pode implicar, não raras vezes, que os pais façam tábua-rasa dos direitos dos filhos, achando-se “senhores” dos mesmos, consciencializados de que tudo o que fazem é pelo seu bem. No entanto, os pais devem ter sempre em conta o progressivo crescimento dos filhos e a sua maturidade, moldando o exercício das responsabilidades parentais a esse facto, respeitando o livre desenvolvimento da personalidade da criança¹¹⁵.

Mafalda Barbosa não deixa de constatar que a menoridade pode comportar determinadas limitações a certos direitos, resultando em parte do dever de obediência a que os filhos têm em relação aos pais, art. 1878, n.º 2 CC¹¹⁶. Contudo, como ensina Capelo de Sousa, esse dever não é absoluto nem ilimitado, tendo a ilicitude e a imoralidade como limites¹¹⁷. Atendendo à maturidade, é importante ouvir os “requestas ou desejos, os sentimentos, necessidades do menor. (...) E há que desempenhar, assim, um papel ativo, de coenvolvimento nas decisões que o afetem, atendendo-se ao seu desacordo, fazendo-o participar ou até chamando-o a tomar por si tais deliberações”¹¹⁸.

Assim sendo, questiona-se: afinal quem deve consentir a limitação voluntária?

Seguindo de perto os contributos de Mota Pinto, este aponta que a solução tem que ver com os interesses em causa e não com a qualificação do consentimento como negócio jurídico. O autor julga que se deve distinguir consoante o incapaz disponha ou não, quando prestado o consentimento, de capacidade natural para percecionar o sentido e alcance das

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Capelo de Sousa, 1995, p. 170.

¹¹² Guichard, 2005, p. 112. No mesmo sentido, Martins, 2008a, pp. 141-152.

¹¹³ Capelo de Sousa, 1995, p. 170 (259ª).

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 168-169.

¹¹⁶ Barbosa, 2014, p. 694.

¹¹⁷ Capelo de Sousa, 1992, p. 171.

¹¹⁸ Guichard, 2005, p. 108.

consequências para o direito de personalidade. Logo, caso o menor tenha capacidade natural, será este a dar o seu acordo e não os representantes legais. De igual modo, o incapaz poderá opor-se ao consentimento prestado pelos seus representantes, tendo maturidade suficiente¹¹⁹. Guilherme Oliveira refere-se ainda ao art. 38.º, n.º 3 CP, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, pois se a solução basta ao direito penal, também seria de saciar o direito civil. Ora, face a atos que comportem uma mera tolerância, não fazendo nascer compromissos jurídicos, seria de permitir o consentimento do menor (tendo mais de 16 anos e dispondo do discernimento necessário)¹²⁰.

“Seria absurdo que o representante legal pudesse realizar compromissos jurídicos que tocam em direitos de personalidade do menor (...), quando este já tem maturidade suficiente, contra a vontade esclarecida dele”¹²¹.

O consentimento do menor não será suficiente, tendo em conta a gravidade do facto em que consente, desde que tal limitação implique uma afetação na persecução e resultados atinentes ao exercício das responsabilidades parentais, devendo nesses casos os progenitores também consentir¹²².

Se em causa estiver uma intervenção negocial, não ressalvada pelo art. 127.º, o menor não pode agir sozinho (arts. 123.º e 124.º), sendo necessário, para suprir a incapacidade, também o consentimento dos representantes legais¹²³.

Para Mafalda Barbosa, no caso do consentimento vinculante é necessária a capacidade prevista no art. 123.º, diferentemente do consentimento autorizante e tolerante, que para a autora estão “apartados do mundo negocial”¹²⁴. Todavia, a autora entende que é possível chamar à colação o art. 127.º, onde apesar de não estarmos no campo patrimonial “podemos considerar que a mesma ideia de progressiva autonomia do menor determinará que se dispense a solução pensada pelo legislador para o mundo negocial aos problemas patenteados pela limitação voluntária dos direitos de personalidade”, concluindo que a “limitação voluntária dos direitos de personalidade dos menores deve respeitar, tanto quanto possível a autonomia própria do menor”.¹²⁵

Tendo, os menores, condições para consentir e existindo conflito entre as opiniões deste e dos seus representantes, acerca da limitação voluntária, o conflito deverá ser resolvido a favor do menor¹²⁶.

Atualmente, a maioria das questões coloca-se a respeito de menores que não têm sequer capacidade natural para entender as consequências do seu consentimento.

¹¹⁹ Mota Pinto, 2001, pp. 542-543.

¹²⁰ Oliveira, 2000, pp. 17 e 19.

¹²¹ Orlando de Carvalho, 2012, p. 206.

¹²² Mota Pinto, 2001, p. 543.

¹²³ *Ibidem*, pp. 543-544.

¹²⁴ Barbosa, 2015, p. 332.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 332-333.

¹²⁶ Mota Pinto 2001, p. 544(37).

Pensemos nos bebés, que logo no dia do seu nascimento têm uma fotografia sua publicada nas redes sociais (ou até mesmo antes!). Mota Pinto aponta que não se vai exigir o acordo dos menores e aí quem autoriza a limitação dos direitos são os representantes legais. No entanto, no âmbito do consentimento por interposta pessoa, entende que faz sentido lançar-se mão de uma interpretação estrita da cláusula geral de “ordem pública” do art. 81.º, n.º 1, evitando-se a exploração, por parte dos titulares das RP, de uma exposição desnecessária da imagem e da reserva de vida privada da criança¹²⁷
¹²⁸ ¹²⁹.

Nesta senda, o autor louva a solução da Lei espanhola sobre a tutela civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem (Lei n.º 1/1982, de 5 de maior), onde: o art. 3.º, n.º 1 prevê que os menores podem consentir por si, alcançando um dado grau de autonomia; e o n.º 2 menciona que o consentimento projetado pelos progenitores deve ser previamente comunicado ao MP, podendo este se opor¹³⁰. Vai nesse mesmo sentido o art. 162.º, § 2, do Código Civil Espanhol, onde se afasta a representação legal dos progenitores em caso de o menor ter condições para exercer os seus direitos de personalidade¹³¹.

Com uma solução semelhante temos a Lei n.º 105/2009, de 14/09, que cuida da participação das crianças em espetáculos, exigindo a comunicação e a realização de um pedido à CPCJ, apontando como insuficiente o mero consentimento dos pais, sob pena de constituir uma contraordenação¹³². Aliás, o Ac. do TC n.º 262/2020, abordando questões do conhecido “Caso Supernanny”, pronunciou-se pela não inconstitucionalidade do art. 2.º, n.º 1, art. 5.º, n.º 1 a n.º 3 e art. 7, n.º 2 da referida Lei, “no sentido de que os menores apenas podem participar em programas de televisão após o pedido e concessão da autorização pela CPCJ”¹³³.

Aqui chegados, poderíamos dizer que para as *suprarreferidas* maioria das situações, com a autorização dos pais, art. 81.º, n.º 1, não encontramos problemas de maior. Mas, acima de tudo, e mesmo que o menor até consinta, porque tem discernimento para tal, não se perca de horizonte que só não sendo contrárias à lei, bons costumes, ordem pública, nem física ou ilegalmente impossíveis é que tais limitações são lícitas. No âmbito do fenómeno do *sharenting* poderemos estar diante de situações em que o consentimento é inválido e, como tal, irrelevante.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 545.

¹²⁸ Os representantes legais autorizam, não consentem, porque trata-se de um ato pessoal, *vide* Martins 2008a, p. 148 (314).

¹²⁹ No mesmo sentido Ac. STJ 30/05/2019, Proc. n.º 336/18.4T8OER.L1.S1, Relatora Catarina Serra.

¹³⁰ Mota Pinto, 2001, p. 545.

¹³¹ Aymá, 2004, p. 100.

¹³² Art. 5.º da referida lei.

¹³³ Ac. do TC n.º 262/2020, Proc. n.º 958/2019, Relatora Fátima Mata-Mouros.

4. As responsabilidades parentais e o seu propósito

4.1. Noção. Natureza. Conteúdo

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31/12, falava-se em “poder paternal”, expressão essa avessa à ideia de família democrática e participativa vertida na CRP e no CC, remetendo antes para uma lógica de hierarquia e posse, com a exaltação da figura do pai, como chefe de família¹³⁴. Com a mencionada Lei, surge o termo “responsabilidades parentais”. Esta mudança vem esclarecer a existência de uma “preponderância da responsabilidade dos progenitores quanto à relação social e jurídica de cuidado sobre a função estritamente jurídica da representação como suprimimento da sua incapacidade de exercício”¹³⁵, reforçando-se a ideia de “compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos/as”¹³⁶.

Entende-se por RP o “poder-dever de educação dos filhos, de conteúdo funcional e carácter altruísta, exercido pelos pais no interesse dos filhos, não são uma mera faculdade, uma possibilidade concedida pela lei aos progenitores de uma criança”¹³⁷.

Primeiramente, o art. 1874.º prevê, para a relação de filiação, deveres de mútuo respeito, auxílio e assistência. As responsabilidades parentais duram até ao alcance da maioridade ou emancipação, art. 1877.º, sendo estas atribuídas, em regra, aos progenitores, na medida em que se depreende que estes estão na melhor posição para cuidar do seu filho¹³⁸.

As RP são muito mais do que um meio de suprimimento das incapacidades de agir do menor¹³⁹. Estas têm ainda como desígnio uma ideia de proteção do menor, bem como de promoção da sua autonomia, onde numa primeira fase reina a proteção e com a aproximação da maioridade vai-se afirmando a segunda, existindo uma “relação de complementaridade”¹⁴⁰. Assim sendo, importa que os pais envolvam os filhos nas tomadas de decisões, preparando-os para a vida adulta, respeitando sempre a sua personalidade¹⁴¹. A ideia é criar um “processo democrático de decisão”¹⁴², onde se reconheça essa “autonomia progressiva”¹⁴³ vertida no art. 1878.º, n.º 2.

¹³⁴ Sottomayor, 2014b, p. 22.

¹³⁵ Xavier, 2009, p. 63.

¹³⁶ Sottomayor, 2014b, p. 22.

¹³⁷ Gomes, 2009, p. 12.

¹³⁸ Martins, 2008b, p. 37.

¹³⁹ Dias, 2008, p. 87.

¹⁴⁰ Martins, 2008b, p. 37.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Oliveira, 2021, p. 501.

Relativamente à natureza das RP, a doutrina majoritária aponta que estamos perante um poder-dever/poder funcional¹⁴⁴. R. Martins perspetiva como um poder-dever concedido aos progenitores, na realização e promoção dos interesses dos seus filhos, salientando que estes são irrenunciáveis (art. 1882.º), intransmissíveis e o seu exercício é “objetivamente controlável”¹⁴⁵ (art. 36.º, n.º 5 CRP e art. 1915.º e ss.). Importa ainda reconhecer que, enquanto poder-dever, os deveres “devem estar antes dos seus poderes”¹⁴⁶, atendendo-se a que o interesse do filho deve ser o “último fim do instituto”¹⁴⁷.

No art. 1878.º, n.º 1 encontramos o conteúdo das RP. Como adverte a referida autora, não se retira daí um elenco exaustivo, estamos perante meras “linhas de força”¹⁴⁸.

Nas RP temos um plano pessoal (art. 1885.º a 1887.º) e um plano patrimonial (art. 1888.º a 1900.º)¹⁴⁹.

No plano pessoal, o poder-dever de guarda no sentido amplo alude a todos os atributos dos titulares das RP¹⁵⁰. Já o sentido restrito, encerra a possibilidade de ter o filho junto de si (art. 36.º, n.º 6 CRP), não podendo estes abandonar a casa dos pais, nem dela ser retirados (art. 1887.º, n.º 1)¹⁵¹. A guarda demonstra aqui uma relação de proximidade entre pais e filhos, enfatizando uma “comunhão de vida e de afetos”¹⁵². É uma noção que denota uma “forte crença num modelo de relação entre pais/filhos com estrutura biparietal, simultaneamente encarado como modelo de relacionamento afetivo e de cuidados”.¹⁵³ O poder-dever de vigilância consiste em “proteger o filho na sua integridade física e moral”¹⁵⁴, mesmo que muitas vezes isso implique uma supervisão redobrada. Ainda no plano pessoal, o poder-dever de velar pela saúde, assim como o poder-dever de manutenção¹⁵⁵. Por fim, o poder-dever de educação é considerado como o “centro de gravidade”¹⁵⁶ das RP. É através da educação, em sentido amplo, que os pais vão preparando os filhos para sua vida em sociedade, promovendo o “desenvolvimento das suas faculdades físicas e intelectuais, mas também na promoção da aquisição de

¹⁴⁴ Veja-se a posição particular de Miranda, 1990, pp. 32-43. Campos, 1997, p. 106, entende que estamos perante um “direito de personalidade dos pais, de *ser* pai”.

¹⁴⁵ Martins, 2004, p. 68; Sottomayor, 2014b, p. 24 e Guerra e Bolieiro, 2014, p. 177.

¹⁴⁶ Guerra e Bolieiro (2014), p. 177.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 178.

¹⁴⁸ Martins, 2008a, p. 193.

¹⁴⁹ Sendo essa a estrutura do CC. *Vide*, Martins, 2008a, p. 194.

¹⁵⁰ Sottomayor, 2003, p. 28.

¹⁵¹ Martins, 2008a, p. 198.

¹⁵² *Ibidem*, p. 199.

¹⁵³ Xavier, 2008, p. 18.

¹⁵⁴ Martins, 2008a, p. 201.

¹⁵⁵ Art. 1874.º, 1878.º e 1879.º CC.

¹⁵⁶ Ferreira, 2016, p. 51.

competências técnicas e profissionais, bem como na sua formação moral, religiosa, cívica e política”¹⁵⁷.

Já no plano patrimonial, encontramos o poder-dever de representação, que assenta na representação do filho face à incapacidade negocial, tal como vimos *supra*, bem como o poder-dever de administração dos bens do menor (art. 1881.º e 1888.º e ss.).

Rita L. Xavier destaca que os afetos estão presentes na “densificação do conteúdo funcional e relacional das responsabilidades parentais”, embora criticando que o Direito da Família tenha atualmente como paradigma a ideia de afeto. Na sua opinião, crê que os deveres jurídicos na Família se traduzem “em atuações externas de bem-fazer, de prestação de cuidados, que são normalmente tomadas como indicadores de afeto”.¹⁵⁸

4.2. Exercício das responsabilidades parentais e o “superior interesse da criança”

O art 1901.º CC reza que durante o casamento, o exercício das RP cabe a ambos os progenitores, sendo possível recorrer ao tribunal em caso de desacordo relativamente a questões de particular relevância. Não sendo possível essa conciliação, o tribunal ouvirá o menor antes da sua decisão, independentemente da sua idade, i.e., tendo apenas em conta a sua maturidade e autonomia¹⁵⁹.

No art 1902.º, face a atos praticados por um dos pais, a lei presume que há acordo entre estes, salvo se a lei exigir o consentimento de ambos ou tratando-se de um ato de particular relevância. Isto não implica que o ato de particular relevância tenha sempre de ser praticado materialmente pelos dois, basta apenas o consentimento destes¹⁶⁰.

O art. 1906.º, n.º 1 prevê o exercício das RP em casos de crise na convivência entre os progenitores. O legislador impõe que o exercício seja conjunto face às questões de particular relevância, fazendo uma ressalva para os casos de “urgência manifesta”, em que qualquer progenitor pode atuar sozinho (*in fine*, n.º 1). A atuação no âmbito da “urgência manifesta”, por apenas um dos progenitores, aplica-se analogicamente ao exercício comum na constância do matrimónio¹⁶¹.

As “questões de particular relevância” serão relativas a “questões centrais e fundamentais para o desenvolvimento, segurança, saúde, educação e formação”¹⁶². Carla

¹⁵⁷ Martins, 2008a, p. 210, entendendo que a noção ampla de educação se desdobra em três dimensões: educação propriamente dita, instrução escolar e formação técnica e profissional.

¹⁵⁸ Xavier, 2014, p. 669.

¹⁵⁹ Rodrigues, 2011, p. 85. Xavier, 2009, p. 64.

¹⁶⁰ Rodrigues, 2011, pp. 87-88.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 90.

¹⁶² Ramião, 2011, p. 165.

Monge entende a este propósito que face ao risco da *internet*, as publicações e os níveis de exposição dos menores nas redes sociais são questões de particular relevância¹⁶³.

Como nem sempre esse exercício conjunto é possível, no n.º 2 prevê-se uma “cláusula de salvaguarda”¹⁶⁴, possibilitando ao tribunal, por decisão fundamentada, que as responsabilidades face às questões de particular relevância sejam exercidas por apenas um dos progenitores, zelando pelo superior interesse da criança. A ideia presente neste art., para Rita L. Xavier é manter os dois progenitores envolvidos no crescimento do filho, não se deixando a questão na livre disponibilidade das partes, por se entender presente um “interesse público”¹⁶⁵, reduzindo-se o “exercício conjunto ao mínimo”.¹⁶⁶ Tomé Ramião considera que o exercício conjunto das RP faz sentido e é vantajoso para o filho se houver um bom relacionamento entre ambos os progenitores, apontando que estamos num campo sensível, visto que “a responsabilidade parental não se impõe por decreto”¹⁶⁷.

Relativamente aos atos da vida corrente (n.º 3), estes são exercidos pelo progenitor com quem o filho resida habitualmente, mas não deverão ser desrespeitadas pelo outro progenitor as “orientações educativas mais relevantes”, orientações essas que são “regras e princípios relacionados com o desenvolvimento da personalidade do filho, do seu carácter”¹⁶⁸ e que vão sendo transmitidas pelo progenitor com quem tem maior proximidade e lhe vai transmitindo essa forma de ser e de estar¹⁶⁹. Os “atos da vida corrente” serão “todos os que se relacionem com o dia-a-dia do filho”¹⁷⁰, podendo inclusive ser delegados, veja-se n.º 4.

O que mencionamos vale também para os casos em que os progenitores vivem em condições análogas às dos cônjuges e aos que exercem as RP por acordo, art. 1911.º e 1912.º.

Como se verifica, as RP são norteadas pelo superior interesse da criança^{171/172}. Este é um critério de controlo e de decisão¹⁷³. Embora seja um conceito dinâmico¹⁷⁴, é fulcral estabelecer harmonia entre necessidade das crianças e capacidades parentais adequadas ao caso¹⁷⁵. Para R. Martins “aos pais cumpre ter atenção os seus gostos, os seus

¹⁶³ Monge, 2021, p. 79.

¹⁶⁴ Ramião, 2011, p. 160.

¹⁶⁵ Xavier, 2009, p. 65.

¹⁶⁶ Ramião, 2011, p. 160.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 163.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 167.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 166.

¹⁷¹ Martins, 2008a, p. 221. Ac. TRE de 25/06/2015, Proc. n.º 789/13.7TMSTB-B.E, Relator Bernardo Domingues.

¹⁷² Comentário geral n.º 14, 2017, p. 10, aponta para a tripla dimensão do superior interesse da criança (art. 3.º CDC): direito subjetivo, princípio jurídico e regra processual.

¹⁷³ Sottomayor, 2003, pp. 70 e 74.

¹⁷⁴ Comentário geral n.º 14, 2017, p. 10.

¹⁷⁵ Clemente, 2009, pp. 49-50.

sentimentos, as suas ideias e não procurar projetar no filho os seus próprios gostos, sentimentos e ideias, no fundo, a sua própria concepção do mundo e da vida”¹⁷⁶.

Neste esteio, Guerra & Bolieiro definem o interesse do menor como o estabelecimento das ideias ou das possíveis condições sociais, materiais e psicológicas da vida de um filho, geradas pela participação responsável, motivada e coordenada de ambos os progenitores, ação essa que garanta a inserção daquele num otimizante e gratificante núcleo da vida, claramente propiciador do seu desenvolvimento emocional, físico e cívico e da obtenção da sua “cidadania social”¹⁷⁷.

Um ponto interessante a referir é que a tendência parece apontar para um crescimento de acordos reguladores das RP relativamente à exposição *online*, capaz de preventivamente evitar uma possível instrumentalização da criança em sede de divórcio, protegendo o seu superior interesse¹⁷⁸.

Num mundo cada vez mais digital e desafiante é preciso ter perceção de que as RP assentam numa lógica de “ética do cuidado”¹⁷⁹, tendo sempre presente “o direito de a criança ser ela própria e o direito à diferença”¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Martins, 2008a, p. 224.

¹⁷⁷ Guerra & Bolieiro, 2014, p. 178.

¹⁷⁸ Nuno Ribeiro, 23/11/2020. *Vide*, Ac. TRC de 04/04/20017, Proc. n.º 94/16.7T8PNH-A.C1, Relator António Robalo e Ac. STJ de 06/06/2019, Proc. n.º 2215/12.0TMLS-BL1. S1., Relator Maria Beleza.

¹⁷⁹ Martins, 2008b, p. 40.

¹⁸⁰ Sottomayor, 2014b, p. 21.

5. A exposição digital do menor

5.1. Fenómeno do *sharenting* e os seus riscos

A infância dos dias de hoje é marcada pela presença da *internet*, que veio fazer das nossas crianças as mais vigiadas de sempre. Todos os dias, nas redes sociais, quando fazemos *scroll*, deparamo-nos com publicações realizadas pelos progenitores, denunciando o dia-a-dia dos seus filhos, fazendo-nos sentir um verdadeiro parente próximo dos mesmos. A parentalidade no espaço virtual não pode ser um lugar à margem da lei, nomeadamente quando se dá palco a condutas que ignoram a conquista da criança como sujeito de direitos. O OJ tem de estar atento a estas novas formas de violação de direitos de personalidade, debatendo-os, pois o perigo é real¹⁸¹, sublinhando-se que acontece na *internet*, fica na *internet*¹⁸².

Dissecando o conceito de *sharenting*: *share* (partilhar) e *parenting* (parentalidade). Este apresenta-se como uma prática conduzida pelos pais, onde partilham detalhes da vida privada dos seus filhos, através de publicações nas redes sociais, como Facebook e Instagram¹⁸³. Desde muito cedo as crianças vão vendo a sua “pegada digital”¹⁸⁴ exposta nas redes, fazendo com que a sua história vá sendo contada pelos seus pais e não por si¹⁸⁵. As publicações a que estamos habituados a ver, não raras vezes, divulgam nome, data de nascimento, escolas que frequentam, *hobbies* e/ou rotinas, etc., abrindo as portas do lar a um vasto público, fazendo com que essas informações fiquem à vista, mesmo que em jeito de pistas, mas prestando bem atenção são uma verdadeira “floresta de informações”. Ou seja, no *sharenting*, os pais “entregam de bandeja” informação dos seus filhos a terceiros, na maioria dos casos negligentemente. Mesmo que essas publicações estejam inseridas em perfis privados, há sempre o risco destes conteúdos caírem nas mãos erradas¹⁸⁶, por muito que este seja deletado. Quando diante de perfis públicos, o problema agudiza-se.

Os pais publicam por orgulho, para mitigar distâncias entre familiares e amigos, bem como para permitir uma partilha de experiências, incluindo da parentalidade. Mas, as redes sociais não deixam de ser um lugar perigoso. Os riscos associados ao *sharenting* são variados, entre eles: a sobre-exposição a (des)conhecidos; identidade constantemente vigiada; *stranger-danger*, permitindo que informações pessoais da

¹⁸¹ Vide Ac. TRE de 25/6/2015.

¹⁸² Não nos cabe aprofundar a questão, mas o direito ao esquecimento é algo controverso. Guimarães, 2016, p. 189: “difundida uma informação *online*, ela pode ser reproduzida sucessivamente, retirando eficácia prática a uma ordem imposta para apagar no servidor onde foi primeiramente alojada”, pense-se no *printscreen*.

¹⁸³ Steinberg, 2017, p. 842.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Kamenetz, 5/6/2019.

¹⁸⁶ Steinberg, 2017, p. 847, dando como exemplo uma mãe que postou fotografias de uma criança durante um “training toilet”, acabando estas a circular num site usado por pedófilos.

criança sejam acedidas por predadores sexuais e outros criminosos, usando as fotografias e vídeos para assédio e pedofilia; roubo de identidade; exposição a *data brokers*, i.e., controladores da rede; rapto digital (roubando a imagem de crianças e usando-as posteriormente); riscos associados à IA, com apropriação da imagem e voz; e a afetação da reputação no futuro. Outros riscos estão associados com o (ciber)bullying, bem como sentimentos de ansiedade, frustração e constrangimento por parte dos menores¹⁸⁷.

Repare-se que um outro aspeto pertinente é o carácter dos comentários, muitas vezes mal-intencionados¹⁸⁸. O cerne da problemática é a devassa da reserva da vida privada e a perda do controlo da informação¹⁸⁹.

Assim, recomenda-se aos pais que tomem cuidado, adotando algumas práticas conscientes, tais como: publicar em anónimo; evitar o *geotag* ou outras práticas que divulguem informações pessoais, denunciando, *v.g.* as suas rotinas; não publicar fotografias/vídeos dos filhos com nudez ou cunho sexual; familiarizar-se com políticas de privacidade; e acima de tudo pensar antes de postar, pois além dos riscos e da aptidão à lesão de direitos de personalidade, os filhos podem futuramente vir a reprovar estas condutas¹⁹⁰. Um aspeto que importa desmistificar são os perfis privados, na medida em que, mesmo que as publicações sejam feitas perante um círculo restrito de pessoas, os perigos existem à mesma, desde logo porque o conceito de amigo nas redes sociais é distinto, cabendo aí “(...) os amigos mais próximos, como também outros amigos, simples conhecidos ou até pessoas que não se conhece pessoalmente”¹⁹¹, denunciando que mesmo nesses circuitos há riscos da publicação ser veiculada e cair nas mãos de predadores, que “escondendo-se através do anonimato e do «amigo do amigo» que as redes sociais podem oferecer”¹⁹². Recuperando as palavras de Hugo Lança, “estranho paradoxo que (...) no admirável mundo novo da tecnologia inexista apreensão sobre a proteção da privacidade das crianças onde esta é mais ameaçada: em casa”¹⁹³.

O *sharenting* transparece uma ideia de egoísmo por parte dos representantes legais, coartando às crianças a possibilidade de criarem a sua identidade própria, que não seja caminhar perante uma idealização dos pais vertida no digital.

¹⁸⁷ Cfr. Minkus, Liu & Ross, 2015, p. 777; Jorge, Marapô & Novello, 2022, p. 167. Vide Opinion NYT, 07/08/2019, que conta o testemunho de frustração e descontentamento de crianças e jovens face ao *sharenting*.

¹⁸⁸ Brosch, 2018, p. 79.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 78.

¹⁹⁰ São essas as recomendações de Steinberg, 2017, pp. 879-882.

¹⁹¹ Ac. TRL, de 24/09/2014, Proc. n.º 431/13.6TTFUN.1-4, Relator Jerónimo Freitas.

¹⁹² Ac. TRE de 25/6/2015.

¹⁹³ Lança, 2014, p. 162 (829).

5.2. Critérios de aferição da (i)licitude da exposição dos menores

Neste momento, impõe-se perceber se os representantes legais podem, à luz do exercício das RP, expor o menor nas redes sociais. No âmbito do exercício das RP, a representação confina-se a atos que comportam benefícios para o menor¹⁹⁴, até porque, o superior interesse da criança norteia o exercício das RP, art. 1878.^o¹⁹⁵. Como bem aponta Mafalda Barbosa, o nosso problema coloca-se no momento da divulgação, pois é aí que entra a “autorização para que terceiros alarguem a interferência com os direitos de personalidade em causa”¹⁹⁶. Nesta senda, Andreia Carvalho defende que a divulgação se trata de um consentimento autorizante (art. 81.^o), na medida em que coloca ao dispor de terceiros a possibilidade de violarem os direitos de personalidade do menor, pois a exposição é feita junto desse público¹⁹⁷.

Saudamos a orientação do Ac. STJ de 30/05/2019:

os progenitores só devem consentir em limitações aos direitos de personalidade dos filhos quando através delas se prossiga o desenvolvimento físico, intelectual e moral das crianças ou, pelo menos, desde que se assegure que elas não comprometem o desenvolvimento físico, intelectual e moral das crianças.

Acompanhamos Mafalda Barbosa destacando que para aferir a (i)licitude temos de atentar ao: grau de autonomia do menor e à existência de oposição ou não face às publicações; e ao interesse do menor^{198/199}. Relativamente a este último, sempre que nos deparemos com uma publicação apta a causar lesões aos direitos de personalidade do menor (mormente, direito à imagem, reserva de intimidade da vida privada e livre desenvolvimento), ou comporte um “risco superior ao socialmente aceite”^{200/201} teremos uma atuação ilícita por parte dos pais, em nada coincidente com o fim altruísta das RP.

A este respeito, propomos uma interpretação casuística, para cada publicação, na medida em que abstratamente releva-se impraticável fazer uma leitura rígida. Vejamos alguns critérios, no sentido de concretizar a (i)licitude.

Primeiramente, temos aqui de estabelecer algumas “linhas vermelhas”, que serão de aplicar a qualquer tipo de perfil. Toda a publicação que: comporte nudez; carácter sexual, humilhante, vexatório ou embaraçoso; se reporte à área mais recôndita da vida

¹⁹⁴ Cruz, 2016, p. 288.

¹⁹⁵ Martins, 2008a, p. 221.

¹⁹⁶ Barbosa, 2015, p. 335.

¹⁹⁷ Carvalho, 2021, p. 127.

¹⁹⁸ Barbosa, 2015, p. 336.

¹⁹⁹ *Ibidem*, mais o interesse não é aferido em termos de “ganho direto ou imediato”.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 336.

²⁰¹ O risco nem sempre se concretiza, mas isso não afasta a lesão aos direitos de personalidade que o *sharenting* provoca.

do menor; e/ou divulgue uma panóplia de informações pessoais, que permitam identificá-lo, serão ilícitas²⁰². O mesmo vale para as descrições que acompanham a publicação. Já serão lícitas as publicações que comportem um interesse para o menor²⁰³: pense-se no caso de o menor estar desaparecido ou ser necessário para angariar fundos face a uma causa nobre, em ajuda do menor.

A nossa posição pretende ser uma posição alinhada aos tempos que vivemos, tendo em conta que as redes sociais vieram para ficar. Não se pode estipular que os pais fiquem impossibilitados de publicar conteúdo sobre os seus filhos, agora deverão fazê-lo de modo responsável, tal como captando-os de costas ou com a sua face disfarçada/tapada/distorcida²⁰⁴: este será um tipo de publicação que não comporta um interesse para o menor, mas permite aos pais mostrar a presença dos filhos na sua vida. Será também de admitir publicações realizadas num perfil privado, efetivamente circunscrito a familiares e amigos (círculo de confiança).

Quanto a fotografias esporádicas, como de um aniversário, Natal ou festa da escola, entendemos que tais publicações não serão ilícitas por não comportarem, à partida, uma lesão dos direitos de personalidade do menor, não apresentarem um risco superior ao socialmente aceite e serem esporádicas.

Atentemos que quando falamos de *sharenting*, temos pais que divulgam amplamente a vida dos seus filhos (hora do banho, refeições, brincadeiras, birras, teimosias, etc.), através de um *post* hoje, amanhã, outro daqui a um mês...isto quando a exposição não é diária, quase em tempo real, tentado capturar cada reação ou até mesmo encená-la! Os pais que exploram amplamente os seus filhos no mundo digital têm uma conduta que, a nosso ver, ultrapassa o risco socialmente aceite, fazendo tábua-rasa do superior interesse da criança, violando os seus direitos de personalidade e em certos casos a sua autonomia, na medida em que esta deve ser sempre analisada e, não raras vezes, é ignorada ou nem sequer consultada.

Não podemos deixar de mencionar que atualmente há uma sedução generalizada pelo mundo das redes, causando uma sensação de normalidade nas crianças e desejo em serem famosas/virais. Um titular de RP, quando se depara com tal, não pode compactuar, por muito que o menor tenha capacidade natural, escudando-se no facto de ter havido consentimento, pois o *sharenting* é prejudicial, como vimos, e os pais têm sempre um papel de vigilantes, devendo nestes casos opor-se a tal exposição²⁰⁵.

²⁰² Seguindo as orientações de Steinberg, 2017, pp. 879-882. Na mesma linha, Carvalho, 2021, pp. 140-143 e advogando também interpretação casuística.

²⁰³ Para Cruz, 2016, p. 289, abstratamente não existe qualquer interesse para o menor.

²⁰⁴ Jorge, Marôpo & Novello, 2022, p. 167.

²⁰⁵ Martins, 2008a, p. 147.

Os progenitores devem atender à vontade do menor, no sentido da não exposição, mesmo quando manifestada através de comportamentos tácitos (*v.g.* desconforto perante a câmara, como se assiste em vários *post`s*) e respeitar os seus espaços de autonomia, sob pena de afetar, desde logo, a sua liberdade de escolha²⁰⁶. Ou seja, consideramos que essa vontade deve ser respeitada, pois não querer ser captado fotograficamente pelos pais e/ou não pretender que a imagem seja divulgada não se compara com não querer comer saudável ou tomar banho. Como não há, à partida interesse para o menor, devem os pais abster-se quando deparados com estes comportamentos.

O caso dos *influencers* é flagrante destas práticas de *sharenting*. Nestes perfis, com um vasto público, as crianças vão sendo expostas aos “tios da rede”, atualizando-os das suas rotinas e partilhando dicas de parentalidade. Não descuremos que, em certos casos, os filhos surgem como instrumento de projeção e de angariação de lucros, sendo uma conduta reprovável, na medida em que, na maior parte dos casos, estes não conseguem perceber essa prática e estamos diante de uma instrumentalização e menosprezo pela condição da criança como sujeito de direitos. Ademais, são estes *influencers* que de certo modo incitam os pais do século XXI, a vestirem a farda de “pais repórteres”, cantando ao mundo o quotidiano dos seus filhos.

Como não temos no nosso OJ um art 3.º, n.º 2 como na Lei Espanhola mencionada, poder-se-á equacionar se os progenitores criadores de conteúdo digital, enquanto promotores da divulgação e reprodução de imagem dos seus filhos, como *entertainers*, se deveriam submeter um pedido prévio à CPCJ, em termos semelhantes aos da Lei n.º 105/2009, ou no âmbito desta²⁰⁷, na medida em que cada vez mais se tem vindo a entender o conceito de espetáculo em termos latos, bastando a “exibição e o público”^{208 209}.

Outro tipo de atuação, a nosso ver, ilícita, reporta-se aos casos em que os progenitores criam perfis para o menor, gerindo as contas, onde vão captando e narrando, desde tenra idade, o crescimento da criança. Assiste-se aqui a uma verdadeira objetificação, uma quase “bonequização” do menor.

Sottomayor destaca que “(...) respeitada a prossecução dos interesses e direitos dos filhos, o instituto promove também os interesses dos pais na realização da sua

²⁰⁶ Moreira, 2001, p. 194, aponta que relativamente ao reconhecimento da autonomia, esta terá um efeito “mais pedagógico do que prático”.

²⁰⁷ Solução também equacionada por Caldeira, 2023, p. 51.

²⁰⁸ Ac. TC, n.º 262/2020.

²⁰⁹ Novamente o Ac. STJ de 30/05/2019 enfatiza que quando temos uma exploração com fins comerciais (como acontece, não raras vezes, no caso dos *influncers*), “as crianças são como que ‘lançadas no mercado’, instrumentalizadas aos fins comerciais das entidades promotoras, (...) que é – deve ser – um ‘bem fora do comércio’”.

personalidade, enquanto educadores e partes numa relação afetiva”²¹⁰. Assim, no fenómeno do *sharenting* temos um conflito de interesses, na medida em que no exercício das RP não se prioriza o interesse do menor, mas o dos progenitores²¹¹.

Os pais podem invocar o direito fundamental a educarem os filhos sem a ingerência do Estado. No entanto, para termos uma restrição a esse direito seria de “demonstrar que a norma afeta o interesse do filho, não bastando a compressão do poder de educar dos pais”²¹². Como sabemos, a norma foi projetada para o superior interesse da criança e apesar da lei confiar que há coincidência de interesses²¹³, nem sempre o interesse dos pais se alinha com o dos seus filhos²¹⁴.

Não podemos aceitar que esteja em causa a liberdade de expressão dos progenitores, art. 37.º CRP. O direito tem uma dimensão negativa, sendo um “direito a não ser impedido de exprimir-se e divulgar ideias e opiniões”²¹⁵. A dimensão positiva prende-se com a possibilidade de, inclusive pela *internet*, “divulgar e difundir o seu pensamento, opiniões e informações”²¹⁶. Claro que não é um direito ilimitado e jamais pode servir para se praticar condutas ilícitas, nomeadamente quando o seu fundamento ético é a dignidade da pessoa, como destaca M. Barbosa²¹⁷.

Conforme mencionado, aceitamos que determinadas publicações possam ser feitas e por isso mesmo, ainda caberão dentro das RP. Mas correspondem a que poder-dever? O conteúdo das RP não é taxativo, logo talvez estejamos ainda diante do poder-dever de educação, no campo da preparação para a vida em sociedade, uma ideia de socialização²¹⁸. Agora, não podem os pais, sob o manto desse poder-dever, impedir a concretização do interesse da criança.

Os direitos de personalidade materializam a dignidade da pessoa humana²¹⁹. Ou seja, todas as limitações voluntárias aos direitos de personalidade do menor que consideramos ilícitas acabam por ferir o núcleo da dignidade da pessoa humana²²⁰. A limitação voluntária é possível, desde que respeitados os seus limites (art. 81.º e 280.º).

²¹⁰ Sottomayor, 2020, p. 852.

²¹¹ Vide, Ac. TRL 11/12/2018; Xavier, 2014, p. 671, aponta para algo muito verdadeiro no *sharenting*: “a criança idealizada é também, frequentemente, a criança programada (...), manifestando a verdadeira centralidade dos interesses dos adultos”.

²¹² Ac. TC, n.º 262/2020.

²¹³ Orlando de Carvalho, 2012, p. 216.

²¹⁴ Ac. TC, n.º 262/2020.

²¹⁵ Canotilho e Moreira, 2007, p. 572.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 573.

²¹⁷ Barbosa, 2015, p. 339 (49).

²¹⁸ *Ibidem*, p. 339 (49) alude a “modo como os filhos interagem societariamente”.

²¹⁹ Cfr. Ac. STJ de 30/05/2019; Vasconcelos, 2006, p. 67.

²²⁰ Ac. STJ 30/05/2019; Ac. TC, n.º 323/09, Proc. n.º 316/09, Relator Vítor Gomes: “(...) não podendo o seu exercício traduzir-se na disponibilidade e alienabilidade de direitos dos filhos que são por natureza direitos indisponíveis, como é o da dignidade pessoal”.

Uma coisa é certa, jamais o nosso OJ compactua com a “instrumentalização das pessoas”²²¹, incluindo as crianças, que por si só são mais vulneráveis.

Seguindo os contributos do Ac. STJ de 30/5/2019, que é o aresto que mais se aproxima à situação que estudamos, fica claro que o *sharenting*, nos termos mencionados, viola a ordem pública, enquanto “conjunto de princípios fundamentais subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão consubstancialmente interessados em que prevaleçam e que têm acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convicções privadas”²²², sendo um “meio intoleravelmente intrusivo dos direitos das crianças”²²³. Aliás, como referido, a cláusula de ordem pública pesa mais quando estamos perante um consentimento por interposta pessoa²²⁴. Por outro lado, há violação da lei, pois as normas que regulam o exercício das RP e respetivo conteúdo são normas imperativas²²⁵, onde o seu propósito é contornado. Estamos diante de limitações aos direitos de personalidade que são nulas (art. 81.º, n.º 1 e 280.º, n.º 2) e, como tal, o consentimento concedido pelos pais não será de considerar, tendo antes condutas ilícitas desencadeadas por estes²²⁶.

Poderíamos ser tentados a aproximar esta exposição no mundo digital aos menores atores ou participantes em publicidades, mas ao passo que essas atividades são devidamente reguladas, no *sharenting* não temos esse controlo preventivo, causando aos progenitores uma sensação de permissibilidade e licitude²²⁷.

O Ac. TRE de 25/06/2015 veio prever que aos pais cabe:

o dever de «abster-se de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais» mostra-se adequada e proporcional à salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e da protecção dos dados pessoais e, sobretudo, da segurança da menor no Ciberespaço.

No âmbito de uma decisão que regulava provisoriamente as RP, vem a progenitora questionar o fundamento legal para a imposição dessa mesma abstenção, o que não deixa de demonstrar o alheamento face aos perigos das redes. O aresto esclarece que esta abstenção é uma “obrigação tão natural” quanto as demais a que estes estão vinculados, defendendo que “os filhos não são coisas ou objetos pertencentes aos seus pais”, cabendo

²²¹ Ac. STJ, de 30/05/2019.

²²² Pinto, 2005, p. 557-558.

²²³ Ac. STJ, de 30/05/2019.

²²⁴ Subcapítulo 3.1.2, p. 27.

²²⁵ Coelho e Oliveira, 2018, p. 169.

²²⁶ Também seguindo esse caminho, Carvalho, 2021, pp. 142-143.

²²⁷ A França, a 06/02/2024, aprovou “Proposition de loi n.º 758 visant a garantir le respect du droit à l'image des enfants” que veio introduzir alterações ao CC e CP, no sentido de regulamentar a exposição digital do menor, enfatizando a proteção comum, pelos pais, do direito à imagem e reserva da vida privada no art. 372.1 CC e respetiva punição no art. 226.º CP. A CNIL, através de um processo sumário, informa o juiz, requerendo a aplicação de medidas de proteção do menor, quando o pedido de apagamento dos dados pessoais não obtenha resposta, *vide* <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000049163317>

a estes proteger, garantir e respeitar os seus direitos²²⁸. A nosso ver, o tribunal andou bem nesta decisão, até porque não proíbe toda e qualquer publicação, mas sim as que identifiquem o menor. Foi uma decisão de “natureza preventiva”²²⁹.

A decisão é proporcional e como aponta o Ac. TRP de 4/11/2013,

é inerente à natureza que um pai, ou uma mãe, concedam os seus próprios interesses em benefício da estabilidade humana emocional e psicológica do filho. (...) sacrificando os seus naturais sentimentos e anseios, em homenagem aos direitos fundamentais de uma criança crescer com segurança²³⁰.

Se quando há uns anos era tradição revisitar a infância abrindo os álbuns de família, em família, hoje a tendência passa por exercer a parentalidade nas redes sociais e eternizar momentos no *feed*. A parentalidade não serve para ser enaltecida, mas sim vivida, respeitando sempre todas as dimensões pessoais da criança.

5.3. Meios de tutela à disposição do menor

Face ao cenário exposto, e como reza o art. 69.º CRP, não é possível deixar a criança desamparada no próprio seio familiar. Impõe-se alcançar soluções capazes de a proteger.

Começemos desde logo pela LP. A LP vem concretizar as obrigações do Estado para com as crianças vertidas na CRP, CDC e demais instrumentos internacionais, com o objetivo de promover e proteger o espectro de direitos reconhecidos às crianças, art. 1.º LP²³¹.

Este processo tem uma natureza instrumental e urgente, com medidas transitórias, pretendendo afastar o perigo no imediato, não visando resolver definitivamente os problemas, para esses casos temos o processo tutelar civil²³².

O art. 3.º LP, inspirado no art. 1918.º, vem legitimar uma intervenção perante as situações de perigo, ora uma intervenção limitada a “(...) uma situação de facto que ameace a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento da criança, não se exigindo a verificação da efetiva lesão (...). Basta, por isso, a criação de um real ou muito provável perigo, ainda que longe de dano sério”²³³.

Uma situação de perigo é diferente e menos abrangente que uma situação de risco, pois nem todos os riscos desencadeiam a intervenção da LP, circunscrevendo-a antes a

²²⁸ Ac. TRE de 25/06/2015.

²²⁹ Barbosa, 2015, p. 336.

²³⁰ Ac. TRP 4/11/2013, Proc. n.º 10588/10.2TBVNG.P1, Relatora Ana Carvalho.

²³¹ Pgrp, 2020, pp. 22-23.

²³² Ramião, 2017, p. 143. Ferreira, 2016, p. 367.

²³³ Ramião, 2017, p. 31.

um perigo objetivo, atual e real²³⁴. Nas situações de risco, a intervenção pretende superar esse estado, através de políticas de prevenção primária e secundária, *v.g.* campanhas de informação e prevenção, ações promotoras do bem-estar, projetos de formação parental, etc.²³⁵.

Face à situação “desequilibrada e desajustada”²³⁶, desprotegida face a um perigo²³⁷, é imperioso criar condições para que esse perigo seja afastado.

O art. 3.º, n.º 2 LP prevê um elenco exemplificativo²³⁸ de situações que demonstram esse perigo. Perante o fenómeno que analisamos, importa atentarmos às als. b), e) e f)²³⁹. No âmbito da al. b), importam-nos os maus-tratos psíquicos, aptos a causar “sofrimento psicológico e distúrbios emocionais”²⁴⁰, tendo em conta a exposição, muitas vezes, humilhante e íntima, potenciadora de sentimentos angustiantes e de rejeição pelos pares, pense-se no (ciber)bullying²⁴¹. A al. e) releva para os casos em que os menores sejam tidos como criadores de conteúdos digitais, surgindo como verdadeiras personagens digitais, instrumentalizadas pelos progenitores em nome de *likes* e visualizações. A al. parece fazer-nos sentido, mesmo nos casos em que o menor não seja afetado no desempenho escolar, pois não se pode ignorar a afetação do livre desenvolvimento da criança. Por fim, a al. f), visto que o *sharenting*, nos termos mencionados, reporta-se a condutas que afetam direta ou indiretamente a segurança e/ou equilíbrio emocional do menor, cabendo aqui “ações que reflitam negativamente na vivência da criança ou do jovem”²⁴², colocando em causa o “equilíbrio psicológico e anímico”²⁴³ destes.

O *sharenting* comporta assim uma afetação aos direitos de personalidade e demonstra essa situação desajustada.

O art. 64.º e ss. LP alude às comunicações. Existe o dever de comunicação por parte de vários entes, mas importa destacar o art. 66.º, mormente n.º 1, por prever a comunicação por qualquer pessoa, à ECMIJ, entidades policiais, CPCJ ou autoridades judiciais, impondo um “dever solidário de cuidado de toda a comunidade para com quaisquer situações de perigo”²⁴⁴.

A atuação em primeira linha será da ECMIJ, nos termos do art. 7.º, embora não tenham capacidade para aplicar medidas de promoção e proteção (art. 38.º). Caso, as

²³⁴ *Ibidem*, p. 32; Pgrp, 2020, p. 44.

²³⁵ Ferreira, 2016, pp. 332-333.

²³⁶ Guerra, 2021, p. 29.

²³⁷ Ferreira, 2016, p. 333.

²³⁸ Ramião, 2017, p. 32.

²³⁹ Também nesse sentido, Moreira, 2020, pp. 13-14.

²⁴⁰ Pgrp, 2020, p. 46.

²⁴¹ Moreira, 2020, p. 14.

²⁴² Pgrp, 2020, p. 51.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 327.

primeiras não consigam atuar eficazmente, caberá à CPCJ intervir (art. 8.º). Em última *ratio*, a atuação é da competência dos tribunais, art. 11.º.²⁴⁵

Não se pode deixar de destacar a competência preventiva do risco e perigo da ECMIJ e da CPCJ, na modalidade alargada, art. 7.º e 18.º LP, respetivamente²⁴⁶. A ECMIJ tem um papel interventivo, cooperando com outras entidades (art. 7.º, n.º 2 LP), *v.g* escolas, hospitais, IPSS, tendo em conta a proximidade e a dimensão social que as compõe²⁴⁷, destacando-se aqui o papel da escola como vigilante. A CPCJ na modalidade alargada tem também um papel fulcral junto da sociedade, mormente no que toca à consciencialização e defesa dos direitos de personalidade do menor²⁴⁸, logo poder-se-ia apostar na sensibilização face aos impactos do *sharenting*, enquanto novo desafio, já por todos percecionado, mas muito normalizado.

As medidas previstas no art. 35.º LP são aptas a afastar o perigo, concretizando a proteção e recuperação da criança (art. 34.º). Tais medidas são efémeras e vale o princípio da tipicidade das mesmas.²⁴⁹ Repare-se que a sua previsão no art. 35.º LP tem uma sequência lógica, da menor para maior ingerência²⁵⁰. As medidas em meio natural de vida são: apoio junto dos pais ou de familiares; confiança a pessoa idónea; apoio para autonomia de vida; e confiança a pessoa selecionada para adoção. As medidas em regime de colocação são: acolhimento familiar, residencial, família de acolhimento ou confiança a instituição com vista a adoção (art. 35.º, n.º 3 LP). Com exceção da al. g), art 35.º LP, que só poderá ser aplicada pelos tribunais, as demais medidas poderão ser aplicadas pelas CPCJ ou tribunais (art. 38.º LP).

As medidas que farão sentido no nosso caso, serão sem dúvida, as medidas a executar no meio natural de vida, com especial destaque para a medida de apoio junto dos pais. Expliquemos.

A medida de apoio junto dos pais, prevista no art. 39.º LP e regulada no DL n.º 112/2008, é “(...)orientada no sentido de aquisição ou reforço, por parte destes, das competências necessárias ao exercício de uma parentalidade responsável e à adequada satisfação das necessidades de proteção da criança ou do jovem”²⁵¹. É uma medida vantajosa, tendo em conta a ideia da prevalência da família, art. 4.º, al. h) LP²⁵². Esta medida não basta por si, importando também o “(...) aconselhamento e orientações em formação específica, terapias de diversa natureza e outros”²⁵³. No DL referido, olhando

²⁴⁵ Guerra & Bolieiro, 2014, p. 41.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 35 (5) e p. 40 (14).

²⁴⁷ Pgrp, 2020, pp. 80-81.

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 140-141.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 190 e 194.

²⁵⁰ *Ibidem*, pp. 194-195.

²⁵¹ Ramião, 2017, p. 110.

²⁵² Clemente, 2009, p. 92.

²⁵³ *Ibidem*, p. 95.

especialmente aos arts. 11.º e 12.º (apoio psicopedagógico e social), vemos que é necessário obter colaboração, empenho e disponibilidade dos pais²⁵⁴. Aliás, o próprio art. 41.º LP prevê “programas de educação parental”.

Todo este apoio assenta numa lógica de responsabilidade parental (art 4.º, al f) LP), promovendo as capacidades da criança, pais e da dinâmica familiar, concretizando o seu desenvolvimento do menor²⁵⁵. Como aponta Rosa Clemente, temos uma “visão moderna da ação social e da proteção social”²⁵⁶. O art. 41.º, n.º 2 LP faz referência ao conteúdo e duração dos programas de educação parental, mas estes até hoje não estão regulamentados, logo quem desempenha estas funções são estruturas municipais, embora nem todos os municípios as detenham²⁵⁷, sendo um aspeto a corrigir urgentemente.

Outras medidas possíveis são o apoio junto de outro familiar (art 40.º LP) e a confiança a pessoa idónea (art. 43.º LP). A primeira é aplicada quando não sendo possível permanecer juntos dos pais seja de entregar aos cuidados de um familiar com quem coabite/tenha coabitado ou estejam em condições objetivas aptas a estabelecer um vínculo em tempo útil²⁵⁸. Na segunda medida, a criança fica aos cuidados de uma pessoa com quem tenha uma relação de proximidade, de empatia²⁵⁹. Também estas medidas podem ser acompanhadas dos mencionados apoios (arts. 41.º e 43.º, n.º 2 LP).

A nosso ver, fará mais sentido a medida de apoio junto dos pais, visto que face ao tipo de comportamento praticado por estes, importa-nos que percebam o alcance da sua conduta e com a devida ajuda a corrijam, sendo relevante a não privação de contactos entre pais-filhos, porque também acreditamos que não seja caso para tal.

Estas medidas terão uma duração não superior a 12 meses, podendo ser prorrogadas até aos 18 meses (art. 60.º LP), demonstrando-se que esta intervenção não constitui um fim, mas um meio²⁶⁰. Se a situação de perigo persistir, para Ramião, a medida deve cessar (art. 63, n.º 1, a) LP).²⁶¹

Os princípios do art. 4.º LP deverão ser ponderados aquando da aplicação de uma medida, com especial destaque para o superior interesse da criança, embora tendo em conta a intervenção mínima, a proporcionalidade e subsidiariedade que demarcam a atuação das entidades em causa²⁶².

²⁵⁴ Ramião, 2017, p. 109.

²⁵⁵ Pgrp, 2020, p. 236.

²⁵⁶ Clemente, 2009, p. 95.

²⁵⁷ Pgrp, 2020, p. 237.

²⁵⁸ Clemente, 2009, p. 97.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 104.

²⁶⁰ Guerra & Boleiro, 2014, p. 82.

²⁶¹ Ramião, 2017, pp. 142-145. Diferentemente, Guerra & Boleiro, 2014, p. 84.

²⁶² Pgrp, 2020, p. 195.

Face às intervenções de natureza não transitória, o art. 1918.º alude ao decretamento de providências necessárias e adequadas ao estado de perigo, embora não estejam tipificadas²⁶³. A legitimidade para as requerer cabe ao MP, parentes do menor ou a quem esteja confiada a criança (art. 1915.º), podendo essas medidas ser revogadas ou alteradas a todo o tempo, art. 1920.º-A. Nessas situações, em que não seja caso de inibição das RP, será normal aplicar-se uma medida de promoção e proteção²⁶⁴. Todavia, deve haver harmonia entre LP e processo tutelar civil, art. 11.º e 27.º, RGPTC²⁶⁵. Ao passo que art. 1918.º se confina a providências judiciais, a LP não²⁶⁶.

O art. 3.º, al. h) RGPTC alude à inibição e limitação das RP. Olhando ao art. 58.º RGPTC, este vale apenas para situações de má administração de bens, daí se questionar se nos casos de limitação das RP, face à proteção da pessoa, se segue uma ação tutelar comum (art. 67.º) ou vale a aplicação analógica do art. 58.º. Tende-se a entender pela primeira²⁶⁷.

Em situações mais graves, que à partida não será o caso que analisamos, há a possibilidade de inibir o exercício das RP (1915.º e art. 52.º e ss. RGTPC). A inibição, que tanto pode ser total ou parcial, pode ter na base causas culposas ou não, cabendo a legitimidade às pessoas previstas no art. 1915.º²⁶⁸.

Outro meio de reação passa pelo processo especial da tutela da personalidade, art. 878.º e ss. CPC, que pretende concretizar a proteção vertida no art. 70.º, n.º 2²⁶⁹. Este é um procedimento urgente, autónomo e suficiente, que almeja uma tutela definitiva, apta a salvaguardar os direitos de personalidade de pessoas singulares²⁷⁰. Até 2013, estava circunscrita à jurisdição voluntária, atualmente pertence à jurisdição contenciosa²⁷¹.

Importa aqui o facto de ser atribuída legitimidade ao MP na defesa das crianças, art 4.º, n.º 1, al i), EMP e art 23.º, n.º 1 CPC.

No requerimento caberá ao autor apresentar a necessidade de tutela do seu direito, alegando toda a factualidade que justifique as providências, art. 879.º CPC²⁷².

Ao nosso alcance temos a tutela preventiva, mas também a atenuante. Na primeira, o pressuposto é a “ameaça ilícita e direta”, ou seja, pretende-se condenar o réu em se abster de violar futuramente os direitos de personalidade do autor²⁷³; já na segunda, o pressuposto é “ofensa já cometida”, i.e., uma “tutela para os efeitos presentes de um

²⁶³ Ferreira, 2016, p. 375.

²⁶⁴ Oliveira, 2021, p. 525.

²⁶⁵ Chabby, 2022, p. 844.

²⁶⁶ Pereira, 2019, p. 146

²⁶⁷ Chaby, 2022, p. 844 e Pereira, 2019, p. 144.

²⁶⁸ Oliveira, 2021, p. 524.

²⁶⁹ Pimenta, Geraldés & Sousa, 2022, p. 323.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 323-324.

²⁷² *Ibidem*, p. 325.

²⁷³ Ac. STJ 30/05/2019. Pinto, R. 2014, p. 688.

evento ilícito que ainda não se tenha exaurido por completo, por meio de uma pretensão de condenação do réu na reprimenda ao estado inicial”²⁷⁴. Note-se que ter-se-á de demonstrar a ilicitude, mas não a culpa²⁷⁵.

Tendo em conta os exemplos de Remédio Marques, no âmbito das providências preventivas, seria relevante: proibir a exposição atentatória dos direitos de personalidade dos menores (inclusive futura, porque já se antevê que continuem a perpetuar essa conduta); e face às providências repressivas, eliminar as publicações já feitas/o perfil²⁷⁶.

Apesar do peticionado pelo autor, há uma larga margem de decisão quanto às providências, art. 879.º, n.º 4 CPC. Este será o processo que permite uma tutela eficaz, ainda “com o aproveitamento da possibilidade de o tribunal proferir uma decisão provisória, independentemente da verificação dos requisitos específicos das providências cautelares”²⁷⁷.

Nuno Pissarra defende que caso se pretenda ressarcir pelo dano sofrido, no âmbito da responsabilidade civil, segue-se a ação comum; almejando as providências adequadas, art. 70.º, n.º 2, instaura-se uma ação especial²⁷⁸.

Uma questão controversa prende-se com a possibilidade de cumular um pedido indemnizatório com pedido de condenação na adoção de providências adequadas. Olhando ao art. 555.º e 37.º CPC, constata-se que para a cumulação é necessário que tenhamos idênticas formas de processo, logo, parece que a cumulação estaria vedada²⁷⁹. No entanto, temos doutrina que vai aceitando, desde que tenha lugar no processo comum, não no processo especial²⁸⁰.

Por fim, numa lógica reparadora, temos a responsabilidade civil (art. 70.º, n.º 2 e art. 483.º e ss.). Para acionar este mecanismo é necessário que estejam preenchidos os seus pressupostos: facto, ilícito, culpa, dano e nexo causal entre facto e o dano²⁸¹. Não nos cabe ir à exaustão, mas vejamos aspetos pertinentes.

Importa atentar particularmente à ilicitude, como juízo de desvalor jurídico²⁸². Temos várias formas de ilicitude: a violação de um direito de outrem; de interesses alheios e outros tipos delituais específicos, com especial destaque para o abuso de direito²⁸³. Face à violação de um direito de outrem, incluímos aqui os direitos de

²⁷⁴ Pinto, R. 2014, p. 689; Ac. STJ de 30/05/2019.

²⁷⁵ Pimenta, Galdes & Sousa, 2022, p. 330.

²⁷⁶ Marques, 2013, p. 507-508; Ac. STJ de 30/05/2019. Igualmente, Carvalho, 2021, p. 150.

²⁷⁷ Pimenta, Galdes & Sousa, 2022, p. 324.

²⁷⁸ Pissarra, 2022, p. 58.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 82.

²⁸⁰ Pimenta, Galdes & Sousa, 2022, p. 324. Igualmente, Ac. STJ de 14/07/2016, Proc. n.º 3446/14.3TBSXL.L1.S1, Relatora Clara Sottomayor. Pissarra, 2022, pp. 83-85. considera possível a cumulação no processo comum e no especial.

²⁸¹ Varela, 2020, pp. 525-526.

²⁸² Leitão, 2020, p. 287.

²⁸³ *Ibidem*, pp. 286-294.

personalidade, beliscados no *sharenting* (arts. 70.º, n.º 1; 79.º e 80.º), que independentemente de ser preterido no seio familiar, temos um facto ilícito²⁸⁴.

Antunes Varela aponta que ficam de fora os direitos familiares pessoais, tais como o exercício das RP, para as quais as sanções são de outra ordem²⁸⁵, embora M. Barbosa defenda que não se pode dizer que a família fique fora do mundo “juridicamente relevante”²⁸⁶.

Para a autora, não se duvida que violando um poder funcional, coincidindo com a lesão de um direito absoluto, isso vai desencadear responsabilidade extracontratual. Questão interessante, colocada por si, é a de saber se a preterição das normas relativas ao exercício das RP, vocacionadas à realização do superior interesse da criança, não são passíveis de gerar responsabilidade civil²⁸⁷. Assim, defende que:

se o art. 334.º permite sindicar o exercício de um direito que está funcionalizado, atendendo à boa-fé, bons costumes e ao fim económico e social desse direito, por maioria de razão deve ser sindicado o exercício do poder paternal²⁸⁸.

Nesta senda, mesmo não violando direitos absolutos (o que será raro no nosso caso), destaca que o comportamento dos titulares das RP pode fundar uma pretensão indemnizatória pelos danos causados, tendo em conta o exercício abusivo, violador da autonomia do menor e da sua dignidade como pessoa²⁸⁹.

Posição semelhante é a de Sónia Moreira que entende que estamos perante um abuso de direito institucional²⁹⁰, i.e., contraria-se a “ordem pública ou (...) os princípios fundamentais do direito privado ou da ordem jurídica, económica ou social ou desvirtua a função ou objetivos de um dado instituto jurídico”²⁹¹. Assim, a atuação dos pais está para lá do fim que a norma comporta (“fim económico ou social”, art. 334.º, n.º 1, *in fine*), e como tal, temos um exercício de um direito aparente, porque não é exercido no interesse do filho²⁹².

Apesar de não pretendermos ser exaustivos neste aspeto, importa destacar que esta não parece ser uma questão clara na doutrina. Menezes Cordeiro considera que o abuso de direito vem trazer as soluções já decorrentes do art. 280.º²⁹³, devendo as normas ser respeitadas, sob pena de ilicitude, tal como vimos. Daniel Bessa defende que “se houver

²⁸⁴ Ferreira, 2016, p. 403.

²⁸⁵ Varela, 2020, p. 535.

²⁸⁶ Barbosa, 2013, p. 61.

²⁸⁷ *Ibidem*, pp. 71 e 75.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 76.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ Sobre o abuso de direito, Hörster & Silva, 2019, pp. 301-309.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² Moreira, 2020, p. 8.

²⁹³ Cordeiro, 2017, pp. 273-274.

uma desconformidade ou desfalque entre as coordenadas finalistas incrustadas na estrutura do poder-dever e o concreto exercício (ou omissão), não há abuso, mas sim, (...) falta de direito”²⁹⁴.

A culpa está relacionada com um juízo de censura²⁹⁵. Esta pode revestir duas modalidades: dolo e negligência²⁹⁶. A grande parte da exposição realizada pelos pais é negligente, sem qualquer percepção do comportamento que tomam, i.e., há leviandade, há uma “omissão da diligência exigível do agente”²⁹⁷.

Para que surja a obrigação de indemnizar (art. 562.º e ss.) é necessário que se tenham verificado danos. Existem várias modalidades de danos, mas atentemos aos danos não patrimoniais. O CC aderiu à tese da ressarcibilidade, desde que tais danos mereçam tutela do direito, tendo em conta a sua gravidade (art. 496.º, n.º 1)²⁹⁸. São danos “não suscetíveis de avaliação pecuniária”²⁹⁹, ora a indemnização não eliminará o sofrimento, mas irá compensar o lesado³⁰⁰. Os danos não patrimoniais, que surgem no âmbito do *sharenting*, prendem-se com a angústia e humilhação causada, com a consequente afetação da autoestima e reputação, tendo em conta a exposição praticada, afetando a imagem e a intimidade da vida privada do filho³⁰¹.

O art. 498.º prevê que o direito à indemnização prescreve volvidos 3 anos a contar da data em que teve conhecimento do seu direito. No entanto, atente-se ao art. 318.º, al. b) e ao art. 320.º, que ditam que a prescrição se suspende, por prevalência a outros institutos, como a família, na medida em que se receia que os representantes não acautelem devidamente os interesses em causa. Assim, contra o menor não corre o prazo, sem ter decorrido um ano a partir da maioridade, tendo esse período para se inteirar da situação, acautelando os seus direitos³⁰².

Estes são alguns dos meios de tutela³⁰³ que podem acudir à situação a que o menor é exposto, pois de nada serviria considerá-lo como um sujeito pleno de direitos e posteriormente não concretizar essa posição, através de uma defesa acérrima e capaz de fazer jus ao estatuto conquistado.

²⁹⁴ Bessa, 2020, pp. 20-21.

²⁹⁵ Leitão, 2020, p. 309.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 311

²⁹⁷ Varela, 2020, p. 573.

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 605-606.

²⁹⁹ Leitão, 2020, p. 335.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Também, Moreira, 2020, p. 13.

³⁰² Silva, 2021, pp. 421-425.

³⁰³ Também poderia equacionar-se uma tutela penal, mas tal não cabe nosso objeto de estudo.

Conclusão

Desde a primeira ecografia ao primeiro dia de aulas, das rotinas às birras, vamos assistindo ao crescimento de crianças no espaço digital, que vão sendo amplamente expostas, sendo-lhes cerceada, por egoísmo, a possibilidade de construírem a sua personalidade própria e de desenvolver a sua autonomia. O *sharenting* coloca à tona o que há de mais frágil no menor.

Sob o manto das responsabilidades parentais, os pais acreditam que o seu interesse se alinha com o dos filhos, mas nem toda e qualquer limitação voluntária pelos progenitores é possível, pois as responsabilidades parentais não são exercidas discricionariamente, exigindo-se antes o respeito pelo superior interesse da criança, embora não se desmereça os normais e possíveis interesses que os pais possam ter. Certo é que, jamais, poderão priorizar as suas vontades em sacrifício dos direitos de personalidade dos seus filhos.

A ilicitude desta exposição, nos termos mencionados, deve ser ponderada de acordo com: a autonomia e vontade do menor- que deve ser sempre respeitada, mesmo que expressa por comportamentos tácitos- bem como pelo superior interesse do menor, isto é, a aptidão para se violar os direitos de personalidade, mormente direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, direito à imagem e livre desenvolvimento da personalidade. Ora, podemos aceitar que existirão publicações que ainda se podem inserir no âmbito do poder-dever de educar, desde que não ultrapassem esses dois ditames.

Como visto no Ac. do STJ de 30/05/2019, os progenitores devem apenas consentir nas limitações se não afetarem o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos seus filhos, o que acaba por não acontecer quando aludimos ao fenómeno do *sharenting*, enquanto partilha detalhada sobre a vida do menor nas redes sociais.

Não pretendemos tomar uma posição utópica, no sentido de proibir totalmente os pais de exporem os seus filhos nas redes sociais, mas devemos ser conscientes das “linhas vermelhas”. As publicações que contenham nudez ou carácter sexual; sejam vexatórias, humilhantes; exponham a intimidade e/ou divulguem uma panóplia de informações do menor, independentemente do tipo de perfil, como facilmente se depreende, serão ilícitas. Mais, mesmo nos casos em que os menores consintam nas publicações, os pais devem permanecer vigilantes e zeladores dos seus direitos. Todavia, tudo dependerá inevitavelmente das nuances de cada *post*.

A exposição exhaustiva do menor nas redes sociais viola a ordem pública, porque se assiste à afetação das traves-mestras do OJ, tendo em conta que a dignidade da pessoa humana está vertida nos direitos de personalidade. A lei acaba por ser também violada,

pois as normas imperativas relativas às RP são contornadas no seu propósito, o que faz das limitações voluntárias preconizadas pelos pais nulas e, por sua vez, ilícitas.

Face a um menor desamparado e afetado nos seus direitos de personalidade, a lei dá-nos respostas diretas, nomeadamente na LP. O *sharenting*, nos termos desenvolvidos, preenche uma situação de perigo, podendo essa ser sinalizada por qualquer pessoa que desse comportamento dê nota, tornando-nos a todos vigilantes destas práticas. Destaque-se aqui a medida de apoio junto dos pais, como uma solução capaz de fazer a família ultrapassar a situação e compreender o alcance destas condutas. Numa lógica preventiva, importa também o papel das ECMIJ e das CPCJ, que podem sempre promover uma sensibilização para os riscos e perigos do fenómeno. Como sugestão, seria importante que se concretizasse os programas de educação parental previstos na LP, alargando-os a todos os municípios, sob pena criarmos desigualdades geográficas na promoção e proteção dos direitos das crianças e jovens.

A responsabilidade civil e o processo especial da tutela da personalidade são outros meios de reação, destacando-se o papel do MP.

Bem sabemos que o exercício da parentalidade não traz manual de instruções e o preferível seria que o bom senso se sentasse à mesa. Contudo, não nos podemos alhear das implicações que esta exposição causa nos direitos de personalidade do menor, exigindo um debate jurídico e uma consciencialização, pelos pais, de que a parentalidade não se exerce nas redes sociais e exige sacrifícios, sendo talvez o maior sacrifício no século XXI não postar.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, C. (s.d). Os direitos da criança: As Nações Unidas, a Convenção e o Comité. Ministério-Público, Procuradoria-Geral da República. https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/os_direitos_crianca_catarina_albuquerque.pdf.
- ANTUNES VARELA, J. (2020). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed. rev. e atualizada. Coimbra: Almedina.
- ASSEMBLEE NATIONALE (06/02/2024). *Proposition de loi n.º 758 visant a garantir le respect du droit à l'image des enfants*. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000049163317>.
- AYMÁ, A. (2004). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Tesi Doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona. <https://www.tdx.cat/handle/10803/5207>
- BARBOSA, M.M. (2013). Família e responsabilidade civil: uma relação possível? Brevíssimo apontamento. *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 20, jul./dez., pp. 61-81.
- BARBOSA, M.M. (2014). Breves reflexões em torno do art 127.º do Código Civil. *Separata do Boletim da Universidade de Coimbra*, vol. XC, tomo II.
- BARBOSA, M.M. (2015). Podem os pais publicar fotografias dos filhos menores nas redes sociais? Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25 de junho de 2015. *Ab Instantia, Revista do Instituto e do Conhecimento*, n.º 5, pp. 313-339.
- BESSA, D. (outubro 2020). O abuso do direito: Contributos para uma hermenêutica do artigo 334.º do Código Civil português. *Revista Julgar*, pp. 1-62. <https://julgar.pt/o-abuso-do-direito-contributos-para-uma-hermeneutica-do-artigo-334-o-do-codigo-civil-portugues/>
- BOTELHO, C.S. (2014). Anotação ao Artigo 80.º CC. In J. Brandão Proença & Carvalho Fernandes (coord.). *Comentário ao Código Civil, Parte geral*, pp. 198-201. Porto: Universidade Católica Editora.
- BROSH, A. (2018). Sharenting: Why do parents violate their children's privacy? *The New Educational Review*, vol. 54, pp. 75-85. https://rebus.us.edu.pl/bitstream/20.500.12128/8382/1/Brosch_Sharenting.pdf.
- CABRAL, R. A. (1988). *O direito à intimidade da vida privada: Breve reflexão acerca do artigo 80.º do código civil*. Lisboa: AAFDL.
- CALDEIRA, L. (02/06/2023). Quantos likes vale o sofrimento do seu filho? *Revista Sábado*, p. 51.
- CAMPOS, D. L. (1997). *Lições de direito da família e das sucessões*. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. G. & MOREIRA, V. (2007) *Constituição da República Portuguesa – anotada (Arts. 1.º a 107)*, vol. I, 4.^a ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- CAPELO DE SOUSA, R. (1995). *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A. (2021). *A criança nas redes sociais, tutela de personalidade e responsabilidades parental na divulgação da imagem*, 1.^a ed. Gestlegal.
- CARVALHO, O. d. (2012). *Teoria geral do direito civil*, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.

- CHABBY, E. (2022). Anotação ao art 1918.º CC. In A. Prata (coord.). *Código Civil anotado (artigos 1251.º a 2334.º)*, vol. II, pp. 843-844, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- CLEMENTE, R. (2009). *Inovação e modernidade no direito de menores: A perspectiva da lei de protecção de crianças e jovens em perigo*, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- COELHO, F. P. & OLIVEIRA, G. (2018). *Curso de direito da família*, vol. I, 5.ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- COMITÉ dos Direitos da Criança, N. U. (2017). *Comentário geral n.º 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primordialmente tido em conta (artigo 3.º, parágrafo 1)*. Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Protecção das Crianças e Jovens.
https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf.
- CORDEIRO, A. M. (2017). *Tratado de direito civil, Parte geral, Exercício jurídico*, vol. V, 3.ª ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2021). *Tratado de direito civil, Parte geral, Pessoas*, vol. IV, 3.ª ed. Coimbra: Almedina.
- CRUZ, R. (2016). A divulgação da imagem do filho nas redes sociais e o superior interesse da criança. Artigo em ata de conferência. Universidade do Minho. Repositório, pp. 279-293.
<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47936>
- DIAS, C. (2008). A criança como sujeito de direitos e o poder de correção. *Revista Julgar*, n.º 4, pp. 87-101. <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/05-Cristina-Dias-poder-correc%C3%A7%C3%A3o.pdf>.
- FERREIRA, E. (2016). *Violência parental e intervenção do Estado: A questão à luz do direito português*. Porto: Universidade Católica Editora.
- FESTAS, D. (2009). *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem. Contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*. Coimbra: Almedina.
- GOMES, A. S. (2009). *Responsabilidades parentais*, 2.ª ed. Lisboa: Quid Iuris.
- GONZÁLEZ, J. A. (2011). Anotação ao art. 79.º CC. In *Código Civil anotado, Parte geral (artigos 1.º a 396.º)*, vol. I. Lisboa: Quid Iuris, pp. 108-112.
- GUEDES, A. (2014). Anotação ao art. 79.º do CC. In J. Brandão Proença & Carvalho Fernandes (coord.). *Comentário ao Código Civil anotado, Parte geral*, pp. 194-197. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora.
- GUERRA, P. & BOLIEIRO, H. (2014). *A criança e a família: Uma questão de direito(s): Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- GUERRA, P. (2021). *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, anotada*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina.
- GUICHARD, R. (2005). Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas (RCEJ)*, n.º 6, pp. 103-148. <https://parc.ipp.pt/index.php/rebules/article/view/813>.

- GUIMARÃES, R. (2016). A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística: questões actuais. In *La famiglia nella società contemporanea*, pp. 175-192.
- HÖRSTER, H., & SILVA, E. (2019). *A parte geral do Código Civil português: Teoria geral do direito civil*, 2.^a ed. rev. Coimbra: Almedina.
- JORGE, A., MARÔPO, L. & NOVELLO, A. (2022). Mummy influencers and professional sharenting. *European Journal of Cultural Studies*, vol. 25, pp. 166-182. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/13675494211004593>
- KAMENETZ, A. (2019). The problem with “sharenting”. *New York Times, Opinion*. <https://www.nytimes.com/2019/06/05/opinion/children-internet-privacy.html>.
- LANÇA, H. (2014). *A regulação dos conteúdos disponíveis na internet: A imperatividade de proteger as crianças*. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. <https://repositorio.ipbeja.pt/handle/20.500.12207/4484>.
- LEITÃO, L. M. (2020). *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 15.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MARQUES, J. P. (2013). Alguns aspetos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo Civil. *O Novo Processo Civil. Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Caderno I, pp. 499-518. 2.^a ed. CEJ. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=IoPfHcYZoM8%3d&portalid=30>.
- MARTINS, R. (2004). Poder paternal vs. autonomia da criança e do adolescente. *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 1, abril, pp. 65-74.
- MARTINS, R. (2008a). *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINS, R. (2008b). Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 10, jul./dez., pp. 25-37.
- MINKUS, T., LIU, K., & ROSS, K. (2015). Children seen but not heard: When parents compromise children’s online privacy. In *WWW '15: Proceedings of the 24th International Conference on World Wide Web*. <https://cse.engineering.nyu.edu/~tehila/pubs/WWW2015children.pdf>.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2007). *Constituição portuguesa: anotada*, vol. I, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MIRANDA, J. (1990). Sobre o poder paternal. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.ºs 1 a 4, pp. 23-56.
- MONGE, C. (2021). A exposição das crianças às redes sociais e direito de imagem. In *Ações de formação da jurisdição de família e das crianças*, pp. 71-91. Lisboa: CEJ. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=1Q7nTlFOwEI%3D&portalid=30>
- MONTEIRO, A. et al. (2004). *Direito das crianças, Corpus iuris gentium conimbrigae*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, S. (2001). A autonomia do menor no exercício dos seus direitos. *Scientia Iuridica*, t. 50, n.º 291, set/dez., pp. 159-194.

- MOREIRA, S. (2020). A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos. *Atas das Jornadas Internacionais: Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares*, pp. 1-15. Universidade do Minho. https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/79272/1/ji_familia_2019_ebook.pdf
- MOTA PINTO, P. (1993). O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 69, pp. 479-585.
- MOTA PINTO, P. (2001). A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, pp. 527-558. Coimbra: Coimbra Editora.
- NETO, L. (2021). Anotação ao artigo 80.º CC. In A. Prata (coord.). *Código Civil anotado (Artigos 1.º a 1250.º)*, vol. I, pp. 121-125, reimp. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, G. (2000). “O Acesso de menores a cuidados de saúde. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3898-3909, pp. 16-19. <https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/O-acesso-dos-menores-aos-cuidados-de-saude.pdf>.
- OLIVEIRA, G. C. (2021). *Manual de direito da família*, reimp. Almedina.
- OPINION, N. (07/08/2019). *Why kids are confronting their parents about “sharenting”*. <https://www.youtube.com/watch?v=YRPUZ3pufAg&t=180s>
- PEREIRA, A. P. (2019). Questões do regime geral do processo tutelar civil. *Coleção Formação Contínua, Jurisdição da Família e das Crianças*, pp. 143-146. Lisboa: CEJ. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=wpeLi5nKGq0%3D&portalid=30>.
- PGRP, coord. Maria Raquel Desterro Ferreira (2020). *Comentário à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*. Coimbra: Almedina.
- PIMENTA, P., GERALDES, A., & SOUSA, P. d. (2022). *Código de Processo Civil anotado, Processos de execução, processos especiais e processo de inventário judicial (artigos 703.º a 1139.º)*, vol. II, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- PINTO, C. M. (2005). *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, R. (2014). *Notas ao Código de Processo Civil*, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- PISSARRA, N. (2022). *Do processo especial da tutela da personalidade*, 1.ª ed. Lisboa: AAFDL.
- RAMIÃO, T. (2011). *O divórcio e questões conexas. Regime jurídico atual*, 3.ª ed. Lisboa: Quid Iuris.
- RAMIÃO, T. (2017). *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo: anotada e comentada. Jurisprudência e legislação conexa*, 8.ª ed. Lisboa: Quid Iuris.
- RIBEIRO, F. (2014). Anotação ao art. 70.º CC. In J. Brandão Proença & Carvalho Fernandes (coord.). *Comentário ao Código Civil Anotado, Parte Geral*, pp. 171-174. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora
- RIBEIRO, N. (23/11/2020). Fotografias das crianças nas redes sociais: só com o consentimento de ambos os pais? *Jornal Público*. <https://www.publico.pt/2020/11/23/opiniao/noticia/fotografias-criancas-redes-sociais-so-consentimento-ambos-pais-1940235>.

- RODRIGUES, H. M. (2011). *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*. Lisboa: Coimbra Editora.
- SILVA, R. C. (2021). Anotação do art. 318.º e Anotação do art. 320.º CC. In A. Prata (coord.). *Código Civil anotado (artigos 1.º a 1250.º)*, vol. I, 2.ª ed., pp. 420-424 e pp. 424-425. Coimbra: Almedina.
- SOTTOMAYOR, C. (2003). *Exercício do poder paternal: Relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação das pessoas e bens*, 2.ª ed. Porto: Publicações Universidade Católica.
- SOTTOMAYOR, C. (2020). Anotação ao art. 1878.º CC. In C. Sottomayor (coord.). *Código Civil anotado*, Livro IV – *Direito da família*, 4.ª ed. Coimbra: Almedina.
- SOTTOMAYOR, M. C. (2014a). *Temas de direitos da criança*. Coimbra: Almedina.
- SOTTOMAYOR, M. C. (2014b). *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina.
- STEINBERG, S. (2017). *Sharenting: Children's privacy in the age of social media*. University of Florida Levin College of Law, pp. 839-884. <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>
- VASCONCELOS, P. P. (2006). *Direitos de personalidade*. Coimbra: Almedina.
- XAVIER, R. L. (2008). Responsabilidades parentais no século XXI. *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 10, julho/dez, pp. 17-23.
- XAVIER, R. L. (2009). *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais, Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*. Coimbra: Almedina.
- XAVIER, R. L. (2014). O público e o privado no direito da família. *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 70, pp. 659-689.
- XAVIER, R. L. (2017). Cumprir a Constituição na família: Tendências desconformes na interferência estadual. In *Jornadas dos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa, Impacto e Evolução*, pp. 155-167. Porto: Universidade Católica Editora.

Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 262/2020, Processo n.º 958/2019, Conselheira Fátima Mata-Moura.: www.tribunalconstitucional.pt.
- Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 323/09, Processo n.º 316/09, Relator Vítor Gomes. www.tribunalconstitucional.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04/11/2013, Processo n.º 10588/10.2, Relatora Ana Carvalho. www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/09/2014, Processo n.º 431/13.6TTFUN.L1-4, Relator Jerónimo Freitas. www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25/06/2015, Processo n.º 789/13.7TMSTB-B.E1, Relator Bernardo Domingos. www.dgsi.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/07/2016, Processo n.º 3446/14.3TBSXL.L1.S1, Relatora Clara Sottomayor. www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 04/04/2017, Processo n.º 94/16.7T8PNH-A.C1,
Relator António Robalo. www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/12/2018, Processo n.º 336/18.4T8OER.L1-6,
Relator: Adeodato Brotas. www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/05/2019, Processo n.º 336/18.4T8OER.L1. S1,
Relator: Maria Clara Sottomayor. www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/06/2019, Processo n.º 2215/12.0TMLS-B.L1.S1,
Relator Maria dos Prazeres Beleza. www.dgsi.pt.

Publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa

As insuficiências do artigo 185.º-B do CPTA

Mariana Fernandes Araújo

Sob a orientação do Professor
Doutor Pedro Cerqueira Gomes

Agradecimentos

À minha família, por tornar esta realização acadêmica possível.

Às minhas amigas, pelo carinho e compreensão da ausência.

Ao Professor Pedro Cerqueira Gomes, pela disponibilidade e conhecimentos transmitidos.

A todos, o meu especial agradecimento.

Resumo

A presente dissertação versa sobre a publicidade das decisões arbitrais proferidas no âmbito da arbitragem em matéria de Direito Administrativo, atualmente regulada pelo artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Cientes da importância que a publicidade das referidas decisões reveste – a qual nos propomos demonstrar – pretendemos, em jeito de alerta, identificar as várias limitações que a referida solução legislativa apresenta.

Por se encontrar comprometida a publicação das decisões arbitrais em matéria administrativa, ousaremos delinear uma proposta de alteração do regime vigente, de modo a assegurar uma efetiva publicidade dessas decisões.

Palavras-chave: Arbitragem em Direito Administrativo; Artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos; publicidade das decisões arbitrais.

Abstract

The present dissertation focuses on the publicity of arbitration decisions rendered within the scope of Administrative Law arbitration, currently imposed and regulated by article 185-B of the Code of Procedure in Administrative Courts.

Aware of the importance that the publicity of the aforementioned decisions entails – which we propose to demonstrate – our aim is to metaphorically “sound the alarm” by identifying the various limitations that the aforesaid legislative solution presents.

Given that the publication of arbitration decisions concerning administrative matters is at risk, we will endeavour to outline a proposal to change the current regime, in order to ensure that the publicity of these decisions is enforced.

Keywords: Administrative Law arbitration; Article 185-B of the Code of Procedure in Administrative Courts; publicity of arbitration decisions.

Lista de siglas e abreviaturas

Al.	Alínea
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
Cf.	Conforme
Coord.	Coordenação
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
<i>Et al.</i>	<i>Et alii</i>
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
N.º	Número
P.	Página
Pp.	Páginas
S.d.	Sem data
<i>Vd.</i>	<i>Vide</i>
Vol.	Volume

Índice

Introdução	7
Capítulo I	8
Enquadramento Prévio: A Arbitragem em Matéria Administrativa	8
I.1. Aspetos gerais	8
I.2. Legitimidade constitucional e admissibilidade	9
I.3. Inexistência de diploma legal autónomo	11
I.4. A especial necessidade da arbitragem em matéria administrativa	12
I.5. Carácter inovador da arbitragem em Direito Administrativo	14
Capítulo II	17
A Publicidade das Decisões Arbitrais de Matéria Administrativa	17
II.1. A importância da publicidade das decisões arbitrais administrativas	17
II.2. Percurso normativo	22
II.2.1. Antes do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro	22
II.2.2. Com o Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro	23
II.2.3. Com a Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro	24
II.2.4. A opção legislativa pela não publicidade do processo arbitral	24
Capítulo III	27
As Insuficiências do Regime Atual: Análise ao Artigo 185.º- B do CPTA	27
III.1. A exigência de expurgação dos elementos identificativos das partes	27
III.2. A dependência do trânsito em julgado para publicação das decisões	29
III.3. A condição de depósito apenas para a execução coerciva das decisões	30
III.4. O possível contorno do depósito mediante cumprimento voluntário	32
III.4.1. A especial inoperância do depósito no caso dos tribunais arbitrais ad hoc	33
III.5. Uma proposta a considerar	35
Conclusão	38
Referências bibliográficas	39

Introdução

Em Portugal, a arbitragem em matéria administrativa tem vindo a assumir um papel cada vez mais relevante enquanto meio alternativo de resolução de litígios que envolvem as entidades públicas – atualmente, parte considerável destes litígios é efetivamente dirimida por tribunais arbitrais. Trata-se de uma realidade que apresenta contornos próprios no ordenamento jurídico português, na qual o legislador tem desempenhado um papel marcadamente inovador e pioneiro no respetivo desenvolvimento.

Neste contexto, revela-se fundamental assegurar que esta via alternativa de resolução de litígios esteja cuidadosamente regulada na legislação portuguesa, a qual deve contemplar e salvaguardar garantias jurídico-processuais fundamentais. Um dos aspetos que, neste âmbito, merece especial atenção prende-se com a publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa. Por esta razão, a presente dissertação dedicar-se-á à análise deste aspeto específico: a publicidade das decisões arbitrais administrativas.

É neste contexto que pretendemos analisar o regime legal que rege a publicidade das decisões em matéria administrativa, consagrado no artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos CPTA, com vista a demonstrar que este apresenta diversas insuficiências e limitações, as quais comprometem a efetiva publicação das decisões em causa. Urge, assim, identificar e refletir sobre tais fragilidades, com o intuito de se promover a adoção de soluções legislativas que as possam colmatar. Eis o caminho que nos propomos seguir.

Para alcançar este propósito, estruturámos o presente escrito em três Capítulos. No primeiro Capítulo, será realizado um enquadramento prévio da arbitragem em matéria administrativa, por se considerar imprescindível à adequada compreensão da temática em análise. Abordaremos, entre outros aspetos, a sua legitimidade constitucional, a sua especial necessidade em face da morosidade dos tribunais estatais e o seu respetivo carácter inovador no direito comparado.

No segundo Capítulo, procuraremos identificar e fundamentar as razões que impõem a necessidade de publicitação das decisões proferidas por tribunais arbitrais em matéria administrativa. Analisar-se-á, igualmente, o percurso legislativo que conduziu à consagração do atual regime previsto no artigo 185.º-B do CPTA.

A nossa reflexão mais alongada realizar-se-á no terceiro Capítulo, onde, mediante uma análise crítica da solução legislativa adotada, identificaremos as várias insuficiências que a mesma encerra. Por fim, ousaremos delinear uma proposta de alteração do regime atualmente vigente, que permita, no nosso entendimento, garantir uma efetiva publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa.

Capítulo I

Enquadramento Prévio: A Arbitragem em Matéria Administrativa

Antes de se avançar para a análise do cerne da questão que se pretende cuidar no presente escrito – a publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa –, importa, num primeiro momento e sem pretensões de exaustividade, abordar alguns aspetos essenciais relativos à arbitragem em geral, com especial enfoque na arbitragem em Direito Administrativo. Este enquadramento preliminar revela-se indispensável para uma compreensão plena da temática em estudo.

I.1. Aspetos gerais

Importa, desde logo, compreender o que se entende por arbitragem: a arbitragem consiste num meio de resolução alternativo de litígios, o que significa que, a par dos tribunais estatais, esta consubstancia uma via alternativa para as partes procurarem uma resolução para as suas querelas. Por essa razão, não raras as vezes, a arbitragem é designada como uma forma de privatização da justiça¹, por se tratar de um meio de resolução de litígios alternativo e substitutivo da jurisdição estatal.

No processo arbitral, confere-se a um ou mais árbitros – terceiros independentes e imparciais – o poder de dirimir litígios, proferindo uma decisão que produz efeitos jurisdicionais².

Ora, quando falamos de arbitragem de Direito Administrativo, significa que o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público submetem a resolução de litígios de direito público ao poder decisório de árbitros. Dito de outra forma, como explica Sêrvulo Correia, “[e]ntende-se por arbitragem administrativa a condução e julgamento, por tribunais formados por árbitros, de ações que tenham por objeto dirimir litígios emergentes de relações jurídicas administrativas”³.

Por sua vez, a arbitragem pode assumir a noção de arbitragem voluntária ou arbitragem necessária, pelo que caberá, ainda que de forma breve, proceder à sua destrição. Assim, a arbitragem voluntária tem origem contratual, isto é, baseia-se na vontade dos litigantes, os quais pretendem recorrer a este método alternativo de

¹ Como referido por Silva, 2020, p. 76.

² Cf. Monteiro, Silva & Mirante, 2019, pp. 11-12.

³ Em Correia, 2021, p. 5.

resolução de conflitos, traduzindo-se, por isso mesmo, numa opção deliberada das partes em submeter um litígio a terceiros, um ou mais árbitros⁴.

Por sua vez, na arbitragem necessária “dispensa-se o elemento voluntarístico que é imanente à arbitragem tradicionalmente considerada”⁵, isto é, a arbitragem necessária não deriva da vontade das partes, sendo antes imposta por lei especial, confiando a árbitros a resolução de um litígio que deixa de estar sujeito à jurisdição dos tribunais estatais⁶.

Além desta distinção, impõe-se ainda realizar outra, nomeadamente entre arbitragem institucionalizada e arbitragem *ad hoc*. A arbitragem institucionalizada é mais recente do que a arbitragem *ad hoc*⁷. Esta última caracteriza-se pela sua natureza efémera, perfeitamente delimitada no tempo: quando as partes celebram uma convenção arbitral, estas decidem, aquando do surgimento de um litígio, submeter a resolução do mesmo a um tribunal arbitral, que é constituído única e especificamente para aquela finalidade – como referido *supra*, este tribunal apresenta uma natureza momentânea, porque é criado “*ad hoc*”, isto é, apenas para aquele efeito. Nesta modalidade de arbitragem, não existe uma estrutura, com carácter de permanência, associada a este tribunal arbitral⁸.

Diferentemente, a arbitragem institucionalizada é aquela que decorre no âmbito de uma instituição arbitral, a qual conta com uma estrutura administrativa que existe em permanência e que, por regra, dispõe também de um conjunto de regras e regulamentos próprios. Nestes casos, as partes optam por desenvolver o seu processo arbitral sob a égide de um determinado centro de arbitragem⁹ – em matéria administrativa, destacamos, a título exemplificativo, o Centro de Arbitragem Administrativa, comumente abreviado por CAAD, que é competente para constituir tribunais arbitrais para efeitos de julgamento de litigiosidade jurídico-administrativa.

I.2. Legitimidade constitucional e admissibilidade

Apesar do recurso à arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos jurídicos ser anterior, foi apenas com a primeira revisão da Constituição da República Portuguesa, em 1982, que se consagrou expressamente, no ordenamento jurídico português, a arbitragem como modo de exercício da função jurisdicional^{10 11}. A

⁴ Cf. Monteiro, Silva & Mirante, 2019, p. 13.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Há doutrina que entende que o conceito de arbitragem é aquele que se coaduna com a noção de arbitragem voluntária, entendendo que a arbitragem necessária não constitui verdadeiramente arbitragem. Neste sentido, *vd.* Barrocas, 2013, p. 33.

⁷ Cf. Monteiro, Silva & Mirante, 2019, pp. 18-19.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ No artigo 212.º da redação em vigor à data.

¹¹ Cf. Correia, 2015, p. 170 e Miranda & Medeiros, 2020, p. 97.

Constituição, ao enunciar no atual artigo 209.º, n.º 2, as categorias de tribunais existentes na ordem jurídica portuguesa, expressamente reconhece os tribunais arbitrais enquanto órgãos jurisdicionais ao mesmo nível dos tribunais do Estado¹², sendo certo que estes são, nos termos deste diploma constitucional, “os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”^{13 14}.

Deste modo, a Constituição portuguesa não se limita a assumir a possibilidade de recurso à arbitragem como meio de resolução de litígios, indo ainda mais longe, atribuindo, de modo irrefutável, natureza jurisdicional aos tribunais arbitrais¹⁵. Daqui resulta que, na ordem jurídica portuguesa, não existe um monopólio dos tribunais estatais no exercício da atividade jurisdicional¹⁶.

Este reconhecimento constitucional abrange igualmente os tribunais arbitrais que venham a ser constituídos para dirimir litígios em matéria administrativa, não existindo qualquer preceito legal que os excecione. Com efeito, ainda que o n.º 3 do artigo 212.º da Constituição determine que compete aos tribunais administrativos e fiscais dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas, não se poderá daqui depreender que litígios dessa natureza devam ser julgados *apenas e tão só* pelos tribunais administrativos e fiscais, o que leva a considerar que os tribunais arbitrais que venham a ser constituídos possuem legitimidade para dirimir litígios dessa natureza.

Neste sentido, não vigora uma reserva de jurisdição estatal para resolução de litígios que envolvam a Administração Pública¹⁷. É fundamental, no entanto, ressaltar que o legislador português estipulou limites para a arbitrabilidade de litígios jurídico-administrativos. Assim sendo, não obstante ser admitida, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público apenas podem submeter à arbitragem a resolução dos litígios se para tal forem autorizados por lei ou se estes litígios respeitarem a relações de direito privado¹⁸.

Significa isto que a admissibilidade da arbitragem em matéria administrativa “não resulta da consagração legal, com carácter geral, de um critério único de arbitrabilidade”¹⁹. Em verdade, a cláusula geral de admissibilidade de arbitragem para julgamento de litígios jurídico-administrativos encontra-se, atualmente, no artigo 180.º do CPTA, a qual permite a constituição de tribunais arbitrais para o julgamento de determinadas questões em domínios que se encontram prévia e expressamente

¹² Quadros, 2014, p. 9.

¹³ De acordo com o disposto no artigo 202.º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁴ Sobre a arbitragem e a Constituição da República Portuguesa *vd.* Portocarrero, 2015, pp. 285 e seguintes e Medeiros, 2019, pp. 447 e seguintes.

¹⁵ Cf. Almeida, 2024, p. 580.

¹⁶ Cf. Gonçalves, 2013, p. 778.

¹⁷ Cf. Almeida, 2014, pp. 47-48.

¹⁸ Cf. Almeida, 2014, pp. 48-49.

¹⁹ *Ibidem*.

delimitados. É, pois, ao legislador que compete eleger os domínios genéricos nos quais entende ser admissível o recurso à arbitragem para resolução dos litígios jurídico-administrativos²⁰.

Note-se, no entanto, que se tem vindo a registar, ao longo dos anos, uma tendência para a ampliação e expansão das matérias em que a arbitragem é genericamente admitida, revelando uma crescente abertura do ordenamento jurídico português à utilização deste mecanismo no âmbito do Direito Administrativo ²¹.

I.3. Inexistência de diploma legal autónomo

Atualmente, não existe em Portugal um diploma próprio que regule a arbitragem em matéria administrativa. Contudo, os artigos 180.º a 187.º do CPTA regulam diversos aspetos específicos desta forma de resolução de litígios, razão pela qual estes artigos contemplam o denominado *regime geral da arbitragem administrativa*²². Já quanto aos aspetos da arbitragem administrativa não regulados em sede deste regime geral, é supletivamente aplicável a Lei da Arbitragem Voluntária LAV, conforme determina o artigo 181.º do CPTA.

Contudo, é amplamente discutida a eventual necessidade de adoção de um diploma legal autónomo, similar ao existente em matéria tributária²³, que tenha em consideração todas as particularidades que a litigiosidade jurídico-administrativa encerra e que, portanto, preveja soluções normativas jurídicas específicas para a arbitragem em Direito Administrativo.

De facto, há quem entenda que a aplicabilidade da LAV, por via remissiva, se evidencia insuficiente para a resolução destes litígios, pugnando pela aprovação de um diploma legal autónomo²⁴. Neste sentido, existe já uma proposta de Lei de Arbitragem Administrativa, preparada por um Grupo de Trabalho especificamente constituído para o efeito, no seio do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados²⁵.

Em sentido contrário, Rui Medeiros afasta a utilidade da criação de um diploma autónomo, defendendo que o legislador deve aprovar regras especiais capazes de fazer refletir na arbitragem administrativa as especificidades das relações jurídicas administrativas controvertidas, mas sem subtrair a aplicação largamente maioritária do regime geral, uma vez que “a aproximação excessiva da arbitragem administrativa à

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cf. Almeida, 2023, p. 577; Ramos & Felício, 2023, p. 574. Há, aliás, quem defenda que se deve “continuar a derrubar barreiras neste domínio, consagrando em termos mais amplos a possibilidade de os administrados poderem exigir da Administração a celebração de compromissos arbitrais”, cf. Cruz, 2015, p. 8.

²² Cf. Carvalho, 2021, p. 55.

²³ O Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, introduziu, no ordenamento jurídico português, o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária.

²⁴ A título exemplificativo, *vd.* Rocha & Serrão, 2022, p. 437.

²⁵ A proposta encontra-se disponível em Carvalho *et al.*, 2019.

lógica da jurisdição estatal faria com que a arbitragem perdesse a sua identidade, desvirtuando e mudando o paradigma da arbitragem”²⁶. Assim, propõe antes o desenvolvimento e reforço do Título VIII do CPTA, complementado, quando apropriado, com a aplicação supletiva das normas da LAV.

Mais recentemente, Mário Aroso de Almeida veio igualmente reconhecer que o Título VIII do CPTA constitui um instrumento adequado para regular os aspetos funcionais da arbitragem administrativa, ainda que admita a necessidade de aperfeiçoamentos²⁷.

Por seu turno, Ricardo Pedro propõe uma solução alternativa, nomeadamente a criação de uma única lei de arbitragem para o direito público, por considerar que vigoram princípios e regimes comuns à arbitragem administrativa e à arbitragem tributária. Um regime jurídico unitário permitiria, no seu entender, tratar de forma sistemática e coerente as especificidades da arbitragem em matérias de direito público²⁸.

A pertinência e atualidade da discussão em torno da necessidade ou não de uma lei especial de arbitragem administrativa devem ser analisadas à luz da relevância prática que este mecanismo assume na resolução de litígios jurídico-administrativos, como se demonstrará no subcapítulo seguinte. Com efeito, a arbitragem administrativa constitui, no atual contexto, um meio particularmente necessário e eficaz de resolução alternativa de litígios, o que torna ainda mais relevante a discussão em torno do seu enquadramento legislativo.

I.4. A especial necessidade da arbitragem em matéria administrativa

São comumente apontadas diversas vantagens aos tribunais arbitrais administrativos quando comparados com os tribunais estatais administrativos²⁹. Sem pretensões de exaustividade, cumpre destacar, desde logo, a celeridade como uma das vantagens mais relevantes³⁰: além da celeridade na obtenção de uma decisão³¹, a própria resolução definitiva do litígio ocorre de forma mais célere, uma vez que, por regra, não há recorribilidade da decisão arbitral administrativa³².

²⁶ Em Medeiros, 2020, p. 73.

²⁷ Em Almeida, 2023, p. 15. Anteriormente havia sido defendido pelo Autor ser necessário dar novos passos para se chegar à consagração de um regime próprio, tal como já sucede com a arbitragem de Direito Tributário, em Almeida, 2020, p. 60.

²⁸ Cf. Pedro, 2019, p. 40.

²⁹ Cf. Correia, 2015, pp. 182 e seguintes.

³⁰ Cf. Quadros, 2015, p. 11; Correia, 2015, p. 183.

³¹ A título de exemplo, o Novo Regulamento de Arbitragem Administrativa do CAAD prevê, no respetivo artigo 25.º, que a decisão arbitral é proferida no prazo máximo de 6 meses a partir da constituição do tribunal arbitral.

³² De acordo com o artigo 39.º, n.º 4 da LAV, *ex vi* artigo 185.º-A do CPTA, a recorribilidade das decisões arbitrais administrativas está dependente de convenção entre as partes.

Outra vantagem frequentemente apontada está relacionada com a especialidade dos árbitros. O tribunal arbitral administrativo pode ser composto por árbitros com conhecimento técnico aprofundado nas matérias objeto do litígio, podendo mesmo integrar o tribunal arbitral um árbitro não jurista³³, contribuindo não só para a celeridade, como também para a qualidade das decisões proferidas³⁴. Esta especialização é particularmente valiosa em domínios de elevada complexidade jurídica, como o Direito da Energia, da Saúde, da Contratação Pública, das Entidades Reguladoras, entre outras³⁵.

No nosso entendimento, a celeridade é efetivamente a principal vantagem da arbitragem em matéria administrativa, sendo, aliás, esta a característica determinante que tem proporcionado o crescimento da arbitragem enquanto forma de resolução de litígios alternativa ou complementar à via judicial estatal. Como bem nota Suzana Tavares da Silva, “a jurisdição administrativa em Portugal apresenta tempos médios para a emissão de decisões finais nos processos que não são compagináveis com o funcionamento regular de um Estado de Direito”³⁶. Efetivamente, em Portugal, um processo de dificuldade e complexidade reduzida pode aguardar nos tribunais administrativos de 1.^a ou 2.^a instância entre cinco e dez anos para obter uma decisão, numa só instância^{37 38}.

A morosidade que se encontra no contencioso administrativo, relacionada com a sobrecarga dos tribunais do Estado – que parece não ter sido resolvida pela criação de juízos de competência especializada administrativa³⁹ –, torna particularmente evidente a necessidade de recorrer à arbitragem. Esta surge, assim, como meio alternativo de resolução de litígios decorrentes de relações jurídico-administrativas essencial para assegurar a estabilidade do sistema judicial e o direito à tutela jurisdicional efetiva⁴⁰. É precisamente pelo facto de a tutela jurisdicional efetiva não ser cabalmente assegurada pelos tribunais estatais que os litigantes optam pela arbitragem como a única forma de a tentar obter.

³³ Como referido por Bastos, 2015, p. 81.

³⁴ A arbitragem já permitiu obter decisões, com rapidez assinalável, em conflitos de complexidade muito elevada, cf. Alves, 2018, p. 83.

³⁵ Como mencionado em Quadros, 2015, p. 12.

³⁶ Em Silva, 2020, p. 76.

³⁷ Cf. Quadros, 2015, p. 12.

³⁸ De acordo com o Painel de Avaliação da Justiça na União Europeia mais recente, quando comparado o tempo estimado necessário para resolver os processos em matéria administrativa em primeira instância em 2012, 2019-2021 e o tempo estimado necessário para resolver os processos em matéria administrativa em todas as instâncias judiciais em 2021 em Portugal com os restantes países da União Europeia, constata-se que Portugal é dos Estados-Membros que apresenta maior morosidade na resolução destes processos, cf. Comissão Europeia, 2023, pp. 15 e 16.

³⁹ O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 174/2019, de 13 de dezembro, que procede à criação de juízos de competência especializada nos tribunais administrativos de círculo, reconheceu expressamente tratar-se de uma tentativa de alcançar uma tramitação mais célere dos litígios.

⁴⁰ Cf. Ramos & Felício, 2023, p. 598.

É importante destacar que não se pretende retirar os méritos próprios da arbitragem enquanto instituto processual, muito menos se pretende reduzir a arbitragem a um papel que sirva apenas para desbloquear a justiça estatal administrativa⁴¹. Contudo, isso em nada altera o facto de que nas situações em que é necessária uma rápida resolução de litígios jurídico-administrativos, a arbitragem se apresente como a única alternativa viável, particularmente nos casos onde a morosidade poderá acarretar consequências socioeconómicas adversas/devastadoras.

De igual modo, não se defende o abandono da justiça estatal⁴². Pelo contrário, é crucial criar condições que assegurem o funcionamento, em paralelo, dos dois modelos de administração da justiça. O que se pretende realçar é que, neste momento, a arbitragem surge como algo complementar da justiça administrativa estatal, face à elevada morosidade que caracteriza esta última⁴³.

Em suma, consideramos que a arbitragem se revela especialmente necessária para garantir a tutela efetiva dos administrados, por se tratar de um meio alternativo de resolução de litígios que assegura algo fundamental e basilar: a obtenção de uma decisão dentro de um prazo razoável.

I.5. Carácter inovador da arbitragem de Direito Administrativo

No plano do Direito comparado, Portugal destaca-se como um exemplo de recetividade à arbitragem enquanto meio alternativo de resolução da litigiosidade jurídico-administrativa.

Embora o uso da arbitragem em conflitos nos quais as entidades públicas estejam envolvidas seja geralmente permitido quando se trate de litígios respeitantes a relações de direito privado, alguns ordenamentos jurídicos europeus consideram os litígios de direito público um tipo de controvérsia excluída da arbitragem.

O contraste com o ordenamento jurídico francês é ilustrativo. O artigo 2060.º do Código Civil francês consagra a regra de que, em princípio, as entidades públicas não podem ser parte numa convenção de arbitragem. Assim, no ordenamento jurídico francês, a utilização da arbitragem para resolver litígios decorrentes de contratos celebrados entre o Estado e particulares encontra-se, em regra, proibida.

Noutros ordenamentos jurídicos europeus, mesmo na ausência de uma proibição expressa, a arbitragem administrativa continua a não constituir uma prática corrente. É o caso de Espanha, onde, apesar de existirem correntes doutrinárias favoráveis à

⁴¹ Situação para a qual se alertou em Correia, 2015, p. 182.

⁴² Acompanhando o entendimento de Maças, 2015, p. 29.

⁴³ Resultado de uma manifesta insuficiência de meios técnicos e humanos provocada por falta de investimento nos tribunais estatais administrativos, cf. Gomes, 2020.

arbitrabilidade de litígios de direito público⁴⁴, prevalece ainda o entendimento conservador de que as matérias de direito público não podem ser submetidas a arbitragem, revelando-se particularmente difícil a sua implementação⁴⁵. Por sua vez, também na Alemanha, até há alguns anos, os tribunais arbitrais de direito público eram uma raridade, ainda que se antecipasse que estes desempenhariam um papel cada vez mais preponderante a médio prazo⁴⁶.

Neste contexto, a evolução da arbitragem administrativa em Portugal configura um interessante caso de estudo⁴⁷. Desde logo, porque os tribunais arbitrais são, entre nós, reconhecidos como verdadeiros tribunais pela Constituição da República Portuguesa, o que não sucede na maioria dos restantes destes ordenamentos jurídicos europeus que nos são próximos. Além disso, o legislador português tem promovido uma ampliação progressiva das matérias sujeitas a arbitragem administrativa⁴⁸ – o que poderá estar diretamente relacionado com a necessidade de resposta à acentuada morosidade que afeta os tribunais administrativos do Estado.

A realidade é, no entanto, diferente na Itália, a qual se aproxima, em certa medida, da portuguesa, uma vez que foi recentemente consagrada no ordenamento jurídico italiano a possibilidade de recurso à arbitragem administrativa, através da inclusão do artigo 12.º no Código do Procedimento Administrativo *Decreto Legislativo de 2 de julho de 2010, n.º 104*, que admite a resolução arbitral de litígios relativos a direitos subjetivos da competência dos tribunais administrativos. Tal como em Portugal, esta inovação poderá encontrar justificação na reconhecida morosidade da justiça administrativa italiana, uma das mais acentuadas entre os Estados-Membros da União Europeia⁴⁹.

Concluído este enquadramento inicial, através do qual se procurou compreender o fenómeno da arbitragem em Direito Administrativo, constatou-se que esta assume contornos muito próprios no nosso ordenamento jurídico. O legislador português tem-se revelado particularmente inovador e pioneiro na criação de um regime que admite, promove e desenvolve esta via alternativa de resolução de litígios, conferindo-lhe um papel que ultrapassa, em muito, o observado na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus.

Sintetizando: além de os tribunais arbitrais assumirem verdadeira natureza jurisdicional à luz da Constituição portuguesa, estes revelam-se, em matéria administrativa, especialmente necessários para garantir a tutela jurisdicional efetiva dos

⁴⁴ Cf. Club Español de la Arbitraje, s.d. [2019], p. 2.

⁴⁵ Cf. Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar, Assembleia da República, 2022, p. 14.

⁴⁶ Cf. Schill, 2012.

⁴⁷ Até para uma eventual replicação de um regime semelhante noutros sistemas jurídicos, cf. Portocarrero, 2020, p. 205.

⁴⁸ Cf. Ramos & Felício, 2023, p. 574.

⁴⁹ Cf. Comissão Europeia, 2023, pp. 15 e 16.

administrados, conquanto permitem que os mesmos obtenham uma decisão dentro de um prazo razoável, dando assim resposta, ainda que não a ideal, ao problema de morosidade que aflige os tribunais do Estado. Este panorama explica, em larga medida, a tendência do legislador para expandir os domínios em que é genericamente admitida a arbitragem administrativa.

Essa valorização crescente da arbitragem acentua a importância de garantir um quadro sólido de garantias jurídico-processuais, essencial para preservar a sua legitimidade e credibilidade. Entre estas garantias, a publicidade das decisões arbitrais administrativas destaca-se como um aspeto que merece especial atenção.

Com efeito, embora o regime jurídico português consagre expressamente a regra da publicidade das decisões arbitrais administrativas – nomeadamente, no artigo 185.º-B do CPTA –, importa reconhecer que a sua concretização normativa levanta dificuldades significativas.

Como se procurará demonstrar no próximo Capítulo, a exigência de publicidade merece especial atenção, especialmente por dois grandes motivos: *i)* primeiramente, porque a publicidade das decisões arbitrais em si apresenta especial importância, pelas diversas razões que serão oportunamente elencadas; e, especialmente, *ii)* porque não obstante esta regra estar prevista no nosso ordenamento jurídico, o regime que a concretiza revela notórias fragilidades.

Deste modo, o próximo Capítulo será dedicado à demonstração da especial importância da publicação das decisões dos tribunais arbitrais, bem como à análise das evoluções a que o regime da publicidade das decisões arbitrais administrativas tem sido sujeito, o que se afigura indispensável para, numa fase posterior, se proceder à identificação das debilidades que persistem na sua aplicação prática.

Capítulo II

A Publicidade das Decisões Arbitrais em Matéria Administrativa

II.1. A importância da publicidade das decisões arbitrais administrativas

A publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa apresenta-se como imperiosa e imprescindível, sendo várias as razões que justificam a sua obrigatoriedade. Tais razões, amplamente reconhecidas pela doutrina, serão aqui expostas de forma estruturada e sistemática.

Antes de mais, cumpre assinalar duas considerações prévias que importa ter presentes: i) a regra na arbitragem voluntária é a confidencialidade das decisões; todavia, ii) a confidencialidade não é defensável em matéria de direito público.

Com efeito, a confidencialidade constitui a regra predominante no contexto da arbitragem voluntária. Isto é, a LAV prevê, no respetivo artigo 35.º, n.º 5, que o processo arbitral é confidencial, sendo esta, aliás, uma das razões principais para os litigantes recorrerem a este método de resolução alternativa de litígios⁵⁰. Ainda assim, mesmo na resolução de litígios de natureza privada, a confidencialidade não é uma questão consensual. A este respeito, cabe referir que a United Nations Commission on International Trade Law publicou, em 2013, “*Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*”, o que induziu num caminho de tendencial menor confidencialidade ou secretismo do processo arbitral⁵¹.

Apesar disso, a confidencialidade continua a ser, na generalidade dos casos, a norma aplicável às arbitragens voluntárias⁵². Porém, os fundamentos que sustentam essa regra não são transponíveis para a arbitragem em matéria de direito público. Vejamos.

Sempre que o Estado ou entidades públicas sejam parte num processo arbitral, a litigiosidade será, por regra, uma litigiosidade de ordem pública, dizendo respeito, recorrendo às palavras de Mário Aroso de Almeida, “ao modo pelo qual são geridos recursos públicos para a prossecução de interesses públicos – recursos e interesses que, por serem públicos, não dizem apenas respeito às entidades públicas a cargo das quais eles foram colocados, mas à comunidade como um todo, ao serviço da qual essas entidades atuam”⁵³.

⁵⁰ Cf. Júdice, 2015, p. 88.

⁵¹ *Idem*, pp. 95-96.

⁵² Cf. Ramos & Felício, 2023, p. 571.

⁵³ Em Almeida, 2020, p. 58.

Isto é, trata-se de uma arbitragem que incide em domínios que se encontram subtraídos à disponibilidade das partes, uma vez que a Administração não prossegue interesses próprios, mas sim interesses que lhe são atribuídos por lei, só tendo margem para agir dentro dos limites da lei e do direito⁵⁴.

O que significa que não se aplica, para a Administração, o conceito de disponibilidade nos mesmos termos que é utilizado no direito privado, uma vez que a Administração, mesmo no uso de poderes discricionários, prosseguirá sempre interesses que lhe são alheios, isto é, interesses públicos. Desta maneira, facilmente se depreende que a confidencialidade não poderá ter o mesmo alcance quando se trata de litígios relacionados com a realização do interesse público e/ou uso do erário público⁵⁵.

Com este enquadramento presente – de que a confidencialidade, não obstante ser a regra nas arbitragens voluntárias, não é admissível em matéria administrativa –, vejamos os motivos pelos quais a publicidade das decisões arbitrais administrativas se reveste de especial importância:

(i) Controlo público da atividade administrativa

A publicação das decisões arbitrais permite assegurar a responsabilização democrática – a denominada *accountability*⁵⁶ – e o controlo externo dos poderes públicos. Através da publicidade das decisões, a atividade da Administração Pública está sujeita ao escrutínio dos cidadãos.

O contencioso administrativo constitui, por natureza, um mecanismo de controlo da ação administrativa, porquanto a Administração é chamada a justificar-se perante um tribunal, funcionando como uma verdadeira “câmara de ressonância” para efeitos de controlo pela opinião pública⁵⁷. Entende-se, assim, que a publicidade das decisões arbitrais que se debruçam sobre litígios jurídico-administrativos possibilita a responsabilização democrática da Administração e, até, dos próprios árbitros perante a opinião pública⁵⁸.

Ademais, a publicidade das decisões assegura que as entidades públicas que optem pela arbitragem não obtenham vantagens maiores, através da confidencialidade, do que aquelas que conseguiriam obter caso o processo decorresse nos Tribunais do Estado, onde vigora a regra da publicidade. Através da confidencialidade, estas entidades evitariam controlos externos, esquivando-se, assim, às regras que protegem o interesse público⁵⁹.

⁵⁴ Cf. Maçãs, 2015, p. 24.

⁵⁵ *Idem*, p. 27.

⁵⁶ Adotando a tradução dada por Correia, 2015, p. 181.

⁵⁷ Cf. Correia, 2015, p. 181.

⁵⁸ Cf. Correia, 2021, p. 15.

⁵⁹ Como alertado por Fonseca, 2022, p. 196.

(ii) Controlo público da atividade jurisdicional exercida pelos tribunais arbitrais

Para além de permitir o controlo da atividade administrativa, a publicidade das decisões arbitrais é também crucial para controlo da atividade jurisdicional desenvolvida pelos próprios árbitros que compõem os tribunais arbitrais.

Ora, os tribunais arbitrais exercem funções análogas às exercidas pelos tribunais do Estado e, portanto, os primeiros devem atuar nos mesmos termos que estes últimos. Aliás, “[a] arbitragem de Direito Administrativo só é admissível se o tribunal arbitral se posicionar, na resolução dos litígios que lhe correspondem, nos mesmos precisos termos em que se posiciona um tribunal estatal, dando aplicação aos regimes imperativos que também a estes se impõem”⁶⁰.

Logo, no que concerne à arbitragem administrativa, o facto de os tribunais arbitrais serem, como referido anteriormente, verdadeiros tribunais implica que aos mesmos devam ser atribuídos quase todos os poderes que são confiados aos tribunais administrativos e fiscais. Como alerta Vasco Moura Ramos, o controlo que os tribunais arbitrais podem exercer sobre a atividade desenvolvida pela Administração terá de ser idêntico ao controlo que pode ser exercido pelos tribunais administrativos e fiscais⁶¹. Por outras palavras, se os tribunais arbitrais têm autoridade para exercer a função jurisdicional, estes terão de respeitar também os limites que são estabelecidos aos tribunais do Estado⁶².

Na nossa perspetiva, entendemos que a publicação das decisões permite assegurar de forma mais eficaz este controlo. Através da publicidade, é possível aferir se a função jurisdicional está a ser devidamente exercida e verificar se estes limites foram, ou não, ultrapassados.

(iii) Coerência do sistema jurídico

A publicidade das decisões arbitrais contribui ainda para a coerência e unidade do sistema jurídico, na medida em que são vários os princípios jurídicos previstos no ordenamento jurídico português que reclamam a publicidade das decisões arbitrais quando as mesmas se debrucem sobre matéria administrativa.

⁶⁰ Em Almeida, 2023, p. 18.

⁶¹ Em Ramos, 2015, p. 282.

⁶² Cf. Ramos, 2015, p. 281.

O *princípio da publicidade* no direito processual é um princípio jurídico fundamental que rege a administração da justiça. A publicidade das decisões judiciais é exigida ao mais alto nível normativo, isto é, a nível internacional⁶³ e constitucional⁶⁴.

No que especificamente ao processo administrativo diz respeito, impõe o artigo 30.º do CPTA a publicidade do processo e das decisões proferidas pelos tribunais estatais que integram a jurisdição administrativa, verificando-se, aliás, um aumento progressivo do grau de publicidade consagrado⁶⁵. Sendo exigida a publicação das decisões judiciais dos tribunais administrativos, daqui se depreende que a solução não poderia ser diferente para as decisões arbitrais que se debruçam sobre litígios jurídico-administrativos.

Sob outro prisma, uma vez que as decisões em causa vão apreciar o modo como foi exercida a atividade administrativa que esteve na base do litígio, outro princípio que reclama a publicidade das referidas decisões é o *princípio da transparência administrativa*, que impõe a visibilidade e proíbe a opacidade do funcionamento e da atuação da Administração e, portanto, rejeita a ideia da Administração como uma organização secreta e impenetrável⁶⁶.

Intimamente relacionado com o princípio da transparência administrativa está também o *princípio do arquivo aberto*, previsto nos artigos 268.º, n.º 2 da Constituição e 17.º do Código de Procedimento Administrativo CPA, o qual prevê que a atividade administrativa deverá estar, salvo raras exceções, aberta ao escrutínio público.

Assim, torna-se particularmente difícil compatibilizar a regra da confidencialidade das decisões arbitrais, prevista na LAV, com o direito de acesso aos arquivos e com a transparência que deve caracterizar a generalidade da atividade administrativa⁶⁷. No fundo, se a atividade administrativa deve ser exercida de forma transparente, com obediência ao princípio do arquivo aberto, então “por identidade de razão, também o controlo jurisdicional dessa atividade deve ser”⁶⁸.

(iv) Melhoria do sistema arbitral

Acresce ainda que a publicidade contribui para a melhoria do sistema arbitral, uma vez que, ao disponibilizar o acesso às decisões anteriores, favorece a emergência de

⁶³ Para maior desenvolvimento, *vd.* Castelo, 2020, pp. 104 e seguintes.

⁶⁴ Apesar de a Lei Fundamental apenas impor a publicidade das audiências dos tribunais, entende-se que o respetivo artigo 206.º abrange também as decisões dos tribunais, *cf.* Castelo, 2020, p. 104; Ramos & Felício, 2023, p. 576.

⁶⁵ Desde 2015, passou a prever-se que não só os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, mas também os dos Tribunais Centrais Administrativos e dos tribunais administrativos de círculo transitados em julgado são de publicação obrigatória. Posteriormente, em 2019, o legislador prescindiu, inclusive, do requisito do trânsito em julgado para que a decisão judicial devesse ser obrigatoriamente publicada, *cf.* Caldeira, 2021.

⁶⁶ Como ensina Fernandes, 2015, p. 436.

⁶⁷ *Cf.* Ramos, 2016, p. 276; Andrade, 2014, p. 20.

⁶⁸ Em Tornada, 2019, pp. 629-630.

jurisprudência arbitral em matéria de Direito Administrativo⁶⁹. A jurisprudência arbitral desempenha um papel crucial na promoção da coerência e também da previsibilidade no âmbito da arbitragem.

Desde logo, permite a coerência e a uniformidade decisória por potencializar um desejável efeito replicador, possibilitando o estabelecimento de precedentes, assegurando que, perante casos semelhantes, não se venham a verificar assinaláveis disparidades decisórias, imputáveis a tribunais arbitrais⁷⁰. Isto é, a jurisprudência publicada irá influenciar as decisões futuras⁷¹, uma vez que, quando os tribunais arbitrais tiverem de se pronunciar sobre a interpretação e aplicação dos mesmos conceitos jurídicos, as decisões arbitrais anteriores permitir-lhes-ão justificar as soluções adotadas – o que irá resultar na uniformização e crescente coerência das decisões⁷².

Por sua vez, isto resultará numa maior previsibilidade das decisões, por existir conhecimento das interpretações que os tribunais retiram das disposições legais, aumentando, dessa forma, a segurança jurídica⁷³.

É mister referir que o aumento do conhecimento e do recurso às decisões arbitrais anteriores não deve originar, de forma alguma, uma restrição ao poder criativo do árbitro ou, pelo menos, ao seu poder de apreciação, tal como sucede com os juízes dos tribunais do Estado. Os árbitros devem permanecer capazes de inovar e diferenciar, ou seja, de propor soluções diferentes sempre que os factos e as circunstâncias do caso o justifiquem. O tribunal arbitral que opte por se afastar da solução anteriormente adotada terá de fundamentar cuidadosamente o seu raciocínio a fim de justificar a divergência face à jurisprudência consolidada⁷⁴.

(v) Credibilização da arbitragem e combate à desconfiança

Por fim, a publicidade das decisões arbitrais permite combater a desconfiança que ainda subsiste em torno da arbitragem, especialmente em matéria administrativa⁷⁵. Sabe-se que um dos principais problemas com as quais a arbitragem se vê confrontada é a falta de confiança pública, sendo esta, por seu lado, o resultado da perceção ou da crença sustentada por muitos de que a arbitragem funciona e está envolta num manto de

⁶⁹ Cf. Calado & Gomes, 2023, p. 201.

⁷⁰ Cf. Júdice, 2015, p. 89; Serrão & Caldeira, 2018, p. 163.

⁷¹ Cf. Castelo, 2020, p. 104.

⁷² Cf. Bordachar, 2018, p. 12.

⁷³ Cf. Castelo, 2020, p. 104.

⁷⁴ Adaptando o referido por Philippe Bordachar por referência à arbitragem internacional de investimento, por entendermos ser aplicável à realidade aqui em apreço, cf. Bordachar, 2018, p. 16.

⁷⁵ Cf. Calado & Gomes, 2023, p. 200.

secretismo, de obscuridade e opacidade⁷⁶. Em Portugal, predomina ainda uma forte nuvem de ceticismo ou de suspeita quanto à arbitragem administrativa⁷⁷.

Ora, o desejável seria que os cidadãos encarassem a justiça arbitral enquanto modo de resolução de litígios tão legítimo como o modelo de justiça estatal⁷⁸. Para que tal aconteça, torna-se indispensável consolidar e fortalecer a transparência, sendo certo que a publicação das decisões representa um passo gigante nesse sentido.

Perante o exposto, parece-nos irrefutável a que publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa se reveste de inegável importância e pertinência. Não se trata apenas de uma questão de transparência, mas sim de um imperativo ético e jurídico, por tudo o que ficou evidenciado. Como bem referem Diogo Calado e Manuel da Silva Gomes⁷⁹:

“Estando em causa relações jurídico-administrativas, nas quais se poderá discutir a ilegalidade de atuações de pessoas coletivas de direito público, a utilização de dinheiros públicos e fazer-se juízos sobre a prossecução ou não do interesse público em determinadas matérias, parecia fazer pouco sentido que se admitisse que as decisões que analisassem tais questões – que a toda a comunidade, mais ou menos diretamente, dizem respeito – pudessem ser mantidas em “segredo” e inacessíveis ao público”.

II.2. Percurso normativo

Pelos motivos anteriormente elencados, e como já assinalado, a publicação das decisões arbitrais em matéria administrativa é hoje regra no nosso ordenamento jurídico. De momento, afigura-se relevante compreender o percurso normativo que culminou na redação atualmente plasmada no artigo 185.º-B do CPTA.

II.2.1. Antes do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro

A regra da obrigatoriedade da publicação das decisões arbitrais administrativas surge apenas em 2015, com o aditamento do artigo 185.º-B ao CPTA. Até então, este Código não regulava esta matéria, pelo que a lei aplicável era a LAV, enquanto lei supletivamente aplicável no âmbito da arbitragem da litigiosidade jurídico-administrativa.

Ora, no contexto da LAV, já adiantámos que vale a regra da confidencialidade, o que, não raras vezes, é entendida como uma das vantagens da arbitragem. Prevê o artigo

⁷⁶ Cf. Ramos & Felício, 2023, p. 593.

⁷⁷ Sendo, por exemplo, apontada como razão de suspeição ou receio a inclinação para um tratamento preferencial dos interesses privados em confronto com os públicos, cf. Correia, 2015, pp. 177-178.

⁷⁸ Acompanhando este entendimento expressado em Maças, 2015, p. 29.

⁷⁹ Em Calado & Gomes, 2023, p. 203.

35.º, n.º 5 que todos os envolvidos têm o “dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral”. Tudo no processo arbitral, incluindo a sua existência, é, tendencialmente e por regra, sigiloso⁸⁰. Neste sentido, a regra em matéria de arbitragem voluntária é a da não publicação das decisões arbitrais. Todavia, o artigo 30.º, n.º 6 da LAV estipula um desvio a esta regra, prevendo que “[o] disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser”.

Significa isto que, até 2015, a publicidade das decisões era meramente facultativa, estando dependente da vontade das partes – bastando uma destas se opor para prevalecer a confidencialidade.

II.2.2. Com o Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro

A obrigatoriedade de publicação das decisões em causa surge então com a revisão ao CPTA operada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

Foi, assim, aditado o artigo 185.º-B, com a seguinte redação: “[a]s decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça”. Assim, a disposição normativa em causa veio afastar o regime até então aplicável, previsto no artigo 30.º, n.º 6 da LAV.

Da leitura do artigo 185.º-B CPTA, entende-se que o legislador optou por uma solução em que não se pretende a publicidade do próprio processo arbitral – uma questão que lograremos abordar *infra* – mas sim das decisões arbitrais administrativas, quer sejam decisões singulares como colegiais, de tribunais institucionalizados ou não.

Todavia, a eficácia deste preceito legal ficou reduzida a zero, mormente pelas seguintes razões: *i*) primeiramente, porque o legislador estabeleceu um dever de publicidade sem que o incumprimento do mesmo acarretasse qualquer consequência, dando azo, desde logo, a várias críticas na doutrina⁸¹; e *ii*) porque, volvidos vários anos desde a adoção desta solução normativa, aguardou-se tanto a emanção da Portaria da qual dependia a operacionalização do novo regime, bem como a base de dados para a qual esta remetia, o que tardou a acontecer⁸².

Estas circunstâncias conduziram a uma total inoperância normativa do artigo 185.º-B. Aliás, tal como referia Tiago Serrão, desde a entrada em vigor das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015 e até à posterior revisão legislativa em

⁸⁰ Cf. Serrão & Caldeira, 2018, p. 158.

⁸¹ A título exemplificativo, *vd.* Ramos, 2018, p. 276.

⁸² Cf. Andrade, 2022, p. 144.

2019, não se conhecia uma única decisão arbitral administrativa que tenha sido publicada⁸³.

II.2.3. Com a Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro

Tendo em vista conferir efetividade prática à obrigatoriedade de publicação das decisões arbitrais, a Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, introduziu alterações ao artigo 185.º-B do CPTA. A novidade prende-se com o acréscimo do n.º 2, que apresenta o seguinte teor: “[a]s decisões arbitrais apenas podem ser executadas depois de depositadas, pelo tribunal arbitral, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito, junto do Ministério da Justiça para publicação informática, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça”.

A solução adotada veio dar resposta ao cenário de incumprimento total do dever de publicação, originando uma consequência para os casos em que as decisões não fossem efetivamente depositadas. A adoção desta medida revelou-se fulcral para a alteração do paradigma, pois as decisões arbitrais deixaram de poder ser executadas sem que antes o tribunal arbitral proceda ao depósito das mesmas, junto do Ministério da Justiça, para publicação informática.

Posteriormente, surgiu a Portaria n.º 165/2020, de 7 de julho, destinada a regular o regime de depósito das decisões arbitrais em matéria administrativa, bem como a base de dados para depósito das decisões arbitrais⁸⁴.

Cumprindo, assim, exaltar e enaltecer o aditamento desta solução legislativa, em 2015, e o posterior esforço do legislador, em 2019, para que a publicidade das decisões fosse efetivamente posta em prática. Todavia, como se verá no Capítulo III, o regime consagrado no artigo 185.º-B do CPTA encontra ainda várias fragilidades, que importa serem mencionadas.

II.2.4. A opção legislativa pela não publicidade do processo arbitral

No decorrer deste percurso legislativo, é evidente que o legislador optou por não adotar a regra da publicidade do processo arbitral. Enquanto o artigo 30.º, n.º 1, do CPTA estipula que além das decisões serem públicas, todo o processo administrativo a correr nos tribunais do Estado é, por regra, público, o artigo 185.º-B do mesmo diploma legal apenas faz referência à obrigatoriedade da publicação das decisões arbitrais. O que por

⁸³ Em Serrão, 2020, p. 1284.

⁸⁴ Acesso e consulta da base de dados em https://servicos.tribunais.org.pt/servicos/arbitragem-administrativa-tributaria/consultar-decisoes_

sua vez significa que o legislador não replicou esta solução em matéria arbitral, razão pela qual deve falar-se de um princípio da publicidade das decisões e não de um princípio geral da publicidade do processo arbitral administrativo⁸⁵.

Desde modo, no concerne às audiências de julgamento nas arbitragens de Direito Administrativo, enquanto fase do processo arbitral, tem sido entendido não ser possível sustentar-se, com base nos preceitos legais em vigor, mais precisamente, à luz do artigo 30.º, n.º 5 da LAV supletivamente aplicável, que estas devam estar sujeitas ao princípio do *open court* típico dos tribunais do Estado^{86 87}. Entende-se, assim, que a publicidade das audiências não será, nos processos arbitrais, a regra, dependendo antes da vontade das partes, e apenas quando o tribunal arbitral a isso não se opuser, de forma fundamentada, podendo impedir essa publicidade se fundamentar que essa abertura causaria inconvenientes à prossecução dos trabalhos⁸⁸. Esta é, de resto, a realidade que se verifica na prática.

Todavia, vários Autores defendem a extensão da publicidade a todas as fases do processo arbitral, estendendo-se, nomeadamente, às audiências de julgamento, uma vez que, “estando em causa o exercício da função jurisdicional por um Tribunal em sentido próprio, não se vê como poderia ser de outra forma: encontrando-se constitucionalmente consagrada a equiparação entre Tribunais Arbitrais e Tribunais do Estado – uns e outros órgãos do poder judicial –, não nos parece viável sustentar-se que as exigências mínimas relativas ao funcionamento dos Tribunais não lhes são aplicáveis”, entendendo assim que, por força do disposto nos artigos 202.º, 206.º, 209.º e 212.º da Constituição, a publicidade das audiências realizadas no âmbito de arbitragens de Direito Administrativo surge como imposição constitucional⁸⁹. Não podemos deixar de adiantar que nos revemos inteiramente nesta posição.

Paralelamente, têm sido propostas soluções alternativas. A título exemplificativo, em vez de se impor a regra da audiência pública, defende-se que as sessões de julgamento possam ser gravadas, permitindo-se o acesso posterior de terceiros à gravação ou à transcrição do respetivo conteúdo, após publicitação da decisão arbitral. Esta solução evitaria qualquer perturbação da audiência, mas permitiria, no entanto, o acesso público diferido a toda a informação relevante⁹⁰.

Na nossa perspetiva, o regime aplicável peca, efetivamente, por não prever a regra da publicidade do processo e, em especial, das respetivas audiências, uma vez considerando as exigências constitucionais no que a esta matéria diz respeito.

⁸⁵ Cf. Serrão & Caldeira, 2018, p. 168.

⁸⁶ Como referido em Calado & Gomes, 2023, p. 218.

⁸⁷ Princípio este que decorre, desde logo, da exigência plasmada no artigo 206.º da Constituição.

⁸⁸ Cf. Calado & Gomes, 2023, p. 218; Serrão & Caldeira, 2018, pp. 178-179; Júdice, 2015, p. 102.

⁸⁹ Em Ramos & Felício, 2023, p. 591.

⁹⁰ Cf. Serrão & Caldeira, 2018, pp. 178-179.

Não obstante, entendemos que a preocupação principal, de momento, deverá ser a de procurar dotar de efetividade a regra da publicidade das decisões. Com efeito, pouco adianta discutir o eventual alargamento da publicidade ao processo arbitral quando nem sequer a regra – já consagrada legalmente – relativa à publicidade das decisões se encontra plenamente concretizada na prática. É precisamente por essa razão que optámos por centrar a nossa atenção, quase exclusivamente, na publicidade das decisões.

Capítulo III

As Insuficiências do Regime Atual: Análise ao Artigo 185.º-B do CPTA

Até aqui, procurámos evidenciar a importância da publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa, bem como o percurso normativo que culminou na solução legislativa atualmente consagrada no artigo 185.º-B do CPTA. Neste Capítulo, propomo-nos analisar a solução em causa de modo mais aprofundado, tendo em consideração as limitações que lhe são frequentemente apontadas, acrescentado ainda aquelas que, a nosso ver, poderão constituir obstáculos à efetiva publicidade das decisões arbitrais.

Por fim, com base nestas limitações que serão alvo de análise, ousaremos delinear uma proposta de alteração ao regime vigente que permita assegurar uma efetiva e irrestrita publicação destas decisões.

III.1. A exigência de expurgação dos elementos identificativos das partes

A norma legal, embora contemple a publicidade das decisões, impõe, no seu n.º 2 do artigo 185.º-B, a expurgação de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito. A este propósito, considera José Robin de Andrade que esta imposição, introduzida em 2019, veio limitar e, até mesmo, quase desmoronar o objetivo da publicidade das decisões arbitrais que fora consagrado em 2015.

Este Autor entende que a exigência da anonimização das partes em litigância, imposta pela norma e pela Portaria n.º 165/2020, de 7 de julho, só se justifica juridicamente em relação a pessoas singulares, enquanto meio de proteção dos dados pessoais das mesmas⁹¹. É precisamente sobre esta problemática que desenvolve o seu pensamento, entendendo que o preceito legal “deve ser objecto de uma interpretação restritiva, devendo entender-se que a anonimização que nele se impõe apenas se aplica no caso de uma das Partes envolvidas ser uma pessoa singular e nunca por nunca, se a decisão respeitar apenas a pessoas colectivas, sejam elas públicas ou privadas”⁹².

⁹¹ Em Andrade, 2022, p. 150.

⁹² *Ibidem*.

Cumpra referir que esta solução de interpretação restritiva tem sido efetivamente abraçada e apoiada doutrinariamente⁹³, por se entender que apenas adotando uma leitura restrita é possível compatibilizar o preceito legal com o princípio da administração aberta e com os objetivos da publicidade⁹⁴.

Com efeito, desconhecendo-se, especialmente, a identidade dos entes públicos que se encontram em litigância, não será possível realizar qualquer controlo público sobre a sua atuação, a qual esteve na origem da abertura do processo arbitral. Acresce ainda que também não será possível controlar a atuação que se seguirá ao seu desfecho⁹⁵.

De facto, pode, e deve, ser questionado qual o sentido de estipular a publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa quando, por imperativo legal, se prevê que devem ser ocultos os elementos que permitiriam identificar as partes envolvidas e o caso concreto decidido. Esta imposição legal impede que se conheça de forma integral o contexto em que surgem as decisões, dado que não se conhece as entidades públicas envolvidas nem as partes privadas contratantes.

Em sentido diverso, há quem entenda, no entanto, que a exigência de expurgação prevista na norma legal é de aplaudir, defendendo que:

“(...) nunca se perdendo de vista que o princípio deverá sempre ser o da publicidade integral das decisões arbitrais, não nos parece possível negar que tal princípio pudesse sofrer limitações fundadas na necessidade de proteger outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos de entre esses interesses eventualmente contrapostos, já antes da consagração do n.º 2 do artigo 185.º-B – cuja exigência de expurgação é de aplaudir –, apontávamos, no mesmo sentido e a título de exemplo, o princípio da proteção da reserva da vida privada e da intimidade. De acordo com este valor, já entendíamos que era admissível, por exemplo, em situações que possam devassar intimidade dos visados, expurgar os elementos de identificação das partes”⁹⁶.

Saliente-se, contudo, que, ao contrário do que parece extrair-se deste excerto, é importante lembrarmo-nos que a regra não é, neste momento, a da publicidade integral das decisões, uma vez que a expurgação ocorre em todas as decisões publicadas, e não apenas excecionalmente nas situações em que seja suscetível de devassar a intimidade das partes, como parece sugerir o excerto citado.

Da nossa parte, entendemos que o princípio da publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa só em casos pontuais e de extraordinária excecionalidade poderá ser limitado, especialmente, e acompanhando José Miguel Júdice, quando se

⁹³ Em Ramos & Felício, 2023, p. 597.

⁹⁴ Cf. Andrade, 2022, p. 150; Ramos & Felício, 2023, p. 597.

⁹⁵ Como alertado em Ramos & Felício, 2023, p. 589.

⁹⁶ Em Calado & Gomes, 2023, p. 214.

trate da revelação da existência do processo arbitral, das partes em litigância, das normas aplicáveis ao caso, dos valores das pretensões apresentadas pelas partes, dos nomes dos árbitros que compõem o tribunal e dos advogados que representam a parte pública⁹⁷.

Assim, com base neste entendimento, cremos que a identidade das entidades públicas não poderá, em caso algum, ser omitida. Já quanto à parte contrária, por se tratar de uma entidade que não integra a Administração Pública, poderá eventualmente justificar-se a sua anonimização, desde que existam razões ponderosas que o legitimem. Em qualquer caso, deverá manter-se a omissão da identidade sempre que esteja em causa uma pessoa singular, por razões de proteção dos respetivos dados pessoais.

III.2. A dependência do trânsito em julgado para publicação das decisões

Prevê o n.º 1 do artigo 185.º-B que são objeto de publicação as decisões transitadas em julgado. Deste modo, são publicadas as decisões arbitrais definitivas, isto é, das quais não caiba recurso ou impugnação para os tribunais estatais. O trânsito em julgado da decisão constitui, portanto, uma condição do dever de publicação⁹⁸.

Ora, o trânsito em julgado pode ser formal ou material⁹⁹. Tem-se entendido que apenas serão publicadas as decisões que produzam efeitos que não se resumam ao próprio processo, isto é, que produzam efeitos de caso julgado material¹⁰⁰, sob pena de verificação de um fenómeno de multiplicação, porventura sobreabundante, ao nível da publicação das decisões arbitrais.

Entende-se que o verdadeiro objetivo do legislador é o de assegurar a publicidade de decisões que produzam efeitos dentro e fora do processo em causa, por ser em relação a tais decisões que se impõe um escrutínio acrescido e, nessa medida, é quanto a essas decisões que vigora um dever de publicação¹⁰¹.

Assim, para o legislador, o que importa é tornar pública a última palavra proferida no contexto da resolução de determinado caso concreto, após o seu trânsito em julgado. Todavia, esta opção não é isenta de críticas. De facto, tem-se entendido que o legislador poderia e deveria ter ido mais longe, prevendo a obrigatoriedade de publicação das decisões, independentemente do respetivo trânsito em julgado¹⁰², na medida em que só assim se garantiria um nível de publicidade e transparência verdadeiramente adequado.

⁹⁷ Em Júdice, 2015, p. 102.

⁹⁸ Cf. Serrão & Caldeira, 2018, p. 169.

⁹⁹ Nos termos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1306/14.7TBACB-T.C1.S1, datado de 03.08.2018, “o ‘caso julgado formal traduz a força obrigatória dentro do processo’, contrariamente ao caso julgado material, cuja força obrigatória se estende para fora do processo em que a decisão foi proferida”.

¹⁰⁰ Cf. Andrade, 2014, p. 21.

¹⁰¹ Cf. Serrão & Caldeira, 2018, p. 168.

¹⁰² Serra, 2021, p. 115.

Isto porque, havendo lugar a recurso ou a impugnação, o trânsito em julgado das decisões pode demorar vários meses ou mesmo anos, pelo que a decisão só será publicada decorrido um enorme lapso temporal.

Ademais, havendo lugar à anulação da decisão, ficar-se-á sem saber que a mesma existiu, porque esta nunca transitará em julgado¹⁰³. Julgamos que, mesmo nessas situações, a publicidade da decisão seria pertinente, porque permitiria, entre outras coisas, o escrutínio público das decisões, permitindo também tomar conhecimento da identidade dos membros que formaram o tribunal arbitral.

Por conseguinte, poderia o legislador prescindir do requisito do trânsito em julgado, do qual depende atualmente a publicação da decisão, como aliás já o fez quanto à publicidade das decisões dos tribunais da jurisdição administrativa do Estado: em 2019, o legislador alterou o artigo 30.º do CPTA, passando a ser obrigatória a publicidade dos acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo e dos Tribunais Centrais Administrativos, bem como das sentenças dos tribunais administrativos de círculo, independentemente do seu trânsito em julgado. Desta forma, parece-nos que seria positivo que o legislador replicasse esta solução quanto às decisões dos tribunais arbitrais em matéria administrativa, prescindindo também aqui do trânsito em julgado, o que permitiria aumentar o nível de escrutínio do exercício da função jurisdicional.

III.3. A condição de depósito apenas para a execução coerciva das decisões

Referiu-se já que em virtude da inicial inoperância normativa do artigo 185.º-B do CPTA, o legislador aditou, em 2019, o atual n.º 2, com vista a conferir efetividade prática à obrigatoriedade de publicação das decisões. Desde esta data, a execução das decisões arbitrais está dependente do depósito das mesmas, pelos tribunais arbitrais, junto do Ministério da Justiça, para efeito de publicação informática.

Trata-se, assim, de uma solução que se divide em dois momentos: primeiramente, é necessário proceder ao depósito, ficando o tribunal arbitral administrativo incumbido dessa tarefa, e subsequentemente, haverá lugar à publicação informática da decisão, ficando o Ministério da Justiça incumbido de tal operação¹⁰⁴ – note-se, assim, que o depósito antecede a publicação.

Deste modo, entende-se que o legislador pretendeu derrogar, quanto às arbitragens administrativas, o princípio básico constante do artigo 42.º, n.º 7, da LAV, o

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Cf. Serrão, 2020, p. 1284.

qual prevê que as decisões arbitrais, uma vez proferidas e notificadas, apresentam a mesma força executiva da sentença de um tribunal estatal transitada em julgado¹⁰⁵.

Contudo, a condição de executoriedade da decisão em causa levanta especiais dúvidas interpretativas, como procuraremos demonstrar. Desde logo, deve entender-se que o depósito é condição bastante para a execução das decisões, ou somente após a efetiva publicação a decisão revestir-se-á de força executiva? A doutrina divide-se.

Há quem entenda que a execução da decisão arbitral administrativa depende apenas do respetivo depósito. Neste sentido, Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha entendem que a decisão só não é passível de execução enquanto o tribunal arbitral não tiver efetuado o depósito junto do Ministério da Justiça, para efeitos de publicação, ou seja, “com a notificação, a decisão arbitral torna-se obrigatória e exequível nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns artigo 705.º, n.º 2, do CPC, mas fica impedida, por falta de depósito, a instauração de processo executivo perante o tribunal estatal, quando a decisão deva ser objeto de execução coerciva artigo 47.º da LAV”¹⁰⁶.

Também Diogo Calado e Manuel da Silva Gomes entendem não ser necessário que tenha ocorrido a publicidade da decisão arbitral para que a mesma possa ser executada, bastando o respetivo depósito¹⁰⁷. Acrescentam, todavia, que seria positivo que o legislador efetivamente fizesse depender a execução da decisão arbitral administrativa da sua publicação.

Em sentido oposto, Tiago Serrão entende que somente a decisão arbitral administrativa depositada e efetivamente publicada constitui título passível de execução. Considera que este entendimento, de que a execução da decisão depende apenas do respetivo depósito, levaria à frustração total do intuito do legislador em acrescentar o n.º 2 do artigo 185.º-B, que seria o de assegurar a efetiva publicação das decisões¹⁰⁸. Neste seguimento, acrescenta que, após o depósito, a eventual falta de publicação das decisões arbitrais administrativas será potencialmente geradora de responsabilidade do Estado, no caso de falta de publicação¹⁰⁹.

Parece-nos, todavia, que esta última posição deve ser questionada, na medida em que, desde logo, não parece ser possível retirar-se este sentido da atual letra da lei. Ainda, não parece razoável que as partes sejam obrigadas a aguardar pela publicação informática da decisão para intentarem um processo executivo. A publicação pode efetivamente demorar ou simplesmente não ocorrer – como, aliás, tem acontecido¹¹⁰ –,

¹⁰⁵ Cf. Andrade, 2022, p. 151.

¹⁰⁶ Em Almeida & Cadilha, 2022, p. 1405.

¹⁰⁷ Em Calado & Gomes, 2023, p. 222.

¹⁰⁸ Serrão, 2020, p. 1284.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 1286.

¹¹⁰ Cf. referido em Pedro, 2019, p. 33.

o que iria despoletar consequências nefastas, na medida em que a parte vencedora ficaria impedida de requerer as providências adequadas à realização coativa de uma obrigação que lhe é devida, pela simples razão de o Estado não ter procedido à publicação da decisão conforme lhe competia, o que culminaria, em última instância, em inúmeras ações de responsabilização intentadas contra o Estado.

Face ao exposto, entendemos que a solução legislativa em análise apenas exige o depósito da decisão arbitral enquanto requisito de executoriedade, razão pela qual não haverá execução da decisão somente enquanto não se proceder ao seu depósito¹¹¹.

Reconhece-se, então, que o legislador pretendeu criar um mecanismo para garantir a publicidade das decisões, na medida em que, não sendo estas depositadas, não haverá lugar à execução das mesmas. Por outras palavras, aquilo que retiramos da letra da lei é o seguinte: não podem as partes recorrer aos tribunais estatais para executar uma decisão que não tenha sido voluntariamente cumprida, se a mesma não for depositada.

Significa isto, também, que parece ser admissível cumprir-se voluntariamente uma decisão arbitral sem que se proceda ao seu depósito. Ou será que deve entender-se que a decisão arbitral não é exequível, seja voluntariamente ou através de um processo executivo, sem que se proceda ao seu respetivo depósito¹¹²? Julgamos que a norma parece referir-se apenas à execução coerciva, sendo o depósito o requisito somente para a instauração de processo executivo quando a decisão arbitral não seja voluntariamente cumprida.

III.4. O possível contorno do depósito mediante cumprimento voluntário

O facto do depósito se apresentar apenas como condição de execução coerciva das decisões levanta outra problemática. Sabe-se que só haverá interesse em executar aquilo que não for voluntariamente cumprido. Desta forma, se as partes cumprirem de forma voluntária e célere a decisão arbitral, sendo dado conhecimento disso ao próprio tribunal arbitral, e tendo em conta que esta norma apenas faz depender a execução coerciva da decisão do seu depósito, cumpre questionar: até que ponto a admissão de um compromisso, pela parte vencida, perante o tribunal arbitral, do cumprimento voluntário da decisão, não poderá impedir, em termos práticos, o depósito e subsequente publicação da mesma? Poderá mesmo, *in extremis*, ser combinado entre os litigantes que a parte vencida se comprometerá ao cumprimento voluntário da decisão, a fim de se evitar tornar a mesma pública.

¹¹¹ Acompanhando o pensamento de Almeida & Cadilha, 2022, p. 1405.

¹¹² Cf. questão levantada em Pedro, 2019, p. 33.

Ainda que se trate de uma situação virtualmente concebível – e eticamente condenável –, parece-nos que, em teoria, poderá existir uma forma de contornar o depósito das decisões, mediante acordo entre partes e o tribunal arbitral especialmente quando a decisão seja proferida por tribunais arbitrais *ad hoc*, por não existir registo da sua constituição em qualquer centro institucionalizado, pois, a partir do momento em que há cumprimento voluntário, a consequência de incumprimento da obrigatoriedade de publicidade das decisões arbitrais parece não existir.

Porém, cremos que o legislador pretende que todas as decisões arbitrais sejam alvo de publicação, quer estas careçam de ser executadas judicialmente ou não, conforme se retira do n.º 1 do artigo 185.º-B “[a]s decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas”, tendo em consideração todas as razões por nós já elencadas que obrigam à publicidade. Contudo, consagrou uma consequência que apenas garante o depósito das decisões que careçam de execução coerciva. Assim, por não existir qualquer consequência legal no caso da não publicação de decisões cumpridas de forma voluntária, tal revela-se problemático no plano da efetividade da solução legal, porque não está garantido o seu cumprimento, nem tão pouco sancionado o seu incumprimento.

Deste modo, seria prudente que o legislador viesse, no futuro, a adotar uma solução que obrigasse, com garantias do seu cumprimento, à publicidade de todas as decisões, fazendo a letra da norma corresponder ao seu espírito. Tal desejável solução impediria a concretização de decisões arbitrais administrativas secretas, situação hipoteticamente concebível no regime atualmente vigente.

III.4.1. A especial inoperância do depósito no caso dos tribunais arbitrais *ad hoc*

A possibilidade de contornar o depósito apresenta-se especialmente viável, a nosso ver, no seio dos tribunais arbitrais *ad hoc*. Sabe-se que devem conhecer publicidade as decisões que provenham de tribunais constituídos em centros de arbitragem institucionalizada, como as que provenham dos tribunais arbitrais *ad hoc*, tal como aliás está expressamente previsto no artigo 2.º, alínea a da Portaria 165/2020, de 7 de julho. Todavia, é possível constatar-se que, desde a disponibilização da base de dados para efeitos de publicação das decisões arbitrais, até à data que se escreve, ou seja, num período de aproximadamente 4 anos, apenas foram publicadas 16 decisões arbitrais provenientes de tribunais *ad hoc*. Ora, temos as maiores dúvidas que neste espaço temporal apenas tenha sido proferido este número tão reduzido de decisões arbitrais o que, aliás, reforça a conclusão concretizada nos pontos anteriores, isto é, de que o cumprimento voluntário da decisão não está dependente do seu depósito.

Advinha-se muito difícil garantir a aplicação da regra de publicidade no seio da arbitragem *ad hoc*. Sendo a decisão proferida por um tribunal *ad hoc*, caso não seja necessário intentar um processo executivo, esta poderá facilmente permanecer secreta, porquanto não existe, sequer, o registo da sua constituição em qualquer centro institucionalizado.

É por essa razão, e por várias outras, que se encara com alguma reserva a possibilidade de resolução de litígios jurídico-administrativos por estes tribunais *ad hoc*. Vê-se com muita dificuldade que a aplicação de várias regras possa ser assegurada de modo efetivo por tribunais que não sejam constituídos em centros de arbitragem institucionalizada também por essa razão, a doutrina defende o privilégio da arbitragem institucionalizada face à *ad hoc*¹¹³.

Efetivamente, outras dificuldades colocam-se quanto à arbitragem *ad hoc* que vão para lá das exigências de transparência no âmbito do processo arbitral. Não permitindo o presente escrito que nos alonguemos sobre esta temática, cabe apenas referir, de forma breve, que reveste especial importância que a arbitragem seja realizada por árbitros dotados de qualificações adequadas e devidamente escrutinadas¹¹⁴ e que o processo arbitral se desenvolva com base em regulamentos processuais devidamente certificados e regulados¹¹⁵ – o que, parece-nos, será garantido de forma mais intensa sob a égide de centros de arbitragem. Pelo que, tem sido defendido que toda a arbitragem administrativa deveria correr em centros institucionalizados, creditados para o exercício da arbitragem administrativa¹¹⁶.

Como é sabido, a arbitragem em matéria tributária está concentrada num único centro, o CAAD, não sendo a modalidade de arbitragem *ad hoc* admitida. Poderia esta solução ser replicada em matéria administrativa, passando esta a ser desenvolvida apenas em centros institucionalizados, ainda que não apenas sob égide de um único centro, dado que a resolução de litígios de Direito Administrativo apresenta potencialmente uma maior dimensão, por envolver inúmeras entidades públicas, de âmbito nacional, regional e local¹¹⁷.

¹¹³ Pedro, 2023, p. 33.

¹¹⁴ Como é sabido, em Portugal, os litígios em matéria de Direito Administrativo estão submetidos a uma jurisdição específica, dotada de um corpo de juizes com especialização nesse ramo do direito, regendo-se, no plano processual, por regras decorrentes das especificidades que envolve a aplicação do Direito Administrativo. Neste sentido, são evidentes os riscos que envolve a atribuição de competência para dirimir litígios de Direito Administrativo a árbitros que não carecem de ser, e frequentemente não são, especialistas em Direito Administrativo, como se explica em Almeida, 2020, p. 59.

¹¹⁵ Almeida, 2020, p. 61.

¹¹⁶ Almeida, 2015, p. 19.

¹¹⁷ Almeida, 2023, p. 25.

III.5. Uma proposta a considerar

Face ao exposto, tendo em consideração todas as insuficiências que se detetaram na atual solução normativa, propomo-nos a apresentar uma sugestão de alteração do regime vigente que permita garantir uma efetiva publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa. Certo é que, ao longo da presente dissertação, foram já sendo sinalizados os aspetos que, no nosso entendimento, carecem de revisão.

A solução por nós proposta implicaria que o legislador, em primeiro lugar, reequacionasse a opção político-legislativa de permitir a resolução de litígios de Direito Administrativo por tribunais *ad hoc*. A arbitragem de litígios jurídico-administrativos deveria, assim, no nosso entender, passar a decorrer, exclusivamente, sob a égide de centros de arbitragem, com carácter institucionalizado.

Entendemos que somente assim haveria uma garantia de que todas as decisões são de conhecimento público, porque como referido anteriormente, adivinha-se muito difícil garantir a aplicação da regra da publicidade pelos tribunais *ad hoc*. Para nós, a publicidade reveste de importância tal que compele a que se reequacione, então, a atual opção político-legislativa.

Partindo do pressuposto que a arbitragem de Direito Administrativo passaria a desenvolver-se apenas em centros institucionalizados, entendemos, ainda, que a mesma não deveria ser realizada em todo e qualquer centro. Efetivamente, os centros interessados em desenvolver arbitragem em matéria administrativa deveriam ser certificados para o efeito, com base num regime a ser desenvolvido. Abraçando a ideia de Mário Aroso de Almeida, este regime deveria prever a obrigatoriedade de preenchimento de um conjunto de requisitos que permitam assegurar as condições de idoneidade e representatividade dos respetivos centros¹¹⁸, mas também o preenchimento de exigências específicas de diversa natureza, como “a existência de listas de árbitros elaboradas segundo critérios de especialização e exigência, de regras transparentes de constituição dos tribunais arbitrais e da garantia do cumprimento de um conjunto de regras pelas quais os processos arbitrais se devem pautar”¹¹⁹.

O ponto essencial, que pretendemos sublinhar, é que estes centros teriam de respeitar várias exigências para desenvolver a arbitragem em causa. Deste modo, decorrendo a mesma apenas em centros certificados, estes seriam aptos para proceder de imediato à publicação de todas as decisões. Por maioria de razão, confiando-se nos tribunais arbitrais, constituídos sob a égide destes centros de arbitragem, para resolver litígios que estão relacionados com a realização do interesse público e com o uso do erário

¹¹⁸ Exigências previstas para todos os centros de arbitragem, conforme o Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de dezembro, que permite às entidades que pretendam promover, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens requerer ao Ministro da Justiça a autorização para a criação dos respetivos centros.

¹¹⁹ Em Almeida, 2024, pp. 599 e 603.

público, parece-nos razoável entender que estes centros deverão também ser considerados aptos a publicar as decisões arbitrais, na base de dados já criada para o efeito, respeitando as condições impostas pela Portaria n.º 165/2020, de 7 de julho. Estaríamos, assim, em condições de terminar com a dualidade de momentos que se verifica atualmente, ou seja, deixaria de se justificar ser necessário primeiramente proceder-se ao depósito para, subsequentemente, proceder-se à publicação. Passaria, deste modo, a competir aos próprios centros institucionalizados proceder diretamente à *publicação* das decisões.

Como referido anteriormente, os centros de arbitragem teriam de garantir o cumprimento de várias regras para serem certificados para a realização da arbitragem em matéria administrativa. Uma destas regras deveria consistir precisamente na obrigatoriedade de publicação de todas as decisões proferidas sob a sua égide. Para garantir que estes centros procedem efetivamente à publicação, deveria determinar-se que estes ficariam inibidos de exercer a sua atividade, isto é, de constituir tribunais arbitrais para o julgamento de questões jurídico-administrativas, caso se verifique o incumprimento do dever de publicação – o que pressuporia, evidentemente, um controlo desta realidade.

Deste modo, a responsabilidade de publicação seria do centro de arbitragem, e não do tribunal arbitral ou do Ministério da Justiça, tendo o primeiro todo o interesse em publicar as decisões, por forma a continuar a exercer a sua atividade.

Esta solução acabaria com a necessidade de se proceder previamente depósito da decisão para posterior publicação, e acabaria também com a condição de depósito enquanto requisito de executóriedade, porque passaria a estar garantido que todas as decisões seriam alvo de publicação.

Deste modo, tendo em consideração todas as sugestões por nós apresentadas ao longo deste Capítulo III, e uma vez admitindo que o CPTA passaria, então, a prever que a arbitragem só poderia realizar-se em centros de arbitragem certificados para o efeito, o artigo 185.º-B deste diploma legal, cuja epígrafe é ‘Publicidade das decisões arbitrais’, passaria a prever o seguinte:

“1 – As decisões proferidas por tribunais arbitrais são obrigatoriamente publicadas, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça, independentemente do seu trânsito em julgado, com a identificação das partes envolvidas, podendo omitir-se a identidade das partes privadas somente quando se verifiquem razões ponderosas que o justifiquem, sendo, contudo, essa omissão obrigatória sempre que a parte privada seja uma pessoa singular.

2 – Compete aos centros de arbitragem proceder à publicação das decisões arbitrais proferidas sob sua égide, no prazo de 30 dias a contar da notificação das mesmas às partes.

3 – O incumprimento reiterado do dever de publicação das decisões arbitrais pelos centros de arbitragem implica a respetiva inibição de constituírem tribunais arbitrais para o julgamento das questões previstas no artigo 180.º”.

Parece-nos, assim, que esta sugestão de solução a adotar permitiria garantir a almejada publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa.

Conclusão

A presente dissertação procurou demonstrar que a publicidade das decisões arbitrais em matéria administrativa permanece insuficientemente concretizada, na medida em que o regime jurídico atualmente consagrado no artigo 185.º-B do CPTA evidencia diversas insuficiências e limitações que comprometem a efetiva publicação das decisões em causa.

Com efeito, procurou-se com este trabalho alertar para esta realidade, incentivando a contínua procura de soluções que permitam alterar este paradigma, por todos os motivos anteriormente densificados, os quais demonstram, de forma inequívoca, o interesse e a relevância de uma publicidade efetiva.

São de enaltecer os desenvolvimentos legislativos já verificados nesta matéria, nomeadamente, em 2015 e, posteriormente, em 2019, que tinham como objetivo tentar alcançar uma efetiva e completa publicação de todas as decisões arbitrais administrativas. Não obstante, diante das limitações identificadas *supra*, torna-se perceptível que esta matéria reclama novamente a atenção e intervenção do legislador.

Foi neste sentido que apresentamos uma proposta de alteração do regime vigente, que passaria por restringir a arbitragem em matéria administrativa a centros institucionalizados especialmente certificados para o efeito, atribuindo-lhes a responsabilidade de publicar todas as decisões arbitrais administrativas, com a identificação das partes públicas envolvidas e independentemente do seu trânsito em julgado.

Referências bibliográficas

I. Livros e artigos

- ALMEIDA, M. A. de (2014). Arbitragem e tribunais administrativos. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7.
- ALMEIDA, M. A. de (2015). Arbitragem administrativa perspectivas em tempos de mudança. *Revista Arbitragem Administrativa*, n.º 1.
- ALMEIDA, M. A. de (2020). Arbitragem administrativa: Presente e futuro. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7.
- ALMEIDA, M. A. de (2023). Arbitragem de direito administrativo: Reflexão geral. In C. Amado Gomes & R. Pedro (coord.) *A arbitragem administrativa em debate: Problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos*, 2.^a edição. Lisboa: AAFDL Editora.
- ALMEIDA, M. A. de (2024). *Manual de processo administrativo*, 8.^a edição. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, M. A. de & CADILHA, C. A. F. (2022). *Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*, 5.^a edição – reimpressão. Coimbra: Almedina.
- ALVES, P. L. (2018). Arbitragem de direito público. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1.
- ANDRADE, J. R. de (2014). Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa: O projecto de revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos e a nova LAV. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7.
- ANDRADE, J. R. de (2022). A publicação das decisões arbitrais na arbitragem administrativa. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 17.
- BARROCAS, M. P. (2013). *Manual de arbitragem*, 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- BASTOS, F. B. (2015). A arbitragem em direito administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais administrativos. In C. Amado Gomes & R. Pedro (coord.) *Arbitragem e direito público*. Lisboa: AAFDL Editora.
- BORDACHAR, P. (2018). *Open data et sentences arbitrales rendues sur le fondement d'un traité d'investissement. Revue générale du droit, Études et Réflexions*, n.º 9.
- CALADO, D. & GOMES, M. S. (2023). Publicidade das decisões arbitrais administrativas: Novo ponto de situação e algumas interrogações conexas. In C. Amado Gomes & R. Pedro (coord.) *A arbitragem administrativa em debate: Problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.^a edição. Lisboa: AAFDL Editora.
- CALDEIRA, M. (2021). *Pela publicidade das decisões judiciais*, <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/02/09/pela-publicidade-das-decisoes-judiciais/>.
- CARVALHO, A. C. (2021). Arbitragem necessária desportiva e justiça administrativa. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 15.
- CARVALHO, A. C. et al. (2019). *Arbitragem administrativa: Uma proposta*. Coimbra: Almedina.
- CASTELO, H. (2020). O direito de conhecer a jurisprudência. *Revista do Ministério Público*, n.º 163.

- CORREIA, J. M. S. (2015). A arbitragem dos litígios entre particulares e administração pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n.º 5.
- CORREIA, J. M. S. (2021). Introdução à arbitragem administrativa: Características e traços distintivos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 12.
- CRUZ, P. T. (2015). O papel da arbitragem no contexto da reforma do contencioso administrativo. *Revista Arbitragem Administrativa*, n.º 1.
- FERNANDES, D. de M. (2015). O princípio da transparência administrativa: Mito ou realidade? *Revista da Ordem dos Advogados*.
- FONSECA, I. C. M. (2022). ADR, a fuga aos Tribunais Administrativos do Estado e a obrigatoria publicação das sentenças arbitrais e dos acordos resultantes de transação, mediação e conciliação. In T. Serrão & M. Caldeira (coord.). *A justiça administrativa em Portugal: Diagnóstico presente e perspetivas futuras*. Lisboa: AAFDL Editora.
- GOMES, P. C. (2020). *Litígios e contratação pública – diagnóstico correto/remédio errado*, <https://eco.sapo.pt/opiniao/litigios-e-contratacao-publica-diagnostico-correto-remedio-errado/>.
- GONÇALVES, P. C. (2013). Administração pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais. In *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina.
- JÚDICE, J. M. (2015) Confidencialidade e transparência em arbitragens de direito público. In *Liber amicorum Fausto de Quadros*, vol. II. Coimbra: Almedina.
- MAÇÃS, M. F. (2015). Notas sobre um modelo adequado de arbitragem administrativa à luz da revisão do CPTA. *Revista Arbitragem Administrativa*, n.º 1.
- MEDEIROS, R. (2019). Arbitragem administrativa e Constituição. In *Estudos em homenagem a Agostinho Pereira de Miranda*. Coimbra: Almedina.
- MEDEIROS, R. (2020). Nem oito nem oitenta... A propósito da proposta de uma LAV para as arbitragens administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2020). Constituição Portuguesa anotada, vol. III, 2.ª edição revista, atualizada e ampliada. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MONTEIRO, A. P. P., Silva, A. F. da & Mirante, D. (2019). *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina.
- PEDRO, R. (2019). *Estudos sobre Arbitragem em especial, de Direito Público*, AAFDL Editora, Lisboa.
- PEDRO, R. (2023). Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: Um puzzle em construção, um palimpsesto or something different? In C. Amado Gomes & R. Pedro (coord.) *A arbitragem administrativa em debate: Problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª edição. Lisboa: AAFDL Editora.
- PORTOCARRERO, M. (2015). Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem. Ensaio sobre disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativo. Porto: Universidade Católica Editora.

- PORTOCARRERO, M. (2020). Arbitration in administrative affairs: The enlargement scope of *ratione materiae* in Portugal. *Central European Public Administration Review*, vol. 18, n.º 1.
- QUADROS, F. de (2014). Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7.
- QUADROS, F. de (2015). A importância cada vez maior em Portugal da arbitragem em direito administrativo. *Revista Arbitragem Administrativa*, n.º 1.
- RAMOS, V. M. (2015). Algumas considerações sobre a arbitragem de litígios respeitantes à validade de actos administrativos à luz do regime resultante do CPTA. In C. Amado Gomes & R. Pedro (coord.) *Arbitragem e direito público*. Lisboa: AAFDL Editora.
- RAMOS, V. M. & FELÍCIO, M. (2023). Transparência e arbitragem administrativa. In R. Pedro, E. Bitencourt Neto & C. Amado Gomes (coord.). *Em nome da transparência no direito administrativo – um diálogo luso-brasileiro*. Coimbra: Almedina.
- ROCHA, J. F. da & SERRÃO, T. (2019). Arbitragem tributária e arbitragem administrativa: Breve ponto de situação. In C. Amado Gomes, J. F. da Rocha & T. Serrão (coord.). *Comentários à legislação processual tributária*. Lisboa: AADFL Editora.
- SCHILL, S. (2012). *Öffentlich-rechtliche Schiedsgerichtsbarkeit: Grundlagen – Grenzen – Rechtsprinzipien*, s.d., [2012], <https://www.mpil.de/de/pub/forschung/archiv/schiedsgerichtsbarkeit.cfm#project>.
- SERRA, M. F. dos S. (2021). O imperativo democrático da publicidade das decisões jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 10.
- SERRÃO, T. (2020). A arbitragem no CPTA. In C. Amado Gomes, A. F. Neves & T. Serrão (coord.). *Comentários à legislação processual administrativa*, vol. II, 5.^a edição. Lisboa: AAFDL Editora.
- SERRÃO, T. & CALDEIRA, M. (2018). A publicidade das decisões arbitrais administrativas: algumas reflexões. In *Estudos jurídicos em comemoração do centenário da AAFDL – Contributo para o presente e futuro dos meios de resolução alternativa de litígios*, vol. I. Lisboa: AAFDL Editora.
- SILVA, S. T. da (2020). Notas breves sobre o presente e futuro da arbitragem administrativa em Portugal. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7.
- TORNADA, J. (2019). A não publicação das decisões do Tribunal Arbitral do Desporto português: Será a LTAD ainda inconstitucional? *O Direito*, n.º III.

II. Documentos Eletrónicos e Outros

Club Español de la Arbitraje, s.d. [2019]. *Hacia el reconocimiento del arbitraje en el Derecho Público*, https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea-arbitraje-y-derecho-publico-documento-final_.pdf.

Divisão de Informação Legislativa Parlamentar, Assembleia da República (2022). *Arbitragem Administrativa: Enquadramento Nacional e Internacional*, <https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Sinteses/70.ArbitragemAdministrativa/70.pdf>.

Comissão Europeia (2023). *Painel de Avaliação da Justiça na UE*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DCo309>.

O crime de aliciamento de menores
para fins sexuais

Reflexões críticas acerca do
enquadramento jurídico-penal

Mariana Modesto Cunha

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria da Conceição Fonseca Ferreira da Cunha

“Educai as crianças para que não seja necessário punir os adultos”.

Pitágoras

Agradecimentos

À minha orientadora, Professora Doutora Maria da Conceição Fonseca Ferreira da Cunha, pela disponibilidade e dedicação sempre demonstradas e por todos os sábios ensinamentos.

À minha Família, em particular aos meus Pais e Irmão, por todo o apoio, incentivo e amor incondicional.

Ao Paulo, por todo o amor e pela motivação constante.

À Leonor e à Matilde, pelos momentos de partilha e amizade.

À Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto e seus exímios Professores.

Resumo

A presente Dissertação propõe-se analisar um tema atual e complexo onde se relacionam os malefícios dos avanços tecnológicos com o Direito Penal – o aliciamento de menores para fins sexuais por via das tecnologias de informação e de comunicação.

Para o efeito, focar-se-á na análise do tipo legal de crime e no modo como está a ser aplicado pelos tribunais nacionais. Todavia, o objetivo deste estudo passará por uma reflexão detalhada quanto às dificuldades de articulação com outros tipos legais.

Desta forma, a nossa investigação pretenderá dar resposta à seguinte questão central: face à atual redação de determinados crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, haveria a necessidade de criminalizar, de forma autónoma, este aliciamento?

Por fim, atendendo à resposta negativa que daremos na maioria das situações expostas, pretendemos expor possíveis soluções quanto aos diversos problemas que o art. 176.º-A do Código Penal apresenta, soluções estas que visam dirimir as dificuldades na aplicação do tipo incriminador.

Palavras-chave: aliciamento de menores; livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual; tecnologias de informação e de comunicação; criminalização.

Abstract

This dissertation proposes to analyse a current and complex theme where the harms of technological advances are related to Criminal Law – the grooming of minors for sexual purposes through information and communication technologies.

To this end, it will focus on analysing the legal type of crime and how it is being applied by national courts. However, the objective of this study will be a detailed reflection on the difficulties of articulation with other legal types.

In this way, our research will aim to answer the following central question: in view of the current wording of certain crimes against sexual freedom and self-determination, would there be a need to criminalize this grooming autonomously?

Finally, given the negative answer that we will give in most of the situations exposed, we intend to expose possible solutions to the various problems presented by article 176-A of the Portuguese Criminal Code, and which aim to solve the difficulties in the application of the incriminating type.

Keywords: child grooming; free development of the minor's personality in the sexual area; information and communication technologies; criminalization.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac	acórdão
<i>apud</i>	citado por
art./ arts.	artigo / artigos
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cf.	conferir
Convenção	Convenção de Lanzarote
Coord.	coordenação
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
dir.	diretor
Diretiva	Diretiva n.º 2011/93/UE
<i>Et al.</i>	e outros
<i>Ibidem</i>	da mesma obra
<i>In</i>	em
n.º / n.ºs	número / números
Org.	Organizador
p. e p.	previsto e punido
p./ pp.	página / páginas
Proc.	processo
Rel.	relator
RJLB	Revista Jurídica Luso-Brasileira
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
SMS	Serviço de Mensagem Curta
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TIC	Tecnologias da Informação e de Comunicação
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
UE	União Europeia
vol.	Volume

Índice

Introdução	8
I. A violência sexual contra menores na internet	10
II. Enquadramento jurídico-legal	12
III. Análise do tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais	15
1. Considerações introdutórias	15
2. Bem jurídico protegido	15
3. A problemática do aliciamento	20
4. Tecnologias de informação e de comunicação	24
5. Aliciamento para ato sexual de relevo	25
5.1. Aliciamento de menores de 14 anos	25
5.2. Articulação entre o artigo 176.º-a e o artigo 171.º do CP	27
6. Aliciamento de menores entre os 14 e os 18 anos	29
6.1. Articulação entre o artigo 176.º-A e os artigos 172.º e 173.º do CP	29
6.2. Articulação entre o artigo 176.º-A e o artigo 170.º do CP	33
7. Aliciamento para ato de pornografia sexual	33
7.1. Articulação entre o artigo 176.º-A e as alíneas a), b) e c) do número 1 do artigo 176.º CP	36
IV. O aliciamento de menores para fins sexuais na prática dos tribunais	39
Conclusão	44
Bibliografia	47
Jurisprudência consultada	50
Outras referências	50

Introdução

Em razão da evolução exponencial das TIC, a conhecida “sociedade do papel” tem vindo progressivamente a ser transformada numa “sociedade digital” e, com ela, novos perigos *online* despoletaram. Tendo presente a sua capacidade de atrair crianças e jovens e a consequente suscetibilidade natural para serem potenciais vítimas de exploração sexual, revela-se fundamental debruçarmo-nos sobre o esforço que tem sido levado a cabo para repreender estas condutas suscetíveis de comprometer o livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual. Todavia, o âmbito da nossa investigação estará circunscrito ao aliciamento de menores para fins sexuais mediante o recurso às TIC, cuja solução técnico-legislativa nos desperta para algumas incongruências do sistema penal, contribuindo para tal os ensinamentos adquiridos na unidade curricular de mestrado denominada de “Crimes Contra as Pessoas”.

Pretendemos, desta forma, com a presente investigação, perceber de que maneira este flagelo atual é tratado no ordenamento jurídico português, a par de uma abordagem crítica e reflexiva acerca da (des)necessidade da sua criminalização.

Para o efeito, numa primeira fase, salientaremos que, apesar de serem assinaláveis significativas vantagens do desenvolvimento tecnológico, é também verdade que este contribui para o aumento da criminalidade contra menores, sobretudo sexual. Neste particular, abordaremos a questão do aliciamento sexual de menores e a sua autonomização enquanto crime, referindo os instrumentos jurídicos supranacionais que lhe serviram de fonte.

Em seguida, atendendo ao panorama nacional, analisaremos o tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais p. e p. no art. 176.º-A do CP. Necessariamente, em virtude da evolução do chamado direito penal sexual, começaremos por compreender qual o bem jurídico protegido pelo tipo incriminador. Subsequentemente, pretendemos descortinar o conceito de aliciamento que se encontra indefinido na nossa lei e demais problemas a ele associados. Concomitantemente, refletiremos sobre o seu *modus operandi*, alertando para os perigos do ciberespaço.

Suplantado este ponto e uma vez que o agente alicia o menor para encontro visando a prática de quaisquer dos atos compreendidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 171.º e nas alíneas a) a c) do n.º 1 do art. 176.º, ambos do CP, afigura-se-nos como essencial focarmos a presente investigação em torno destes atos. Aqui chegados, apesar de reconhecermos que o crime em questão levanta diversos problemas, por razões de contenção e de limitação natural deste estudo, centrar-nos-emos nos diversos desafios de articulação da presente incriminação com os demais tipos legais que protegem o mesmo bem jurídico. Para um melhor entendimento desta problemática, subdividiremos o nosso estudo, sendo que

numa primeira fase trataremos do aliciamento de menores de 14 anos e, posteriormente, do aliciamento de menores entre os 14 os 18 anos.

Ultrapassada a explanação doutrinal, propomo-nos analisar criticamente a escassa jurisprudência relativa a este crime, o que nos permitirá verificar se se confirmam, na prática, as dúvidas e dificuldades apontadas ao longo do presente estudo.

Por fim, servindo de mote para uma futura alteração legislativa, procuraremos apresentar algumas propostas de solução para fazer face aos problemas levantados pela introdução do crime de aliciamento de menores para fins sexuais no Código Penal Português.

I. A violência sexual contra menores na internet

É incontestável que a evolução das novas tecnologias de informação e de comunicação contribuiu para a globalização da sociedade contemporânea. De facto, o recurso à Internet tornou-se marcante na vida quotidiana, sobretudo, por garantir o estreitar de laços entre os indivíduos que, fisicamente, estariam impossibilitados de interagir. Assim, o desenvolvimento tecnológico veio revolucionar o modo como socializamos e partilhamos informação.

Nesta senda, os recentes dados do *Eurostat*¹ salientam que o uso massificado da Internet é visível nas gerações mais novas, concluindo que, em 2022, cerca de 96,4% dos jovens da UE eram utilizadores diários.

Em Portugal, segundo um estudo desenvolvido pela *Dove*², 86% dos jovens portugueses admitem estar viciados em redes sociais, um valor superior à média europeia (78%), e 90% já as utilizam desde os 13 anos.

Não obstante, os diversos contributos do surgimento do ciberespaço, a generalização da utilização de meios de comunicação eletrónicos, nomeadamente, das redes sociais e dos *chatrooms*, indesmentivelmente, originam malefícios quando utilizados de modo nocivo.

Para efeitos da presente resenha, o nosso foco e principal preocupação centra-se na crescente exposição e utilização da Internet pelas crianças³, que tendem a ser grupos de utilizadores vulneráveis em razão da idade e da falta de capacidade de reconhecimento dos perigos e riscos associados ao uso das novas tecnologias de informação. Neste sentido, se, por um lado, a título exemplificativo, estes “nativos digitais”⁴ recorrem à Internet como uma ferramenta “inofensiva” de compras ou de acesso rápido e fácil à informação, por outro lado, estão à distância de um clique de acederem a serviços que, as mais das vezes, são um terreno armadilhado. O uso do ciberespaço, designadamente das redes sociais, poderá representar um verdadeiro palco para o cometimento de crimes, nomeadamente de cariz sexual.⁵ Ora, é neste contexto que configuramos as crianças, em razão das suas fragilidades, como potenciais vítimas de condutas criminosas.

Assim, tendo o Direito Penal um papel de intervenção subsidiária e sopesando o direito à liberdade e a segurança digital do menor, é de aplaudir a preocupação do legislador em positivar no Código Penal Português crimes que têm por base a utilização

¹ Cf. Eurostat Regional Yearbook, 2023 edition, p. 104 (nossa tradução).

² LUSA, 2023.

³ Segundo o disposto no art. 1.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, “(...) criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

⁴ Conceito utilizado pela primeira vez por Prensky, 2001, p. 1, para caracterizar o domínio nato da linguagem digital pelos jovens (nossa tradução).

⁵ Neste sentido, cf. Rodrigues, 2011, p. 265.

da Internet. Nesta senda, concordamos com a ideia de que “quanto mais importante for o bem jurídico (mais ligado ao respeito pela dignidade humana), mais abrangente deverá ser a sua tutela penal”⁶ ⁷. Nestes termos, a criança, enquanto titular de direitos fundamentais, entre os quais se destaca o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, carece, em especial, de uma tutela reforçada no domínio da sua sexualidade. Tal preocupação encontra-se espelhada na nossa lei, em particular, por via da previsão do crime de aliciamento de menores para fins sexuais, disposto no art. 176.^o-A do CP.

Neste âmbito, como veremos mais à frente, a figura do aliciamento, comumente designado por *child grooming* ou *online grooming*, traduz-se, em traços gerais, num processo em que o adulto desenvolve, propositadamente, uma conexão emocional com uma criança de modo a persuadi-la a ter um encontro sexual real ou virtual.⁸ Para o efeito, nestas relações virtuais, é recorrente a criação de perfis online com falsas informações. Nas palavras de Rodrigo Rios e Sólon Linhares, traduz-se num

(...) método de persuasão o qual se vale de técnicas de manipulação psicológica com o fito de reduzir a ténue expressão da vontade infantil, uma vez que a criança é induzida gradualmente a vencer as resistências, até admitir como normais relações sexuais entre adultos e menores.⁹

Neste particular, face aos potenciais riscos a que as crianças estão sujeitas, aliado à tutela penal, parece-nos também imperioso apontar à sociedade, designadamente, aos pais e à comunidade escolar, a necessidade de um acrescido acompanhamento e colaboração na educação digital dos menores, de modo a combater este tipo de criminalidade.

⁶ Cunha, 2017b, p. 403 (nota 19). Para um maior aprofundamento sobre o tema, Cunha, 1995, pp. 427 e ss.

⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o bem jurídico, veja-se o subcapítulo 2 do Capítulo III.

⁸ Definição baseada na conceção de *grooming*, por Planken, 2015, p. 20.

⁹ Rios & Linhares, 2014, p. 245.

II. Enquadramento jurídico-legal

Antes de adentrarmos na análise dogmática do crime de aliciamento de menores para fins sexuais p. e p. nos termos do disposto no art. 176.º-A do CP, cabe-nos tecer umas breves considerações sobre os contributos dos instrumentos jurídicos internacionais e europeus que serviram de base à presente norma incriminadora.

Desde logo, cumpre ressaltar, a par das diversas disposições que reconhecem a necessidade vital de conceder proteção às crianças em variados domínios, o papel pioneiro, em matéria de direitos das crianças, da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada por Portugal, em 1990, mormente, o seu art. 34.º ao dispor que “Os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e de violência sexual”. Nas palavras de Jodete Füllgraf,

[a] Convenção teve por objetivo reunir em um único documento as diferentes medidas internacionais de proteção à criança, representando um forte instrumento inovador, internacionalmente reconhecido, dos direitos das crianças, sendo assim um marco fundamental no percurso da construção e definição de um estatuto digno para todas as crianças.¹⁰

Para o que ora releva, invoca-se também o papel fundamental da Convenção de Lanzarote, assinada por Portugal em 2007, na introdução do crime de aliciamento. Neste particular, dispõe o art. 23.º que

Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para qualificar como infracção penal o facto de um adulto propor de forma dolosa, através de tecnologias de informação e comunicação, um encontro a uma criança que não tenha atingido a idade estabelecida em aplicação do n.º 2 do artigo 18.º, com a finalidade de cometer nesse encontro qualquer uma das infracções estabelecidas em conformidade com a alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º ou com a alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º, desde que essa proposta seja seguida de actos materiais que visem a tal encontro.

Da sua leitura, resulta claro que o seu propósito se prende, essencialmente, com o uso cada vez mais precoce das novas tecnologias de informação pelas crianças aliado ao aumento exponencial do cometimento de crimes sexuais via online.¹¹ Assim, ao abrigo deste artigo insta-se as Partes a criminalizar os contatos estabelecidos, dolosamente, entre um adulto e uma criança, através de meios tecnológicos, com o desiderato de

¹⁰ Füllgraf, 2001, pp. 26 e 27.

¹¹ Neste sentido, Whyte, 2014, pp. 79-82.

abusar sexualmente desta ou de produzir conteúdo pornográfico. Todavia, a Convenção apenas impõe a criminalização no caso de a proposta ser seguida de atos materiais tendentes ao encontro.

Ainda no plano supranacional, o aditamento do art. 176.º-A do CP resulta, sobretudo, da transposição da Diretiva n.º 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual das crianças e a pornografia infantil, que veio substituir a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho. Dispõe o art. 1.º que

a presente diretiva estabelece regras mínimas relativas à definição dos crimes e sanções no domínio do abuso sexual e da exploração sexual de crianças, da pornografia infantil e do aliciamento de crianças para fins sexuais. Introduce igualmente disposições para reforçar a prevenção desse tipo de crimes e a protecção das suas vítimas.¹²

A referida Decisão-Quadro prosseguia o mesmo desiderato. Todavia, para o que aqui releva, não se encontrava positivada qualquer disposição centrada na questão do aliciamento, ao contrário do disposto na Diretiva.¹³

Para o efeito, destacam-se os considerandos 12 e 19 da presente Diretiva, ao reforçar a necessidade de os Estados-Membros penalizarem “(...) de forma eficaz, proporcionada e dissuasiva (...)” o aliciamento de menores para fins sexuais no

(...) contexto da Internet, na medida em que esta confere aos utilizadores um anonimato sem precedentes e, portanto, uma oportunidade para esconderem a sua verdadeira identidade e as suas características pessoais, como, por exemplo, a idade (...).

Em concreto, estipula-se no seu art. 6.º que

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para garantir que os seguintes comportamentos intencionais sejam puníveis: A proposta de um adulto, feita por intermédio das tecnologias da informação e da comunicação, para se encontrar com uma criança que ainda não tenha atingido a maioridade sexual, com o intuito de cometer um dos crimes referidos no artigo 3.º, n.º 4, e no artigo 5.º, n.º 6, se essa proposta for seguida de actos materiais conducentes ao encontro, *é punível com uma pena máxima de prisão não inferior a um ano.*

¹² Diretiva 2011/93/UE, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0093>, consult. em 15/11/2023.

¹³ Barata, 2021, p. 85 (nota 15).

2. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para garantir que seja punível a tentativa de cometer, por meio das tecnologias da informação e da comunicação, os crimes previstos no artigo 5.º, n.º 2 e 3, por um adulto que alicie uma criança que não tenha atingido a maioridade sexual a disponibilizar pornografia infantil representando essa criança.¹⁴

Nesta senda, a Diretiva não impõe o modo como os Estados-Membros devem criminalizar estas condutas nos seus ordenamentos jurídicos.¹⁵ Deste modo, foi-lhes atribuída uma ampla margem de discricionariedade, que se espelhou, na nossa ordem jurídica, no aditamento de um preceito autónomo no CP.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sobre o modo de transposição da Diretiva em alguns ordenamentos jurídicos, ver Abrantes, 2016, pp. 22-24; Barata, 2021, pp. 86-90.

III. Análise do tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais

1. Considerações introdutórias

É de crucial interesse, para melhor compreensão do presente tema, focarmo-nos agora na análise do bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador, atendendo à significativa evolução do direito penal sexual. Posto isto, uma vez chegados à conclusão quanto ao bem jurídico protegido, pretendemos descortinar o conceito de aliciamento à luz do mesmo.

2. Bem jurídico protegido

Como ensina Figueiredo Dias, o bem jurídico é “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.¹⁶ Por sua vez, Taipa de Carvalho define-o como “os valores considerados, pelos *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade”.¹⁷

A noção de bens jurídico-penais não reúne consenso na doutrina, contribuindo, para tal, a constante mutabilidade histórico-social. Assim, revela-se impossível subsumi-lo a um conceito firme e fechado.¹⁸ Todavia, é pacífico afirmar que, para que a um bem jurídico seja reconhecida dignidade penal, este deverá ter respaldo em valores fundamentais. Por sua vez, para que a violação deste desencadeie uma intervenção punitiva não bastará a sua mera ofensa, sob pena de se estar a coartar direitos fundamentais, sem legitimidade para tal, à luz do n.º 2 do art. 18.º da CRP. Na verdade, atentando à natureza subsidiária do direito penal, este apenas deverá intervir em *ultima ratio*, ou seja, se inexistir ou for insuficiente “[o recurso] de outros meios sociais ou jurídicos (...) para uma proteção eficaz destes bens jurídicos com dignidade penal”.¹⁹

Em matéria de criminalidade sexual, em sintonia com as imposições dos instrumentos supranacionais, o bem jurídico tutelado foi-se alterando consoante as mutações das concepções sociais e culturais da sociedade portuguesa. Neste sentido, acompanhamos as palavras de Conceição Cunha quando afirma que “(...) o desenho

¹⁶ Dias, 2019, p. 130.

¹⁷ Carvalho, 2022, p. 60.

¹⁸ Dias, 2019, p. 130.

¹⁹ Carvalho, 2022, p. 65.

típico e a inserção sistemática dos crimes sexuais espelham de modo muito impressivo o tipo de sociedade, as suas valorações e o seu estágio evolutivo”.²⁰

Nesta senda, é de notar que, previamente à reforma do CP de 1995, que alterou substancialmente a inserção dos crimes sexuais, no CP de 1886 e na versão originária do CP de 1982, “(...) estávamos perante interesses penalmente relevantes, de natureza supra-individual, em que o Estado emprestava o seu *ius imperium* a uma dada ‘moral sexual’”²¹, ou seja, os crimes sexuais “(...) eram considerados como crimes contra os “fundamentos ético-sociais da vida social” relacionados com os “sentimentos gerais de moralidade sexual (...)”.²² Contudo, como refere a mesma Autora,

[n]uma sociedade democrática, pluralista, a intervenção penal no âmbito da sexualidade, atentos os princípios da dignidade e necessidade penal (...), não poderia fundamentar-se na imoralidade de uma conduta, mas sim na perturbação da liberdade e autodeterminação sexual, bens de nível constitucional, ínsitos no direito à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (...).²³

Deste modo, acompanhando Costa Andrade, sufragamos a posição de considerar ilegítimo o “(...) recurso ao Direito Penal como meio de estabilização contrafáctica das normas de uma qualquer moralidade”.²⁴

É nesta sede que, a nosso ver, face à obsolescência que caracterizava o código, andou bem o legislador com a reforma de 1995 do CP ao romper com a “conceção moralista” assente na virtude e nos bons costumes, em favor da liberdade e autodeterminação sexual, nas suas dimensões positiva e negativa, enquanto bens eminentemente pessoais.²⁵ Com efeito, esta mudança de paradigma refletiu-se na inserção sistemática dos crimes sexuais no capítulo referente aos “crimes contra as pessoas”, ao invés de os enquadrar nos “crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”.²⁶

Em sentido amplo, a liberdade sexual na sua vertente positiva resume-se “(...) na possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade”²⁷, enquanto, a vertente negativa traduz-se *a contrario* “no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de actos para os quais não tenha

²⁰ Cunha, 2017a, p. 347.

²¹ Lamas Leite, 2016, p. 62.

²² Cunha, 2017a, p. 347.

²³ Cunha, 2016, pp. 134 e 135.

²⁴ Andrade, 2004, p. 387.

²⁵ Ponto 7 do Preâmbulo do CP de 1995.

²⁶ CP de 1982.

²⁷ Alfaiate, 2009, p. 86.

manifestado concordância”.²⁸ Todavia, parece-nos lógico que a intervenção do direito penal deverá circunscrever-se apenas às condutas que coloquem em perigo o respetivo bem jurídico, sob pena de se verificar uma ingerência indesejável no mesmo.

O atual CP dividiu o capítulo V- Dos Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual em duas secções: a secção I dedicada aos crimes contra a liberdade sexual e a secção II aos crimes contra a autodeterminação sexual. O estudo da presente divisão demonstra-se fulcral para um melhor entendimento sobre o bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador em discussão, visto que não podemos interpretar literalmente as respetivas epígrafes para efeitos de concretização do bem jurídico em causa.²⁹ Assim, em traços gerais, resume Figueiredo Dias que

a secção I protege a liberdade (e/ou autodeterminação) sexual de todas as pessoas, sem fazer acepção de idade; enquanto a secção II estende essa protecção a casos que ou não seriam crime se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade; e estende-a porque a vítima é uma criança ou um menor de certa idade.³⁰

Com efeito, podemos concluir que, os crimes contra a liberdade sexual aplicam-se universalmente, seja qual for a idade, embora se tenha em consideração as agravantes previstas nos n.ºs 7 e 8 do art. 177.º do CP, no caso de as vítimas serem menores de 16 ou 14 anos, respetivamente³¹, enquanto, os crimes contra a autodeterminação sexual visam o “direito à protecção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento que, pelas suas características [do menor], é carecida de tutela jurídica”^{32 33}, ou seja, como veremos *infra*, a secção II visa proteger o livre desenvolvimento da personalidade do menor, sobretudo na esfera sexual, a par da liberdade e autodeterminação sexual.^{34 35}

Neste particular, em sentido inverso ao previsto na secção I, as condutas criminalizadas na secção II pressupõem relacionamentos sexuais sem violência, ameaça grave ou dissentimento.³⁶ Todavia, o busílis da questão reside no facto de estas condutas, aparentemente livres e consentidas pelo menor, serem suscetíveis de prejudicar o seu

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Dias, 2012, p. 711.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Cunha, 2017a, p. 353.

³² Lopes, 2008, p. 115.

³³ Esta tutela não se encontra ausente de críticas, apontando-se o receio de um eventual retorno ao direito penal sexual da moralidade. Veja-se para o efeito, Antunes, 2008, p. 208.

³⁴ Dias, 2012, p. 711; Antunes, 2005, p. 58.

³⁵ Este entendimento, até então consolidado na doutrina é hoje posto em causa com o aditamento do artigo 176.º-C, na Seção II, pela Lei n.º 15/2024, de 29/01, que visando tutelar, a nosso ver, a autodeterminação da identidade de género e expressão de género, criminaliza as práticas forçadas de conversão sexual perpetradas contra qualquer pessoa, independentemente da idade. Assim, com esta inserção sistemática a secção II deixou de tutelar apenas os menores e o bem jurídico da autodeterminação sexual.

³⁶ Cunha, 2016, p. 146.

livre desenvolvimento, por se considerar que ainda lhe falta a capacidade para consentir e, conseqüentemente, exercer de forma plena a sua liberdade sexual.³⁷ No que concerne ao reconhecimento da capacidade de consentimento do menor para a prática de atos sexuais, o legislador graduou esta aquisição consoante a idade. Em regra³⁸, quanto aos menores de 14 anos opera uma proteção absoluta, logo, há uma total ausência de capacidade para consentir em relacionamento sexuais³⁹ e, entre os 14 e os 18 anos, conferiu uma proteção relativa, ao reconhecer ao menor uma gradual “capacidade de, por si só, decidir da sua vida sexual, embora vedando-lhe ainda determinadas condutas”.⁴⁰

Indissociavelmente ligada à faixa etária dos menores, a vulnerabilidade biopsicológica característica do período da adolescência justifica este reforço da tutela penal. Assim, afigura-se essencial compreender que a maturidade, ao se encontrar em desenvolvimento, vai condicionar o momento do reconhecimento da plena capacidade para consentir na prática de determinados atos sexuais.⁴¹

Conceição Cunha, nesta senda, adianta que,

Se os adolescentes podem ter já adquirido muitos conhecimentos, nomeadamente no domínio da sexualidade, tal não significa que tenham maturidade para tomar decisões conscientes, ponderadas e livres. Há diferenças nos ritmos de maturação do sistema emocional e cognitivo, havendo, durante a adolescência, uma forte ativação do sistema emocional e límbico e imaturidade (...) o que se traduz em impulsividade (...) e maior vulnerabilidade a influências externas (...).⁴²

Explicitada esta diferenciação entre o bem jurídico tutelado nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, resta-nos analisar, em harmonia com as conclusões *supra*, o bem jurídico tutelado pelo crime de aliciamento de menores para fins sexuais, aditado pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto e inserido na seção II do capítulo V do CP.

Como vimos anteriormente, quer a nível europeu quer internacional tem-se vindo a observar uma crescente preocupação com o fenómeno da criminalidade sexual cometida através das TIC, justificada pelo seu uso crescente e intensivo por parte dos

³⁷ Cunha, 2017a, p. 353.

³⁸ Para Alfaiate, 2009, p. 90, “nem todas as condutas sexuais praticadas por menores de catorze anos põem de algum modo em perigo o seu livre desenvolvimento ao nível sexual”. No mesmo sentido, Cunha, 2017a, p. 372, invocando que, “se estiverem em causa relações paritárias, não abusivas, sem que haja posições de domínio, não deverá o Direito Penal intrometer-se”.

³⁹ Dias, 2012, p. 834; Cunha, 2017a, pp. 353 e 354.

⁴⁰ Dias, M., 2011, p. 214.

⁴¹ *Ibidem*, p. 211.

⁴² Cunha, 2017a, p. 371.

menores e, simultaneamente, por se revelar “(...) um ambiente (...) muito apelativo para potenciais pedófilos e agressores sexuais, que também aí encontram o necessário secretismo, assim como a possibilidade de ocultarem a sua verdadeira identidade”.⁴³

Nestes termos, a presente norma, ao visar punir o agente, que, sendo maior, alicia, por meio das TIC, o menor para encontro visando a prática dos atos previstos nos n.ºs 1 e 2 do art. 171.º e alíneas a), b) e c) do n.º 1 do art. 176.º, ambos do CP, demonstra a preocupação do legislador em

(...) proteger a vulnerabilidade das crianças, que ainda não possuem maturidade para consentir livremente neste tipo de consumos (de material pornográfico), exposição do seu próprio corpo e relacionamentos sexuais, considerando-se que estas intromissões são suscetíveis de prejudicar o livre desenvolvimento da sua personalidade.⁴⁴

É neste sentido que a doutrina majoritária⁴⁵ quanto ao bem jurídico o qualifica como um crime de perigo abstrato, ou seja, “o tipo não inclui a colocação em perigo do bem jurídico, mas o perigo constitui o motivo da incriminação”.⁴⁶ Assim, consideramos o *child grooming* um processo, no qual o agente estabelece uma ligação emocional com o menor, recorrendo, normalmente, a artifícios, que, aliados à diminuída maturidade, à ingenuidade e à impulsividade na tomada de decisões, sem ponderação dos seus riscos, o coloca numa situação de vulnerabilidade, com o fito de, em última instância⁴⁷, realizarem-se encontros de cariz sexual. Esta situação leva-nos a defender que estas comunicações virtuais de pendor sexual, baseadas num processo de sedução, por vezes subtil, são, de *per si*, suscetíveis de colocar em perigo o bem jurídico do livre desenvolvimento da personalidade do menor, sobretudo na sua esfera sexual.⁴⁸ Consideramos, portanto, legítima esta antecipação da tutela penal, designadamente, na prevenção da prática de atos sexuais de relevo ou de atos pornográficos com menores, cuja personalidade se encontra, ainda, em desenvolvimento, sendo mais suscetíveis de ser ludibriados no ciberespaço.

⁴³ Cunha, 2017b, p. 404.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 405.

⁴⁵ Neste sentido, Albuquerque, 2022, p. 790; Cunha, 2017b, p. 411.

⁴⁶ Albuquerque, 2022, p. 122. Sobre a distinção entre crimes de perigo e crimes de dano, veja-se Carvalho, 2022, pp. 305 e 306.

⁴⁷ Neste sentido, Albuquerque, 2022, p. 790 classifica-o como um crime de ato cortado, ou seja, “o tipo contém uma intenção (“visando”) de realização de um resultado que não faz parte do tipo (...). Portanto, não é necessária a verificação do resultado, basta que o agente tenha essa intenção”.

⁴⁸ Todavia, podemos problematizar, atendendo ao teor das conversações mantidas entre o agente e o menor ou até dos pedidos levados a cabo por aquele, a possibilidade destas condutas já serem lesivas do bem jurídico do livre desenvolvimento do menor, na esfera sexual. Para o efeito, veja-se as expressões utilizadas pelo agente – “quero ver essas mamas e essa cona”, “tens sexo regularmente?”, “lamber te todinha”, “das pica... das tesão”; “metia te d 4 e enfiava o todo”, “espetar-to todo e lewares cm leitinho na boca” – Ac. TRC de 11/12/2019, Rel. Isabel Valongo, Proc. n.º 797/17.9JACBR.C1.

Não obstante aplaudirmos esta neocriminalização, somos críticos, como veremos adiante, da falta de concretização dos conceitos de “aliciamento” e de “atos materiais conducentes ao encontro”, não olvidando, por fim, a problemática da articulação da presente norma com outros tipos legais de crime.

3. A problemática do aliciamento

Nos termos do n.º 1 do art. 176.º-A do CP, é punido com pena de prisão até um ano aquele que, sendo maior, por meio de tecnologias de informação e de comunicação, aliciar menor para encontro visando a prática de atos sexuais de relevo ou de atos de pornografia sexual com menores. Contudo, se o aliciamento for seguido de atos materiais conducentes ao encontro, a pena agrava-se até dois anos.

É de notar que, o aludido tipo incriminador não define o conceito de aliciamento. Neste sentido, face às dificuldades supranacionais⁴⁹ na concretização deste conceito jurídico, demonstra-se de suma importância, para efeitos de enquadramento e avaliação das condutas a ele subsumíveis, ter em conta os contributos da doutrina.

Segundo Erik Planker, *grooming*

é o processo pelo qual alguém estabelece uma ligação emocional com um menor, para conquistar a sua confiança, com o objetivo de abuso ou exploração sexual. (...) Os aliciadores podem utilizar as redes sociais, aplicações de mensagens instantâneas, incluindo aplicações de encontros com adolescentes, ou plataformas de jogos online para se conetarem com o menor.⁵⁰

Neste particular, também Conceição Cunha, citando Suzanne Ost, considera o *grooming* o “processo através do qual um adulto prepara uma criança...e o ambiente que a rodeia para o abuso desta criança”.⁵¹ Para o efeito, Joana Barata salienta que este processo de “sedução” deve

(...) ser entendido como um relacionamento no qual o maior estabelece progressivamente uma relação de confiança com o menor, vai criando uma situação de superioridade e de controlo em relação àquele, sendo a sua intenção última a de propiciar as condições necessárias para o abuso.⁵²

⁴⁹ Embora o conceito de aliciamento se encontre concretizado em determinados ordenamentos jurídicos. Veja-se, a título exemplificativo, o disposto no art. 609-*undecies* do *Codice Penale* italiano, ao considerar como aliciamento “qualquer ato destinado a ganhar a confiança do menor através de artifícios, elogios ou ameaças levados a cabo, inclusivamente, através do uso da *internet* ou de outras redes ou meios de comunicação” – Sanhudo & Campanário, 2021, p. 216.

⁵⁰ Planker, 2015, p. 20 (nossa tradução).

⁵¹ Ost, 2009, p. 37 *apud* Cunha, 2017b, pp. 403 e 404.

⁵² Barata, 2021, pp. 98 e 99.

Com efeito, “esta progressiva construção da relação entre o menor e o agente”⁵³ poderá pautar-se, por exemplo, numa fase inicial, pela construção de uma relação de amizade de modo a desenvolver laços de proximidade e de confiança entre ambos e, numa fase posterior, na tentativa de manter esse relacionamento em segredo, convencendo o menor de que se encontra apaixonado e que o (fictício) romance não seria compreendido por outras pessoas.⁵⁴ Em regra, na formação deste processo, o agente finge uma identidade de modo a ser-lhe mais fácil o contacto com o menor. Uma vez sedimentada essa relação, procede-se à manipulação sexual do menor através, por exemplo, de conversações de teor sexual ou da exposição do menor a material pornográfico, com o fito de se consumir o concreto aliciamento para o encontro sexual real ou virtual.⁵⁵

Acrescentam ainda alguns Autores que

aliciar será todo o comportamento de que se socorre o agente do crime para motivar o menor a encontrar-se com o agressor sexual (promessas de dinheiro, prendas, trabalho (...)) toda a conversa que convença o menor (...) incitamento, seduz o menor, *sextortion* – ameaça de divulgação de imagens íntimas da vítima – etc).⁵⁶

Não obstante se conseguir doutrinalmente definir o conceito de aliciamento, suscitam-se ainda algumas questões, designadamente, a de saber em que momento estas comunicações intercetadas entre o agente e o menor constituem um verdadeiro perigo para o bem jurídico, bem como, que tipo de condutas se configuram como conducentes ao encontro.

Nesta senda, Joana Barata considera preenchido o conceito de aliciamento e legítima a incriminação das conversações mantidas entre o adulto e o menor, nas quais se vise o encontro, nos casos em que seja possível identificar uma “relação disfuncional e desigual” entre o agente, maior de idade, e o menor, isto é, quando o agente exerce uma posição de domínio que se expressa, entre outros, pela considerável disparidade de idades.⁵⁷ Já nos casos em que o agente e o menor desenvolvem um relacionamento de afetividade e quando não se verifique esta ascendência sobre o menor, o contacto sexual entre eles estaria justificado, não se verificando qualquer perigo para o bem jurídico,

⁵³ *Ibidem*, p. 99.

⁵⁴ *Ibidem*; Leal-Henriques & Simas Santos, 2023, p. 601.

⁵⁵ Cunha, 2017b, p. 404.

⁵⁶ Lopes & Milheiro, 2023, p. 304.

⁵⁷ Barata, 2021, pp. 99-101.

contribuindo tais relacionamentos para o saudável desenvolvimento da personalidade do menor.⁵⁸

Neste particular, a Autora, atendendo à redação do tipo legal, pugna pela inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 176.º-A do CP⁵⁹, considerando que “(...) a mera circunstância de um adulto aliciar um menor para um encontro visando a prática de atos sexuais ou para atos pornográficos não é, em si mesmo, danoso para o menor”.⁶⁰ Para além dos casos *supra* referidos, em que não haja uma relação de domínio, mas sim de afeto, a Autora considera, por um lado, que as meras conversações sucedidas de uma eventual proposta de encontro para a prática destes atos “(...) não é mais do que uma *exteriorização de uma vontade*, vontade essa que pode inclusivamente não corresponder a uma *vontade real* do agente”⁶¹ e, por outro lado, a

(...) circunstância de estas conversas não serem muitas das vezes acompanhadas por um encontro efetivo, nem tão-pouco uma tentativa para que esse encontro se chegue a efetivar (...) e, mesmo tendo intenção de se encontrarem com eles [menores], acabam por não levar avante essa ideia,⁶²

não consubstanciam por si condutas que revelem uma perigosidade para o bem jurídico protegido que justifique uma dignidade punitiva.⁶³

Já no que concerne ao disposto no n.º 2 do art. 176.º-A do CP, uma vez que há uma materialização das intenções do agente por via da prática de atos conducentes ao encontro, a Autora supracitada considera já se verificar uma “*palpável ou real*”⁶⁴ perigosidade para o bem jurídico (caso se verifique a referida relação de domínio), na medida em que “(...) o agente já demonstrou mais do que uma *mera intenção*, desenvolvendo atos que tornam credível que o encontro se irá realizar e que a proposta por si formulada é *séria*”.⁶⁵ Contudo, entende que apenas se tem consumado o presente tipo incriminador na circunstância de “(...) existir recetividade do menor e se verifique que existe envolvimento da sua parte, pois caso contrário não existe sequer um perigo abstrato da lesão do bem jurídico protegido”.⁶⁶

Face ao exposto, acompanhamos o entendimento de que, os casos em que o agente comunique, através dos meios de tecnologias de informação e de comunicação, com o menor ou, aproveitando-se de um contacto anterior, da sua iniciativa, proponha ou

⁵⁸ *Ibidem*, p. 101.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 105.

⁶¹ *Ibidem*, p. 108.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 110.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 115.

simplesmente aceite encontrar-se com este para fins sexuais, mesmo que estes não se concretizem^{67/68}, revelam-se suscetíveis de preencher o conceito de aliciamento⁶⁹ e, consequentemente, colocam em perigo o bem jurídico protegido, pois, tal como afirma Sanhudo e Campanário

o preenchimento do conceito “aliciar” deve, neste contexto, aferir-se do prisma da sua perigosidade abstrata objetiva. Não é portanto, relevante se, subjetivamente, a vítima se sentiu aliciada, atraída pelo agente ou mesmo tentada a consentir um encontro.⁷⁰

Logo, o que releva para o efeito, é determinar se aquela conduta abstratamente tem potencial para seduzir o menor para um encontro físico ou virtual para a prática de atos sexuais, sendo irrelevante se o aliciamento teve êxito ou não e se o menor foi recetivo⁷¹, o qual, as mais das vezes se encontra manipulado e incapaz de avaliar os perigos inerentes a estas condutas, em razão da vulnerabilidade típica da idade. Neste sentido, também, somos críticos da conceção da Autora ao considerar que as relações sexuais entre o agente e o menor, ao abrigo de uma relação de afetividade, não são prejudiciais para o menor, pelo facto da Autora se referir ao menor, em sentido amplo, sem atender à idade, pois, tratando-se de menor de 14 anos, a lei confere uma proteção absoluta no que respeita a relacionamentos sexuais com adultos e, para os maiores de 14 anos, embora confira uma proteção relativa, a verdade é que há contactos de cariz sexual que lesam o livre desenvolvimento do menor, na esfera sexual, mesmo que pré-exista uma relação de afeto. Com efeito, abordaremos essa questão mais adiante, quando tratarmos da relação entre o art. 176.º-A e os arts. 172.º e 173.º, ambos do CP.

No que diz respeito à vontade do agente, parece-nos evidente que, na circunstância do maior expressamente demonstrar uma vontade de praticar atos ou encetar conversações com o menor, de natureza sexual, torna-se clara a prova do aliciamento e da intenção do agente, desde logo, através da prova documental destas conversações. Contudo, a problemática da prova da intenção do agente suscita-se quando a conversa não contém um teor sexual ou uma demonstração clara da intenção do agente na prática destes atos. É neste âmbito que se deverá, porventura, chamar à colação a prova indiciária.⁷²

⁶⁷ Sanhudo & Campanário, 2021, p. 219.

⁶⁸ Segundo Lamas Leite, 2016, p. 71, trata-se de um “(...) crime formal ou de mera atividade, que se consuma, por isso, com a mera tentativa de combinar um encontro com um menor com esses desideratos ilícitos (não se exige que o encontro efectivamente se concretize) (...)”.

⁶⁹ Sanhudo & Campanário, 2021, p. 219.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 221.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*, pp. 222 a 224; Barata, 2021, pp. 113 e 114. Para uma vertente prática, veja-se Ac. TRL de 18/12/2019, Proc. n.º 117/17.2PHLRS.L1-3, Rel. João Lee Ferreira.

Por fim, o aliciamento constitui uma forma agravada do crime quando configura já a realização de atos materiais conducentes ao encontro entre o agente e o menor. Com efeito, a doutrina⁷³ e a jurisprudência⁷⁴ têm tido um papel importante na concretização deste conceito, dando como exemplos, a reserva de um quarto de hotel, a compra de um bilhete para se deslocar ao local de encontro com o menor ou enviar-lhe dinheiro para o efeito ou a entrega de um computador para encontros virtuais visando gravações pornográficas. Assim, compreenderá, nas palavras de Lopes e Milheiro, “(...) todo e qualquer ato que materialize o assédio a que o menor está a ser sujeito”.⁷⁵

4. Tecnologias de informação e de comunicação

O tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais caracteriza-se por ser um crime de execução vinculada, ao exigir o recurso às tecnologias de informação e de comunicação pelo agente para perpetrar as condutas aí descritas.⁷⁶

Contudo, não existindo uma definição normativizada pelo legislador, cabe-nos tecer umas breves considerações acerca do mesmo, por se reportar como um meio insidioso que legitima a presente incriminação. Para o efeito, Leal-Henriques e Simas Santos definem-nas como

(...) todos os meios técnicos usados para tratar a informação e auxiliar na comunicação, o que inclui o hardware de computadores, rede, telemóveis (...). Através da internet, novos sistemas de comunicação e informação foram criados, formando uma verdadeira rede. Criações como o e-mail, o chat, os fóruns, a agenda de grupos online (...), as redes sociais, entre outros, revolucionaram os relacionamentos humanos.⁷⁷

Neste sentido, sendo a Internet, designadamente, as redes sociais e os *chatrooms*⁷⁸ um meio preferencial de comunicação, que tem evoluído constantemente no sentido de facilitar o contato entre as pessoas, tendo ainda o benefício de fazê-lo de forma anónima, revela-se um terreno fértil ao cometimento de crimes sexuais com menores que em virtude da sua vulnerabilidade e do carácter apelativo destes meios, torna-os mais propícios de serem vítimas. É neste contexto que Sanhudo e Campanário apresentam

⁷³ Sanhudo & Campanário, 2021, p. 229; Lopes & Milheiro, 2023, p. 305.

⁷⁴ Ac. TRL de 11/12/2019, Proc. n.º 797/17.9JACBR.C1, Rel. Isabel Valongo; Ac. TRL de 18/12/2019, Proc. n.º 117/17.2PHLRS.L1-3, Rel. João Lee Ferreira.

⁷⁵ Lopes & Milheiro, 2023, p. 305.

⁷⁶ Sanhudo & Campanário, 2021, p. 213; Lamas Leite, 2016, p. 71; Freitas, 2019, p. 85; Lopes & Milheiro, 2023, p. 303.

⁷⁷ Leal-Henriques & Simas Santos, 2023, pp. 600 e 601.

⁷⁸ Incluir-se-ão nos conceitos em análise, por exemplo, o Facebook, Instagram, X, Snapchat, Camgo e Omegle – Sanhudo & Campanário, 2021, p. 214.

como solução o recurso pelo legislador à técnica dos exemplos-padrão de modo a adensar este conceito indeterminado.⁷⁹

5. Aliciamento para ato sexual de relevo

A previsão legal do crime de aliciamento de menores para fins sexuais abrange a hipótese típica em que o agente, socorrendo-se das TIC, alicia o menor para encontro visando o cometimento dos atos previstos nos n.ºs 1 e 2 do art. 171.º do CP. Neste sentido, sendo a vítima menor de 14 anos, a prática destes atos consubstancia-se num crime de abuso sexual de crianças. Todavia, tendo a vítima uma idade compreendida entre os 14 e os 18 anos o tratamento jurídico será distinto, como se verá mais adiante. Desta feita, centremo-nos por agora no aliciamento de menores de 14 anos.

5.1. Aliciamento de menores de 14 anos

No que concerne aos menores de 14 anos, diz-nos Pinto de Albuquerque que o “aliciamento é um ato de execução do tipo objetivo do abuso sexual de crianças (...), convertido em elemento típico”.⁸⁰

O crime de abuso sexual de crianças foi introduzido com a Reforma do CP de 1995 e, por isso, como já vimos, exclui-se qualquer conotação moralista, passando os crimes sexuais a tutelar bens jurídicos pessoais. Em súmula, podemos definir o abuso sexual de crianças como qualquer interação entre o agente e o menor que, por via da sua instrumentalização, visa estimular-se e satisfazer-se sexualmente. Para tal, o agente do crime aproveita-se de uma posição de superioridade em relação ao menor e, por conseguinte, da sua imaturidade ou até, por exemplo, da sua relação de dependência para alcançar os seus intentos.⁸¹

Neste sentido, o crime de abuso sexual de crianças lesa gravemente o livre e pleno desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual, uma vez que estes contatos sexuais com menores, em menores ou por menores implicam uma exploração da falta de capacidade de se autodeterminarem sexualmente, inerente à minoridade.⁸² Deste modo, acompanhando as palavras de Paulo Guerra, “o menor violentado na sua sexualidade deixa de poder ser um sujeito do seu próprio destino, da sua própria história sonhada, projectada ou construída”⁸³ na medida em que o abuso

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 214 e 215.

⁸⁰ Albuquerque, 2022, p. 790.

⁸¹ Neste sentido, Guerra, 2006, *et al.*, pp. 40 e 41; Leite, 2004, pp. 41-43.

⁸² “Pretende-se proteger o desenvolvimento sexual das crianças, preservando-as do envolvimento prematuro em atividades sexuais” – Miguez Garcia & Castela Rio, 2018, p. 818; Lopes & Milheiro, 2023, pp. 193 e 194.

⁸³ Guerra, 2006, *et al.*, p. 43.

sexual, enquanto fonte de traumas físicos e psicológicos⁸⁴, irá condicionar o direito a uma infância plena e sem ingerências, que, por conseguinte, interferirá na construção da sua personalidade. Para esse efeito, o legislador fixou como limite etário os 14 anos, presumindo que, em harmonia com as considerações *supra*, o menor de 14 anos ainda não teria capacidade para consentir de forma livre e esclarecida no relacionamento sexual.

Cumpre, ao abrigo do disposto no art. 171.º do CP, compreender, sumariamente, que tipo de ações são consideradas lesivas para o bem jurídico protegido.

Neste particular, o conceito de “ato sexual de relevo” corresponde ao elemento central do tipo objetivo da presente norma incriminadora.⁸⁵ Todavia, a sua definição não é pacífica na doutrina existindo distintas interpretações.⁸⁶ Com efeito, a doutrina tem vindo a dar prevalência à interpretação objetivista, considerando o ato sexual como

todo aquele comportamento que, de um ponto de vista predominantemente objectivo e segundo uma compreensão natural, assume uma **natureza**, um **conteúdo** ou um **significado** directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica.⁸⁷

No entanto, ressalta ainda, e a nosso ver bem, a desnecessidade de se verificar a intenção libidinosa do agente, enquanto critério a atender para a sua definição.⁸⁸ Destarte, o legislador exige que o ato sexual seja de relevo, logo, apenas punirá as condutas que constituam uma ofensa intensa e grave à intimidade e liberdade sexual.⁸⁹ Assim, na esteira de Figueiredo Dias, é de excluir-se os atos “insignificantes ou bagatelares” e os que não representem um “entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima”.⁹⁰ A este propósito, há que os distinguir dos contactos de natureza sexual, que embora sejam praticados sem anuência da vítima não atentam com a mesma gravidade contra o bem jurídico como o ato sexual de relevo.⁹¹ O contacto de natureza sexual pode incluir, a título exemplificativo, um “apalpaço” ou a fricção fugaz em partes do corpo da vítima. Por seu turno, no ato sexual de relevo poder-se-ão enquadrar os toques em partes íntimas do corpo, por baixo da roupa, ou um beijo lingual. Apesar

⁸⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o impacto do abuso sexual nos menores, ver Manita, 2003, pp. 238 e ss.

⁸⁵ Dias, 2012, p. 718.

⁸⁶ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria – *Ibidem*, pp. 718 e 719.

⁸⁷ *Ibidem*; Albuquerque, 2022, p. 724.

⁸⁸ Dias, 2012, p. 719; Alfaiate, 2009, p. 37.

⁸⁹ Miguez Garcia & Castela Rio, 2018, pp. 783 e 784; Leite, 2011, p. 70.

⁹⁰ Dias, 2012, pp. 719 e 720.

⁹¹ Cunha, 2022b, pp. 134 e 145; Dias, 2012, p. 720.

da fronteira entre estes atos suscitarem diversos entendimentos, consideramos necessário, para o efeito, atender-se à duração, intensidade e zona corporal do toque.⁹²

Por sua vez, o n.º 2 da presente norma prevê uma agravação da moldura penal caso o ato sexual de relevo consista em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes de corpo ou objetos.⁹³ Neste particular, estaremos perante atos sexuais de especial relevo por serem suscetíveis de atentar com maior gravidade e intensidade contra o desenvolvimento sexual da criança.⁹⁴

Contudo, embora não seja tema do presente excurso, cumpre salientar que somos defensores da aplicação deste preceito legal não só nos casos em que o menor de 14 anos “consente” no relacionamento sexual com o agente⁹⁵, sendo tal consentimento irrelevante, como também, na eventualidade de o agente constranger por qualquer meio o menor ou de este dissentir, onde, aparentemente, se aplicaria o n.º 2 dos arts. 163.º ou 164.º do CP, agravado em razão da idade, pelo n.º 8 do art. 177.º do CP. No entanto, esta solução, atendendo às molduras legais, levaria a uma punição inferior à prevista nos n.ºs 1 e 2 do art. 171.º do CP, o que nos parecia errado, na medida em que o dissentimento da vítima iria ser menos valorado que o “suposto” consentimento.⁹⁶

Embora se compreenda a proteção conferida aos menores de 14 anos, a consagração do crime de aliciamento de menores para fins sexuais veio criar problemas jurídicos no que respeita à sua articulação com o art. 171.º do CP.

5.2. Articulação entre o artigo 176.º-A e o artigo 171.º do CP

Segundo Sanhudo e Campanário “compreender as relações entre o tipo previsto no artigo 176.º-A do CP e o previsto no artigo 171.º, n.ºs 1 e 2, ambos do CP, implica atender às diferentes fases de execução do crime (...)”.⁹⁷ A este propósito, destacamos, desde já, que vozes da doutrina equacionam como desnecessária a autonomização da criminalização do aliciamento de menores para fins sexuais. Para o efeito, atendendo ao quadro legislativo jurídico-penal anterior à entrada em vigor da Lei n.º 103/2015, que introduziu o art. 176.º-A do CP, considerava-se que o menor de 14 anos face a um aliciamento, por via das TIC para encontros sexuais, não se encontrava protegido, mas somente em caso de tentativa de abuso sexual nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 171.º do

⁹² Para mais desenvolvimentos sobre esta distinção ver Cunha, 2022a, pp. 6 e 7; Dias, 2012, p. 720.

⁹³ Sobre a concretização destes conceitos, veja-se Dias, M., 2011, pp. 224-228; Míguez Garcia & Castela Rio, 2018, pp. 791-794; Leal-Henriques & Simas Santos, 2023, pp. 482 e 483.

⁹⁴ Pereira & Lafayette, 2014, pp. 483 e 484.

⁹⁵ Praia, 2020, p. 66.

⁹⁶ Neste sentido, Cunha, 2016, pp. 152-156. Nos casos em que o agente recorre à violência ou ameaça grave em relação ao menor de 14 anos, o legislador já previu uma moldura mais gravosa pela conjugação do n.º 1 do art. 163.º ou 164.º, com o n.º 8 do art. 177.º, ambos do CP – Cunha, 2016, p. 156 (nota 99).

⁹⁷ Sanhudo & Campanário, 2021, p. 232.

CP em conjugação com os arts. 22.º e 23.º do CP.⁹⁸ Nesta senda, Conceição Cunha demonstrava-se reticente em considerar o aliciamento uma tentativa do presente crime por não se configurar como um verdadeiro ato de execução.⁹⁹ Deste modo, perante tal lacuna, urgia a necessidade de criminalização destes aliciamentos.

Com efeito, não obstante o crime de aliciamento de menores para fins sexuais ter vindo a ser introduzido pela lei *supra*, a verdade é que, também, o art. 171.º do CP sofreu alterações¹⁰⁰ no sentido de prever na alínea a) do seu n.º 3 uma remissão para os atos tipificados no art. 170.º do CP, entre eles, a formulação de propostas de teor sexual. Neste sentido, podemos equacionar se a previsão do aliciamento já se encontraria consagrada nas propostas de teor sexual¹⁰¹, visto que traduzem uma sugestão, convite ou desejo para a prática de atos sexuais, por via de uma mensagem sexualizada e formulada por qualquer meio, entre eles, por meios de comunicação à distância.¹⁰²

Ademais, dispondo a lei que quem importunar menor de 14 anos formulando propostas de teor sexual é punido com uma pena de prisão até três anos, revela um grau de punição mais severo e, por consequência, uma maior proteção do menor, comparativamente com as molduras penais previstas no art. 176.º-A do CP, cujo limite máximo é de dois anos e, para tal, seria necessário que o aliciamento fosse seguido de atos materiais conducentes ao encontro. Neste sentido, consideramos que o destaque dado pelo legislador ao aliciamento por meios tecnológicos, em razão da sua perigosidade, não vingou, e que a sua autonomização, relativamente a menores de 14 anos, era prescindível.

No que respeita à exigência legal da importunação da vítima cabe-nos fazer uma brevíssima referência dada a remissão da alínea a) do n.º 3 do art. 171.º do CP para o art. 170.º do CP. Neste particular, consideramos que será de repensar a formulação do tipo legal, visto que a atual solução de exigir a importunação do menor de 14 anos revela-se incoerente e não se coaduna com o desiderato da proteção do livre desenvolvimento do menor, em particular na esfera sexual, pois, atendendo à presumível falta de maturação do menor, este não terá capacidade para agir livre e conscientemente no campo sexual.¹⁰³

Face ao exposto, embora não se nos afigure correto tal entendimento, o tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais p. e p. no art. 176.º-A do CP apenas terá interesse prático quando se excluir a aplicabilidade da alínea a) do n.º 3 do art. 171.º do CP por não se verificar a importunação do menor.¹⁰⁴ No entanto, caso interpretemos a

⁹⁸ Cunha, 2017b, pp. 410 e 411.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Resultantes da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto que ampliou o âmbito incriminatório do art. 170.º do CP.

¹⁰¹ Cunha, 2017b, p. 412; Barata, 2021, p. 121.

¹⁰² Caeiro & Figueiredo, 2016, p. 270.

¹⁰³ Dias, M., 2011, pp. 230 e 231; Cunha, 2017b, pp. 412 e 413.

¹⁰⁴ Cunha, 2017b, pp. 413 e 414.

“importunação” em sentido amplo, por se considerar que há sempre importunação do menor pelas razões *supra*, então, mais uma vez o aditamento do art. 176.º-A do CP manifestar-se-á como desnecessário.

6. Aliciamento de menores entre os 14 e os 18 anos

Como foi salientado anteriormente, o tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais visa punir o agente que, aliciando menor para encontro, por meio de tecnologias de informação e de comunicação, vise a prática de quaisquer dos atos compreendidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 171.º do CP. Neste sentido, uma vez analisada a problemática ligada aos menores de 14 anos, debruçamo-nos agora na proteção conferida aos menores entre os 14 e os 18 anos face a estes aliciamentos para encontros sexuais.

6.1. Articulação entre o artigo 176.º-A e os artigos 172.º e 173.º do CP

No que concerne ao aliciamento para fins sexuais de menores entre os 14 e os 18 anos, em particular, entre os 16 e os 18 anos, atenderemos à difícil articulação entre a norma em estudo e os tipos legais que constam da secção II. Tal como defende Joana Barata “esta especial dificuldade advém do facto de os menores com mais de 16 anos serem tratados como adultos no que aos restantes crimes sexuais diz respeito”.¹⁰⁵ Apesar do presente estudo ter um cunho marcadamente teórico, para efeitos de exposição do problema partiremos de hipóteses práticas adiantadas pela doutrina. Assim, supondo, por exemplo, que um adulto de 50 anos alicia, via redes sociais, um menor de 16 ou 17 anos para um encontro sexual, que acaba por se concretizar, discutir-se-á a eventual responsabilidade jurídico-penal do agente.¹⁰⁶ ¹⁰⁷ Desde logo, uma vez verificados os elementos objetivos e subjetivos do tipo legal, o agente será punido pelo aliciamento, nos termos do n.º 1 ou n.º 2 do art. 176.º-A do CP, consoante se verifique ou não a prática pelo agente de atos materiais conducentes ao encontro.¹⁰⁸ Saliente-se que o agente é maior de 18 anos e a vítima menor de 18 anos.

Todavia, a problemática relaciona-se com a punição da relação sexual consumada. Para tal, há que colocar várias hipóteses. Neste sentido, partindo da premissa de que a

¹⁰⁵ Barata, 2021, p. 128.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 129; Cunha, 2017b, p. 415.

¹⁰⁷ Note-se que os presentes exemplos pressupõem relacionamentos sexuais consentidos. Na hipótese de a vítima ser alvo de violência, ameaça grave ou constrangimento, aplicar-se-ia o disposto nos artigos 163.º ou 164.º do CP, consoante a natureza do ato.

¹⁰⁸ Suscitando dúvidas quanto à aplicação do tipo legal nos casos de consentimento do menor – Barata, 2021, pp. 129 e 130.

vítima teria 16 ou 17 anos, podemos sem delongas excluir a aplicação do disposto no art. 171.º do CP, visto que se destina a menores de 14 anos. Por outro lado, hipoteticamente poder-se-ia questionar se o presente caso caberia no âmbito de aplicação do art. 172.º do CP, que prevê a punição do abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável. Para o efeito, sem que pretendamos ser exaustivos, há que tecer umas breves considerações sobre o mesmo. A presente norma, introduzida pela reforma de 1995, visa acautelar o livre desenvolvimento da personalidade do menor, entre os 14 e os 18 anos, em particular na esfera sexual, que em razão da idade e da especial relação de dependência ou confiança com o agente carece de uma especial proteção.¹⁰⁹

Com efeito, até à Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, a presente norma apenas tutelava os menores que eram vítimas de agentes que abusavam da especial relação estabelecida para educação ou assistência daquele. Desta feita, podíamos concluir que no caso prático vertido a consumação dos atos sexuais não seria punível.

Contudo, esta alteração legislativa, alargando o âmbito incriminatório com o propósito de conferir uma maior proteção à vítima, ampliou o leque de modalidades de ação. Assim, a alínea a) no n.º 1, na sequência da redação originária, pretende tutelar as relações de confiança *supra* a par das responsabilidades parentais e as alíneas b) e c) tutelam “(...) a vítima em situações que a colocam numa posição particularmente vulnerável para ser ‘alvo’ de um agressor sexual”.¹¹⁰

No caso em concreto, atendendo às hipóteses tipificadas, poderíamos equacionar a eventual aplicação da alínea b) do n.º 1, que pune o abuso das relações de manifesta confiança ou até de influência sobre o menor. Nesta senda, sendo a *ratio* da incriminação a tutela do menor que em virtude da intensa relação ou do domínio psicológico exercido pelo agente o torna mais predisposto a avanços sexuais do agressor¹¹¹, consideramos como possível a subsunção do *online grooming* no seu âmbito normativo, atendendo às considerações por nós já desenvolvidas sobre a caracterização do processo de aliciamento.¹¹² Além disso, o presente tipo incriminador exige que o agente seja maior de idade e a vítima um menor entre os 14 e os 18 anos – o que se verifica na hipótese prática. No entanto, se considerarmos que no presente caso o agente aliciador não abusa de qualquer posição de confiança ou de influência sob o menor, ou se abusa, esta não é manifesta, não será possível preencher alguma das condutas criminalizadas no art. 172.º do CP e regressaríamos de novo ao vazio legal *supra* aludido.

¹⁰⁹ Antunes, 2012, p. 846.

¹¹⁰ Lopes & Milheiro, 2023, p. 233.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 233 e 234.

¹¹² Em sentido semelhante, *Ibidem*, p. 234.

Por outro lado, problematiza-se a hipótese de aplicação do disposto no art. 173.º do CP, que visa tutelar o livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual, “(...) em face de um processo fraudulento e enganoso de sedução utilizado pelo agente”.¹¹³ O tipo objetivo consiste na prática consensual de ato sexual de relevo entre um agente maior de 18 anos e um menor entre os 14 e os 16 anos, com abuso da sua inexperiência.¹¹⁴ No que concerne à noção de “abuso de inexperiência” são vários os entendimentos e as interpretações dadas. Neste sentido, embora alguns autores¹¹⁵ associem esta (in)experiência ao início da vida sexual do menor ou ao “desconhecimento teórico sobre a sexualidade”¹¹⁶, tendemos a concordar com a posição defendida por Conceição Cunha no sentido de se dever atender “[à] experiência em sentido global (vulnerabilidade) ao invés da sua identificação com a virgindade da vítima”.¹¹⁷ Todavia, no caso supramencionado, mesmo que considerássemos que existia um abuso de inexperiência, o facto de a vítima ter 16 ou 17 anos obsta à aplicação do art. 173.º do CP, visto que o seu âmbito de proteção restringe-se aos menores entre os 14 e os 15 anos. Assim, mais uma vez estaríamos perante um vazio legal no que respeita à punibilidade dos atos sexuais consumados.

Lateralmente, a este propósito, cumpre realçar que o alargamento do tipo legal do art. 172.º do CP, operado pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, veio criar um problema de articulação com o art. 173.º do CP, suscitando a dúvida quanto à eventual (des)necessidade deste último.¹¹⁸ No nosso entendimento, discutir-se-á a possibilidade do “abuso da inexperiência” do menor poder ser subsumível nas hipóteses de “abuso de influência ou de confiança” ou “particular vulnerabilidade” do menor previstas nas alíneas b) ou c) do n.º 1 do art. 172.º do CP. Para o efeito, apontamos para a similitude entre o abuso de uma posição de confiança ou influência sobre o menor, que, atendendo a fatores como a maioridade do agente, a admiração e a confiança do menor, condicionam a sua liberdade sexual e potenciam a prática de atos sexuais, e o abuso de inexperiência, que, interpretado de forma ampla, relaciona-se com a menoridade e a falta de maturidade do menor, não apenas numa perspetiva sexual.

No que respeita à alínea c), a verdade é que nos parece destinar-se a situações específicas e de especial gravidade, relacionadas com a saúde ou deficiência do menor e ainda, por exemplo, a situação de gravidez ou de abandono. Todavia, perante as dificuldades interpretativas da presente alínea seria preferível a eliminação da exigência

¹¹³ Albuquerque, 2022, p. 776.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ A título exemplificativo, veja-se Albuquerque, 2022, p. 777.

¹¹⁶ Pacheco, 2016, p. 176.

¹¹⁷ Cunha, 2022b, p. 155; Pacheco, 2016, pp. 171 e ss.

¹¹⁸ Cunha, 2022b, p. 155.

da “particular” vulnerabilidade, permitindo a subsunção do abuso de inexperiência do menor nesta alínea.¹¹⁹

Além disto, no confronto entre ambas as normas, atendendo a que o art. 172.º do CP consagra uma tutela mais abrangente, em termos de idade, e uma moldura penal mais severa, prevendo comportamentos mais graves, o art. 173.º do CP poderá ser consumido por este, a menos que se interprete o art. 172.º do CP de modo muito restritivo.¹²⁰

Num segundo plano, consideramos que o art. 176.º-A do CP peca por excesso, pois na hipótese de o agente que alicia o menor de 16 ou 17 anos para encontro visando a prática de atos sexuais ter apenas 18 ou 19 anos, a respetiva incriminação seria igualmente aplicável. Ora, no nosso entendimento, esta solução parece-nos excessiva atendendo à diferença de idades entre o agente e a vítima. Assim, adotamos a posição de Conceição Cunha no sentido de que, “(...) se estiverem em causa relações paritárias, não abusivas, sem que haja posições de domínio, não deverá o Direito Penal intrometer-se”.¹²¹ Logo, apenas nas situações de dependência ou de superioridade de um sujeito em relação ao outro, que deveriam estar expressamente previstas no preceito legal, é que se deve punir estes aliciamentos, visto que esta manipulação dos jovens é uma realidade constante e característica do processo de sedução dos adolescentes.

Perante a atual redação e sistematização dos tipos legais de crime, parece-nos existir uma certa incoerência e insegurança, visto que haverá casos em que o aliciamento será criminalizado, mas a consumação dos atos sexuais não: neste último caso referido, porque mesmo face a uma interpretação ampla dos elementos do art. 172.º do CP não chegaríamos à criminalização dos atos sexuais (pois estamos perante uma relação paritária), mas eventualmente também noutras situações em que não haja tal relação paritária, se se fizer uma interpretação restritiva do art. 172.º do CP. Nesta senda, face a estas lacunas de punibilidade, uma hipótese defensável seria a do alargamento da tutela do art. 173.º do CP, elevando a idade da vítima até aos 18 anos, em razão da vulnerabilidade e do desigual ritmo do desenvolvimento físico, cognitivo e emocional até esta idade.¹²² A par, considerando a dessintonia entre os tipos legais, sufragamos a desnecessidade da autonomização do art. 176.º-A do CP, podendo o aliciamento, por via das TIC¹²³, ser introduzido nos arts. 172.º e 173.º do CP de forma a antecipar a tutela penal e, por consequência, estaria dependente dos mesmos pressupostos quanto à idade

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Clarificamos que, se interpretarmos restritivamente as alíneas do art. 172.º do CP, é concebível a coexistência de ambos os preceitos legais. Contudo, se a interpretação não for tão restrita, haverá uma sobreposição de normas e uma relação de consunção entre elas. Para mais desenvolvimentos acerca desta matéria, ver Faria, 2017, pp. 381-395.

¹²¹ Cunha, 2017b, p. 417.

¹²² *Ibidem* pp. 415-417. Para mais desenvolvimentos sobre a extensão desta tutela até aos 18 anos, ver Pacheco, 2012, pp. 24-30.

¹²³ Inerente à elevada perigosidade e importância que tem para os menores em comparação com outros meios possíveis.

e quanto ao tipo de relação entre o agente e o menor, designadamente, o abuso de influência, de confiança ou de inexperiência.¹²⁴ No entanto, com o alargamento do âmbito incriminatório do art. 172.º do CP, parece-nos duvidosa a vigência do art. 173.º do CP, atendendo ao explanado *supra*, sendo talvez preferível eliminar o art. 173.º do CP (evitando dúvidas e sobreposição de normas) e alargar o art. 172.º do CP ainda um pouco mais (para evitar dúvidas), referindo, na alínea c) do n.º 1, o abuso de vulnerabilidade do menor.

6.2. Articulação entre o artigo 176.º-A e o artigo 170.º do CP

Referimos anteriormente que, da remissão da alínea a) do n.º 3 do art. 171.º para o disposto no art. 170.º, ambos do CP, resulta a criminalização da importunação sexual contra menores de 14 anos. Todavia, sendo a vítima um menor entre os 14 e os 18 anos a sua eventual proteção ocorrerá por força do disposto no art. 170.º do CP. Ademais, equacionando como possível a integração do aliciamento na formulação de propostas de teor sexual, resultarão também daqui dificuldades de articulação entre o art. 176.º-A do CP e o art. 170.º do CP, por duas ordens de razão que passamos agora a explicar.

Por um lado, se dúvidas houvesse no que respeita à exigência legal da verificação da importunação do menor de 14 anos, para os de idade superior é clara, para efeitos de consumação do ilícito, a exigência da importunação, bem como, do constrangimento. Neste sentido, visto que no crime de aliciamento de menores para fins sexuais não está consagrada tal exigência, revelar-se-ia útil a autonomização do preceito legal ao conferir uma tutela penal mais ampla para estes menores.¹²⁵ Por outro lado, no que concerne às molduras penais, embora se verifique uma certa “sobreposição” entre as normas ao preverem ambas uma pena de prisão até um ano, o disposto no art. 176.º-A do CP revela ser mais protetor destes menores ao consagrar uma agravação da moldura penal no caso do aliciamento ser seguido de atos materiais conducentes ao encontro.

Face ao exposto, apesar de sermos críticos da introdução do tipo legal do aliciamento de menores para fins sexuais por conferir uma proteção mais reduzida para os menores de 14 anos do que a alínea a), do n.º 3 do art. 171.º do CP, por sua vez, consideramos o seu regime mais benéfico para os menores com idades superiores aos 14 anos.¹²⁶

¹²⁴ Cunha, 2017b, pp. 417 e 418.

¹²⁵ Saliente-se que a especial proteção conferida aos menores vai diminuindo com o seu crescimento. Desta feita, o art. 170.º do CP trata por igual os menores (entre os 14 e os 18 anos) e os maiores de 18 anos.

¹²⁶ Ainda que exista uma relação de dependência, o n.º 2 do art. 176.º-A do CP confere uma maior proteção em comparação com a punição prevista no n.º 2 do art. 172.º que remetendo para o n.º 3 do art 171.º, ambos do CP, abrange as propostas de teor sexual.

7. Aliciamento para ato de pornografia sexual

O art. 176.º-A do CP veio tipificar, também, o aliciamento de menor com recurso às TIC visando o encontro para a prática dos atos tipificados nas alíneas a), b) e c) do art. 176.º do CP. Assim, cumpre tecer algumas considerações sobre o crime de pornografia de menores, restringindo o nosso estudo às respetivas alíneas.

O presente tipo incriminador foi introduzido pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, e, pese embora não preveja uma nova incriminação, na medida em que alguns comportamentos previstos na aludida norma já se encontravam tipificados no crime de abuso sexual de crianças, representa uma autonomização.¹²⁷ Todavia, foi objeto de diversas alterações legislativas, com vista a garantir uma maior proteção do menor, por via de sucessivas ampliações do âmbito incriminatório e das agravações das molduras penais.¹²⁸ A criminalização da pornografia de menores assume-se, no essencial, como um instrumento de combate das redes pedófilas. Não obstante o desenvolvimento das TIC potenciar a sua prática, dificultou a sua deteção e investigação.¹²⁹ Atendendo à sistematização da presente norma, dir-se-á que o bem jurídico tutelado será o livre desenvolvimento do menor, em particular na sua esfera sexual. Contudo, como veremos *infra*, esta questão é objeto de uma querela doutrinal.¹³⁰

Antes de mais, torna-se imperioso definir o que se deve entender por conteúdo pornográfico de modo a compreendermos a noção de pornografia de menores, que outrora não se encontrava positivada na lei. Assim, segundo Míguez Garcia e Castela Rio, “será pornográfica a representação grosseira da sexualidade que faz das pessoas um qualquer objeto despersonalizado para fins predominantemente sexuais”.¹³¹ Por sua vez, considera-se pornografia de menores, nos termos do n.º 8 do art. 176.º do CP, “todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo”¹³², tendo como objetivo a satisfação de instintos sexuais.¹³³

No que respeita ao tipo objetivo de ilícito, este é preenchido através de várias modalidades de ação. Para o efeito, a doutrina distingue entre a utilização direta e utilização indireta de menores.¹³⁴ Assim, nas alíneas a) e b) do n.º 1 criminaliza-se a utilização direta do menor em espetáculo pornográfico, fotografia, filme ou gravação

¹²⁷ Antunes & Santos, 2012, p. 878.

¹²⁸ Para mais desenvolvimentos desta matéria, veja-se Antunes & Aires de Sousa, 2019, pp. 239-242.

¹²⁹ Para o efeito, veja-se Rodrigues, 2011, pp. 275 e ss.

¹³⁰ Antunes & Santos, 2012, p. 880.

¹³¹ Míguez Garcia & Castela Rio, 2018, p. 833.

¹³² A presente noção acompanha o conceito já previsto em determinados instrumentos internacionais, entre eles, a Convenção de Lanzarote no seu n.º 2 do art. 20.º.

¹³³ “(...) (excluindo-se do conceito outros fins, como seja de cariz médico, científico, artístico ou de investigação criminal, por exemplo)”. – Lopes & Milheiro, 2023, p. 271.

¹³⁴ Lopes & Milheiro, 2023, pp. 269 e ss.

pornográfica, independentemente do seu suporte ou o aliciar para esses fins.¹³⁵ Deste modo, ao exigir-se uma intervenção direta do menor nos factos ou aliciando para a sua participação¹³⁶ há nitidamente uma lesão do bem jurídico do livre desenvolvimento do menor, na esfera sexual.¹³⁷

Por seu turno, a alínea c) consubstancia uma utilização indireta do menor ao visar criminalizar a produção, distribuição, exportação, divulgação, exibição, cedência ou disponibilização a qualquer título ou por qualquer meio os materiais pornográficos *supra*. Neste âmbito, suscitam-se dúvidas¹³⁸ acerca do bem jurídico efetivamente tutelado.¹³⁹

Para o efeito, tendemos a considerar que a dignidade punitiva destas condutas entronca, ainda que remotamente, no livre desenvolvimento do menor, em particular na sua esfera sexual. No nosso entendimento, não obstante a utilização direta do menor em conteúdos de cariz sexual revele uma lesão mais grave ao desenvolvimento da personalidade do menor, sobretudo na esfera sexual, na verdade, bem andou o legislador ao tipificar as condutas previstas na alínea c), tendo em vista prevenir a proliferação da divulgação de conteúdos pedopornográficos e o seu respetivo consumo. Sem prejuízo de se pretender combater as redes de pedofilia que, associadas ao desenvolvimento constante das TIC, comercializam de modo intensivo estes materiais e garantem um acesso simples, rápido e gratuito, podemos considerar que a própria divulgação da imagem do menor é suscetível de afetar o seu livre desenvolvimento sexual, visto que a capacidade de consentir na exposição do seu corpo ainda se encontra condicionada pela vulnerabilidade e imaturidade inerente à menoridade.¹⁴⁰

Neste sentido, por via desta criminalização procede-se a uma “tutela antecipada do interesse superior da criança, e do seu direito a ser acautelado o seu bem-estar físico e psíquico”¹⁴¹, visto que a inserção do menor no mercado pornográfico poderá, a nosso ver, por um lado, ser suscetível de desencadear um despertar precoce e irrealista para a vida sexual e, por outro lado, normalizar e incentivar os consumidores de pornografia de índole pedófila à prática de atos sexuais proibidos por lei, com menores.

Por tudo quanto se expôs, somos impelidos a concluir que tanto o crime de pornografia de menores, como o nosso tipo legal em estudo punem condutas que são de tal modo nocivas para o desenvolvimento do menor que, aliadas muita das vezes a uma

¹³⁵ Sobre estes conceitos, veja-se Rodrigues, 2011, p. 268.

¹³⁶ Lopes & Milheiro, 2023, p. 269.

¹³⁷ Posição consensualmente adotada pela doutrina – veja-se, por exemplo, Antunes & Aires de Sousa, 2019, p. 248.

¹³⁸ Esta problemática impõe-se de igual modo na alínea d). Contudo, não será objeto do nosso estudo.

¹³⁹ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria e dos diferentes posicionamentos, veja-se Antunes & Sousa, 2019, pp. 249-255.

¹⁴⁰ Cunha, 2022b, pp. 159 e 160.

¹⁴¹ Lopes & Milheiro, 2023, p. 272.

intenção lucrativa, podem desencadear um fenómeno de criminalidade transfronteiriça, como é o caso do tráfico de menores.¹⁴²

Desta feita, embora consideremos que se justifica o destaque dado pelo legislador ao aliciamento por via das TIC, tendo em conta a perigosidade e a frequência do seu uso, concluímos que a sua autonomização veio criar um problema de articulação com o crime de pornografia de menores, como adiante veremos.

7.1. Articulação entre o artigo 176.º-A e as alíneas a), b) e c) do número 1 do artigo 176.º CP

Cumprido, no que concerne ao critério da idade, salientar que em ambos os preceitos legais, a vítima será menor de 18 anos, havendo, todavia, agravações das molduras penais do n.º 1 do art. 176.º do CP consoante a vítima seja menor de 16 ou 14 anos, nos termos dos n.ºs 7 e 8 do art. 177.º do CP. Nesta senda, somos críticos da ausência destas circunstâncias agravantes para o crime de aliciamento de menores para fins sexuais.¹⁴³ Quanto ao agente, no crime de pornografia de menores pode ter 16 anos ou mais, enquanto no tipo legal em estudo exige-se que seja maior de 18 anos.

A divergência de idades do agente nos diferentes tipos legais suscita de imediato uma incongruência, pois no caso de um agente aliciar um menor para um dos atos compreendidos nas alíneas a), b) e/ou c) do n.º 1 do art. 176.º do CP, a lei atribui soluções distintas consoante a idade. Assim, na eventualidade, por exemplo, de o agente do crime ter 17 anos poderá ser-lhe aplicada a pena prevista neste preceito sendo-lhe vedada a possibilidade de aplicação do disposto no art. 176.º-A do CP, mas, situação distinta já será se o agente tiver 50 anos, onde se pode aplicar a moldura penal do art. 176.º ou do art. 176.º-A, ambos do CP. Deste modo, verifica-se a possibilidade de um menor (com 16 ou 17 anos), enquanto agente do crime, ser punido pelo art. 176.º do CP e, assim, com uma pena mais severa, não podendo nunca ser punido pelo art. 176.º-A do CP, que, apesar de consagrar uma moldura penal inferior, exige a maioridade do agente.¹⁴⁴ Ora, esta solução parece-nos desprovida de qualquer sentido visto que a censurabilidade do maior deverá ser superior.

Ademais, como é sabido, antes do aditamento do art. 176.º-A do CP pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, a proposta feita por um adulto para a utilização do menor em material pornográfico, *rectius*, “utilizar o menor em espetáculo pornográfico” e “utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos” já se encontrava

¹⁴² Cunha, 2017b, p. 406.

¹⁴³ O legislador apenas consagrou para o crime de aliciamento de menores para fins sexuais a agravação prevista no n.º 4 do art. 177.º do CP – ou seja, se o crime for cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas, a pena será agravada de um terço, nos seus limites mínimo e máximo.

¹⁴⁴ Barata, 2021, p. 120.

criminalizada nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 176.º do CP mediante a previsão e punição do aliciamento. E, pese embora a norma não se refira expressamente ao recurso às tecnologias de informação e comunicação, mas apenas a “aliciar para esse fim”, entende-se que tal aliciamento poderá ser feito através de qualquer meio, incluindo-as.¹⁴⁵

Neste sentido, o aditamento do art. 176.º-A do CP, ao prever o aliciamento com recurso às TIC para encontro visando a prática de quaisquer dos atos compreendidos nestas alíneas do n.º 1 do art. 176.º do CP, veio criar um problema de concurso aparente, visto que esta conduta já se encontrava coberta por este preceito legal.¹⁴⁶

Assim, na prática, na hipótese de um menor ser aliciado através das TIC para a prática dos atos visados, discutir-se-á se será de aplicar o disposto neste preceito legal ou no art. 176.º do CP. Ora, a resposta a esta questão invoca uma análise da coexistência dos dois aliciamentos. Tal como afirma Conceição Cunha, poderia pensar-se que existia uma relação de especialidade¹⁴⁷ entre os tipos legais caso o legislador intencionalmente consagrasse o art. 176.º-A do CP para punir mais gravemente o aliciamento *online* “atenta a sua especial frequência e perigosidade”.¹⁴⁸ Todavia, se compararmos as molduras penais previstas no art. 176.º-A e no n.º 1 do art. 176.º, ambos do CP, concluímos que num caso de aliciamento enquadrável em ambas as normas será de aplicar o crime de pornografia de menores, cuja a moldura abstrata é mais severa.¹⁴⁹ É neste sentido que, acompanhando Conceição Cunha, consideramos a desnecessidade da autonomização desta incriminação.¹⁵⁰

No que respeita ao disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 176.º do CP, ao contrário do disposto nas alíneas anteriores, não resulta da sua leitura qualquer menção ao aliciamento do menor para qualquer dos atos aí descritos. Contudo, cremos que a incriminação p. e p. pelo art. 176.º-A do CP não se coaduna com o disposto nesta alínea, pois, sendo a tentativa de produção e disponibilização de materiais pornográficos já criminalizada no n.º 9 do art. 176.º do CP – e de forma mais severa comparativamente ao disposto no art. 176.º-A do CP – e considerando que esta possa consumir o aliciamento, poder-se-á questionar o efeito útil da incriminação. Neste particular, embora Conceição Cunha equacione a aplicação deste dispositivo aos casos de “aliciamento que não chegue ao estágio da tentativa”¹⁵¹ parece-nos difícil o estabelecimento de tal fronteira.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 118; Cunha, 2017b, pp. 409 e 410; Sanhudo & Campanário, 2021, p. 234.

¹⁴⁶ Cunha, 2017b, p. 413.

¹⁴⁷ Para desenvolvimento desta matéria ver Albuquerque, 2022, p. 240.

¹⁴⁸ Cunha, 2017b, pp. 413 e 414.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 414.

¹⁵⁰ *Ibidem*; Barata, 2021 p. 120.

¹⁵¹ Cunha, 2017b, p. 414.

Num segundo plano, consideramos, também, impercetível a solução consagrada no art. 176.º-A do CP, ao prever uma moldura penal inferior para o agente maior de idade que alicie menor por meio das TIC para encontro visando, por exemplo, que este disponibilize a qualquer título ou por qualquer meio materiais pornográficos, em comparação com a punibilidade da tentativa das condutas previstas na alínea c), que pode ter como agente um menor e cuja moldura penal é consideravelmente superior.¹⁵²

Em suma, perante as dificuldades e incongruências na articulação das normas e consequente inoperância do crime de aliciamento de menores para fins sexuais em razão das molduras penais inferiores, afigura-se adequado, a nosso ver, a eliminação deste tipo legal. Assim, face à sobreposição destas normas, a doutrina considera como mais coerente a eliminação da expressão “aliciar para esse fim” prevista nas alíneas do art. 176.º do CP e, por conseguinte, autonomizar na própria norma a previsão dos casos de aliciamento com recurso às TIC.¹⁵³

¹⁵² *Ibidem*, pp. 410 e 414.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 417; Sanhudo & Campanário, 2021, pp. 249 e 250.

IV. O aliciamento de menores para fins sexuais na prática dos tribunais

Aqui chegados, torna-se pertinente fazer uma breve resenha de casos jurisprudenciais, através da análise de diversos acórdãos decididos em sede nacional, acerca das temáticas que nos propusemos analisar e dos respetivos posicionamentos adotados ao longo do presente estudo.

No Ac. do TRC de 11/12/2019¹⁵⁴, o arguido A. foi condenado, em primeira instância, em nove meses de prisão, pela prática de um crime de aliciamento de menores para fins sexuais e absolvido da prática de um crime de pornografia de menores p. e p. pela alínea b) do n.º 1 do art. 176.º agravado pelos n.ºs 6 e 14 do art. 177.º e de um crime de pornografia de menores p. e p. pelos n.ºs 5 e 14 do art. 176.º, ambos do CP.

Todavia, inconformado com esta decisão, o arguido decide recorrer para o TRC, alegando que os elementos objetivos e subjetivos da presente norma incriminadora não se encontram preenchidos e que o Tribunal *a quo* foi deficitário na fundamentação da sentença e no exame crítico das provas.

Para o efeito, o arguido A., na motivação do recurso invocou, em síntese, que o Tribunal acriticamente deu como provados os factos constantes da acusação, desconsiderando por completo “todo o contexto, toda a narrativa e mensagens trocadas entre o arguido e a ofendida”¹⁵⁵, designadamente, as rejeições aos encontros por parte deste e, ainda, as declarações da ofendida onde afirmou que não se “sentia aliciada pelo arguido” nem que este “quisesse levar a cabo qualquer ato de cariz sexual consigo”.¹⁵⁶ Assim, considerou que as conversações interceptadas com a menor de 15 anos não eram suscetíveis de “prejudicar o livre e harmonioso desenvolvimento da personalidade da menor na sua esfera sexual”.¹⁵⁷

No que respeita à matéria de direito, o arguido alegou, por um lado, que a sentença é omissa quanto à condenação, já que desconhecia se a mesma se subsume aos n.ºs 1 ou 2 do art. 176.º-A do CP e, por outro lado, considerou inobservado o preenchimento do tipo legal, uma vez que este exige um *modus operandi* específico – o recurso às TIC – e no caso, o arguido recorreu apenas ao envio de mensagens, em formato SMS e sem recorrer a qualquer camuflagem da sua identidade. Considerou, ainda, que das suas conversações com a menor não resulta qualquer intenção de praticar alguma das condutas compreendidas nos n.ºs 1 e 2 do art. 171.º do CP ou das alíneas do art. 176.º do CP – o que obstará à verificação do tipo subjetivo de ilícito quanto ao dolo.

¹⁵⁴ Proc. n.º 797/17.9JACBR.C1, Rel. Isabel Valongo.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

No acórdão recorrido, o TRC deu como provado que o arguido A., agente da GNR, no decurso de um pedido de ajuda pela mãe da menor, entregou à ofendida o seu contacto pessoal para que esta o contactasse caso ocorressem novamente agressões no seio escolar. Neste sentido, o arguido iniciou conversações com a menor, das quais se destacam as seguintes mensagens enviadas pelo arguido: “mandas ou não as fotos?; quero ver essas mamas e essa cona”, “tens sexo regularmente?”, “lamber te todinha”, “das pica... das tesão”; “metia te d 4 e enfiava o todo”, “ espetar to todo e levares cm leitinho na boca”.^{158/159} Ademais, deu-se como provado a insistência do arguido para que a menor colocasse um nome diferente no seu contacto e mantivesse as suas conversas em segredo e que as apagasse. Por sua vez, via WhatsApp, Facebook e Instagram, a menor enviou “fotos dos seus seios e vagina ao arguido face à insistência do mesmo para que o fizesse (...), assim como, o arguido enviou à ofendida foto dos seus abdominais e do seu pénis”.¹⁶⁰ Por fim, provou-se ainda a intenção do arguido em se encontrar com a menor, na sua casa ou em outro local, propondo, para o efeito, pagar-lhe o transporte.

Face ao exposto, bem andou o TRC ao manter o acórdão recorrido. Desde logo, consideramos em harmonia com o explanado neste estudo, que o tipo legal se encontra preenchido, visto que os comportamentos levados a cabo pelo arguido concretizam, a nosso ver, o *child grooming*. De facto, no caso vertido, assistimos a um processo de atração desencadeado pelo maior (arguido), que, numa primeira fase, passou pelo desenvolvimento de uma relação de proximidade e confiança com a menor, visto que esta se encontrava num período de debilidade. Uma vez estabelecido este relacionamento, o agente começou a colocar-lhe questões típicas de um relacionamento amoroso, designadamente de cariz sexual e a persuadi-la a enviar fotografias íntimas. Concomitantemente, conquistada a confiança da menor e incapaz de perceber o abuso, o arguido manipulava a vítima para que esta mantivesse estas conversações em segredo.

No que respeita à forma de execução do aliciamento esta encontra-se preenchida na medida em que o arguido recorreu às redes sociais e a mensagens enviadas através de telemóvel (SMS) para encetar as conversações com a menor. O facto de o agente revelar a sua identidade à menor não exclui a aplicação do tipo legal em apreço, visto que a ocultação da sua verdadeira identidade serve apenas de artifício que facultativamente o agente pode utilizar para facilitar as conversações. Neste sentido, alertamos, mais uma vez, para a perigosidade da utilização do ciberespaço em matéria de criminalidade sexual.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Quanto à intensidade do “ataque” destas condutas para o bem jurídico – ver nota 47.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

O presente caso corrobora, ainda, a ideia por nós já defendida de que a consumação do tipo legal não depende de a vítima se sentir efetivamente aliciada ou excitada pelo maior, nem tampouco de o aliciamento ter êxito. Logo, será suficiente que a conduta do arguido se revele apta a aliciá-la e, por sua vez, basta que manifeste, implicitamente, as suas intenções que, *in casu*, seria a prática de atos sexuais consigo.

No Ac. do TRL de 18/12/2019¹⁶¹, o arguido recorre de uma condenação pelo crime de aliciamento de menores para fins sexuais p. e p. pelo n.º 1 do art. 176.º-A do CP, impugnando a decisão em matéria de facto, por considerar que o Tribunal, erroneamente, tendo apenas por base presunções e regras de experiência comum, deu como provado que o arguido seria o único titular e utilizador das redes sociais, das quais advieram as mensagens trocadas com a menor. Alega, também, o inadequado enquadramento jurídico dos factos provados, por ser manifesto que das conversações tidas com a menor não resulta qualquer convite para um encontro visando a prática de atos sexuais nem qualquer intenção para o efeito.

Todavia, o TRL negou provimento ao recurso do arguido e confirmou na íntegra a sentença recorrida. Para o efeito, no que concerne à titularidade das redes sociais, andou bem o Tribunal ao considerar que estas pertenceriam exclusivamente ao arguido, atendendo ao facto de serem tituladas pelo nome do arguido e acompanhadas da sua data de nascimento. Além disso, seria dúbio que o arguido autorizasse um terceiro a utilizar o seu telefone, em vários dias, por diversas horas, para encetar as conversações com a menor. Deu-se ainda como provado que o arguido ludibriou a vítima, informando de que teria 16 anos, sendo, na verdade, maior de idade. Assim, o presente acórdão é novamente ilustrativo do terreno armadilhado e facilmente manipulável que é o ciberespaço.

Num segundo plano, quanto ao elemento subjetivo do tipo de ilícito, pese embora o arguido não tenha expressamente convidado a vítima para um encontro para a prática de ato sexual e tenha demonstrado uma ausência de vontade em fazer mal ou forçar a menor a fazer algo que esta não quisesse, não exclui o facto de este ter reiteradamente conversado com a menor sobre conteúdos sexuais, seguidos de pedidos insistentes de se encontrarem, aos quais a menor não anuiu e, para levarem a cabo

(...) um relacionamento íntimo e de carinho (“só os dois sozinhos, à vontade” “pra te ver bem e feliz pra relaxares e descontraíres cmgo e pra te sentires amada e acarinhada” “asserio eu adrt bue e gosto bue d ti”), em local reservado e da disponibilidade do arguido (“trazer-te a minha casa”) (...).¹⁶²

¹⁶¹ Proc. n.º 117/17.2PHLRS.L1-3, Rel. João Lee Ferreira.

¹⁶² *Ibidem*.

Neste sentido, em consonância com o TRL, resulta do teor e da interpretação conjunta das conversações mantidas, que os intentos do arguido era de levar a cabo um encontro com a menor de 14 anos com o desiderato de praticar atos sexuais de relevo p. e p. pelos n.ºs 1 ou 2 do art. 171.º do CP. Na verdade, tratando-se de um crime de perigo abstrato e de mera atividade¹⁶³, consideramos que a conduta do arguido em manter estes contactos, sabendo da idade e vulnerabilidade da menor e salientando a inexistência de qualquer obstáculo ao relacionamento sexual entre eles, coloca em perigo o bem jurídico do livre desenvolvimento da personalidade da menor, em particular na esfera sexual, pelos motivos já expostos em sede própria. Salienta-se ainda, a desnecessidade do arguido expressar diretamente os seus desígnios¹⁶⁴ e de efetivamente o encontro se vir a concretizar, visto ser suficiente o mero aliciamento.

No Ac. do STJ de 22/02/2018¹⁶⁵, perante a panóplia de questões abordadas, foquemo-nos apenas na problemática de articulação da presente norma em estudo com o disposto no art. 171.º do CP. *In casu*, o arguido vinha condenado por diversos crimes, entre eles, pela prática de um crime de aliciamento de menores para fins sexuais e de vários crimes de abuso sexual de criança. Todavia, inconformado recorreu diretamente para o STJ para que procedesse “(...) à redução das penas parcelares aplicadas bem como da consequente pena única aplicada (...)”.¹⁶⁶

Para o efeito, deu-se como provado que o arguido, em contacto com a menor pelo Facebook, enviava-lhe mensagens, tratando-a por amorzinho, dizendo-lhe que era perfeita, que se queria encontrar com esta e que ainda trocavam entre eles fotografias desnudados. Nas conversas, o arguido utilizava ainda expressões como: “foda” e “espeter até ao fundo”.¹⁶⁷ Além do mais, o arguido e a menor de 13 anos encontraram-se em diversos locais no qual o arguido, beijou-a, “apalpou-lhe os seios, as nádegas e a vagina” e ainda, “sem o uso de preservativo, introduziu o seu pénis erecto na vagina da menor AA, aí o friccionando em movimento de vaivém”.¹⁶⁸

Neste sentido, o STJ, mantendo a condenação pelos crimes de abuso sexual de criança, absolve-o do crime de aliciamento de menores para fins sexuais por considerar e, a nosso ver bem, que uma vez consumado o crime previsto nos n.ºs 1 e/ou 2 do art. 171.º do CP, a incriminação pelo art. 176.º-A do CP seria consumida por aquele.

¹⁶³ Posição também assumida pelo TRL.

¹⁶⁴ “Os factos inerentes ao elemento subjectivo, do foro interno do agente, inferem-se, por presunções naturais e judiciais, da demais factualidade provada” – *Ibidem*.

¹⁶⁵ Proc. n.º 351/16.2JAPRT.S1, Rel. Francisco Caetano.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

Em suma, a par do escasso tratamento jurisprudencial do tema, depreendemos da leitura conjugada destes acórdãos que a interpretação do tipo legal é dúbia e complexa e carece de uma nova redação ou quiçá de ser revogada em virtude da existência de outros tipos legais de crime que já consagram estas situações.

Conclusão

Ao longo da presente investigação pretendemos dar algum protagonismo a uma norma introduzida pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, que, face às injunções dos instrumentos internacionais, veio criminalizar as novas formas de abuso e exploração sexual de menores perpetradas por adultos, através do recurso às TIC – o aliciamento de menores para fins sexuais. Todavia, o tratamento dado pelo legislador e pela jurisprudência parece-nos ficar aquém da sua atual e verdadeira importância.

Neste sentido, pretendemos realçar alguns aspetos abordados neste estudo.

Assim, apontámos, num primeiro momento, para os desafios no sentido de contrabalançar as vantagens que as TIC nos proporcionam e os perigos que acarretam, em particular as redes sociais, permitindo o anonimato dos seus utilizadores e o fácil contacto entre potenciais exploradores sexuais e os menores, enquanto vítimas mais propícias a ser manipuladas.

Clarificamos, também, o conceito de aliciamento, que, apesar de indeterminado, consiste na adoção de uma série de comportamentos que visam desenvolver uma ligação emocional com o menor e torná-lo mais permeável à prática de atos de cariz sexual. Comportamentos estes que, explorando a vulnerabilidade e a imaturidade do menor, colocam em perigo o seu livre e harmonioso desenvolvimento, em particular na esfera sexual.

Contudo, tal como procurámos demonstrar, com o desenvolvimento da investigação, embora esta incriminação pretenda conferir uma antecipação da tutela penal, em boa verdade, apresenta incoerências no confronto com outros tipos legais de crime, o que a torna quase inaplicável. Entendemos, por isso, dever apresentar algumas soluções para resolver estes problemas.

Primeiramente, concluímos que o aliciamento para encontro visando a prática de quaisquer dos atos compreendidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 171.º do CP carece de um tratamento jurídico distinto consoante a idade da vítima. Neste sentido, sendo a vítima menor de 14 anos, estaremos no âmbito dos abusos sexuais. Assim, por força da remissão para o art. 170.º do CP, a alínea a) do n.º 3 do art. 171.º do CP prevê a punição da formulação das propostas de teor sexual com uma moldura penal mais protetora para o menor do que o art. 176.º-A do CP. Logo, considerando aí integrado o aliciamento, a sua autonomização revela-se desnecessária. No entanto, tendo o menor mais de 14 anos, a tutela penal conferida pelo art. 170.º do CP será inferior em comparação com a do art. 176.º-A do CP, ao exigir a prova da importunação do menor e ao prever uma moldura penal inferior. Nesta medida, reconhecemos a utilidade desta neocriminalização para estes casos.

Ainda nesta sede, concluímos que a principal dificuldade prende-se com a proteção conferida aos menores com mais de 14 anos face à consumação destes atos sexuais, visto que o art. 176.º-A do CP pune apenas o seu aliciamento. Na verdade, atendendo à configuração dos tipos legais de crime, estes menores apenas estarão protegidos se se verificar alguma das relações especiais previstas no art. 172.º do CP ou um abuso de inexperiência do menor nos termos do art. 173.º do CP.

Para o efeito, atendendo às características do aliciamento, considerámos que a relação estabelecida entre o agente e o menor que foi *groomed* constitui, frequentemente, um abuso de uma posição de confiança ou de influência. Por outro lado, no que concerne ao abuso de inexperiência, em sentido *lato*, abrange o aproveitamento levado a cabo pelo adulto no âmbito das TIC.

Assim, para evitar eventuais contradições/desarticulações entre os tipos legais, consideramos que seria preferível a previsão do aliciamento nas próprias disposições legais que criminalizam os atos sexuais, ficando dependente dos mesmos pressupostos, ao invés de se autonomizar a criminalização do aliciamento. Não sendo assim, o aliciamento para fins sexuais perpetrado por um adulto, com uma diferença significativa de idade face a um menor de 16 anos seria punível pelo art. 176.º-A do CP, mas a consumação dos atos sexuais não, se se fizer uma interpretação restritiva do art. 172.º do CP. Solução semelhante teria, também, a hipótese de o agente do aliciamento para fins sexuais ser um jovem de 18 ou 19 anos e a vítima um menor de 16 ou 17 anos, onde se exigiria, para a criminalização dos atos sexuais, a existência de uma relação de superioridade ou de domínio, mas já não para a punição do aliciamento. Com efeito, embora defendamos que a primeira situação descrita possa ser enquadrada na previsão do art. 172.º do CP, seria prudente, de modo a dissipar quaisquer dúvidas, o alargamento do tipo legal através da eliminação da exigência da “particular” vulnerabilidade e, consequentemente, poderia eliminar-se o art. 173.º do CP, por se tornar desnecessário. No que respeita à segunda hipótese descrita, a presente problemática seria igualmente evitada com a presente sugestão: não havendo qualquer das relações de “domínio” previstas no art. 172.º do CP, não se preencheria nem este tipo legal de crime, nem haveria punição pelo aliciamento.

Já no caso de o aliciamento de menores ter em vista a prática de algum dos atos previstos nas alíneas a) a c) do art. 176.º do CP, ambos os tipos legais partilham da mesma exigência – a vítima ser menor de 18 anos. Todavia, constatámos que a criminalização do aliciamento já se encontra prevista nas alíneas a) e b), propiciando um problema de concurso aparente, perante o qual pugnamos pela aplicação do crime de pornografia de menores, cuja pena é mais grave. No que respeita à alínea c), pese embora o aliciamento não esteja expressamente consagrado, também a moldura da tentativa do

art. 176.º do CP é superior, devendo a sua aplicação prevalecer face ao art. 176.º-A do CP. Por estes motivos, consideramos como desnecessária a previsão do aliciamento num tipo legal autónomo, estando este já criminalizado no art. 176.º do CP.

Deste modo, finda esta investigação, não nos restam dúvidas em afirmar que o tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais, com recurso às TIC, p. e p. nos termos do disposto no art. 176.º-A do Código Penal Português, não se articula adequadamente com os outros crimes que protegem o mesmo bem jurídico. Neste sentido, apelamos para um olhar mais atento do legislador no tratamento destas questões, particularmente sensíveis, como é a criminalidade sexual contra menores, e ansiamos por uma futura alteração legislativa.

Bibliografia

- ABRANTES, A. C. S. (2016). *O problema do aliciamento de menores através da internet para fins sexuais*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto.
- ALBERTO, I., CARMO, R. do & GUERRA, P. (2006). *O abuso sexual de menores – uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- ALBUQUERQUE, P. P. de (2022). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a edição (atualizada). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALFAIATE, A. R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M. da C. (2004). *Consentimento e acordo em direito penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. J. (2005). Crimes contra menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, pp. 57-71.
- ANTUNES, M. J. (2008). Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores. *Revista do CEJ. Jornadas sobre a revisão do Código Penal*. 1.^o semestre, n.^o 8 (especial), pp. 205-211.
- ANTUNES, M. J. (2012). Comentário ao art. 172.^o. In Dias, J. F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo I, 2.^a edição, pp. 846-851. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. J. & SANTOS, C. (2012). Comentário ao art. 176.^o. In Dias, J. F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo I, 2.^a edição, pp. 878-886. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. J. & AIRES DE SOUSA, S. (2019). Da relevância da identificação do bem jurídico protegido no crime de pornografia de menores. *RPCC*, n.^o 2, maio-agosto, pp. 239-264.
- BARATA, J. R. (2021). A conformidade constitucional da criminalização do aliciamento de menores para fins sexuais (*child grooming*) e a sua necessidade no ordenamento jurídico português: problemas e reflexões à luz da teoria geral do direito. *Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.^o 14, julho-dezembro, pp. 79-140.
- CAEIRO, P. & FIGUEIREDO, J. M. (2016). Ainda dizem que as leis não andam: Reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau. *RPCC*, ano 26, n.^{os} 1 a 4, janeiro-dezembro, pp. 235-294.
- CARVALHO, A. T. de (2022). *Direito penal, Parte geral: Questões fundamentais. Teoria geral do crime*, 4.^a edição. Porto: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, M. C. F. da (1995). *Constituição e crime: Uma perspetiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, M. C. F. da (2016). Do dissentimento à falta de capacidade para consentir. In Cunha, M. C. F. da (coord.). *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 129-166. Porto: Universidade Católica Editora.

- CUNHA, M. C. F. da (2017a). Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. *RJLB*, n.º 3, pp. 345-376.
- CUNHA, M. C. F. da (2017b). Da Criminalização do “grooming”: Reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”. In Costa, J. F. [et al.] (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I – *Direito penal. Studia Iuridica*, vol. 108, Ad Honorem – 8, pp. 399-418.
- CUNHA, M. C. F. da (2022a). Breve reflexão sobre um tema complexo: o abuso sexual de crianças, *Justiça com A*, 50.º Edição, pp. 6-7. [Consultado em 13/01/2024]. Disponível em <https://issuu.com/justicacoma/docs/junho22/6>.
- CUNHA, M. C. F. da (2022b). *Os crimes contra as pessoas: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*, 2.ª edição, Porto: Universidade Católica Editora.
- DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 163.º. In Dias, J. F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*, tomo I, 2.ª edição, pp. 714-742. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 164.º. In Dias, J. F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*, tomo I, 2.ª edição, pp. 743-755. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 171.º. In Dias, J. F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*, tomo I, 2.ª edição, pp. 832-845. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. F. & ANTUNES, M. J. (2012). Comentário ao art. 173.º. In Dias, J. F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*, tomo I, 2.ª edição, pp. 852-864. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. F. (2012). Nótula antes do art. 163.º. In Dias, J. F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*, tomo I, 2.ª edição, pp. 708-713. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. F. (2019). *Direito penal, Parte geral: Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*, tomo I, 3.ª edição. Coimbra: Gestlegal Editora.
- DIAS, M. do C. S. M. S. (2011). Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade. *Revista do CEJ*, 1.º semestre, n.º 15, pp. 209-259.
- FARIA, M. P. R. de (2017). *Formas Especiais do Crime*. Porto: Universidade Católica Editora.
- FREITAS, P. (2019). O aliciamento de menores para fins sexuais: da criminologia ao Código Penal português. In *Direito na lusofonia. Direito e novas tecnologias*, vol. 2, pp. 81-88. Universidade do Minho. https://issuu.com/comunicadireito/docs/lusofonia_no_5_vol2_web.
- FÜLLGRAF, J. B. G. (2001). *A infância de papel e o papel da infância*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Educação na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.
- GARCIA, M. & RIO, J. M. C. (2018). *Código Penal: Parte geral e especial com notas e comentários*, 3.ª edição (atualizada). Coimbra: Edições Almedina.
- LEAL-HENRIQUES, M. & SIMAS SANTOS, M. (2023). *Código Penal anotado, Parte especial*, 5.ª edição. Lisboa: Rei dos Livros.

- LEITE, A. L. (2016). As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas. *Revista Julgar*, n.º 26, pp. 61-74.
- LEITE, I. F. (2004). *Pedofilia: Repercussões das novas formas de criminalidade na Teoria Geral da Infracção*. Coimbra: Edições Almedina.
- LEITE, I. F. (2011). A tutela penal da liberdade sexual. *RPCC*, n.º 1, janeiro-março, pp. 29-94.
- LOPES, J. M. (2008). *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- LOPES, J. M. & MILHEIRO, T. C. (2023). *Crimes sexuais: Análise substantiva e processual*, 4.ª edição. Coimbra: Edições Almedina.
- MANITA, C. (2003). Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual. In *Cuidar da justiça de crianças e jovens – A função dos juizes sociais. Actas do Encontro*, pp. 229-253. Coimbra: Almedina.
- OST, S. (2009). Child pornography and sexual grooming – Legal and societal responses. In *Cambridge Studies in Law and Society*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PACHECO, M. B. (2012). *O crime de atos sexuais com adolescentes – Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da in experiência da vítima*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto.
- PACHECO, M. B. (2016). A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescentes. In Cunha, M. C. F. da (coord.). *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 167-183. Porto: Universidade Católica Editora.
- PEREIRA, V. S. & LAFAYETTE, A. (2014). *Código Penal anotado e comentado – Legislação conexa e complementar*, 2.ª edição. Lisboa: Quid Juris.
- PLANKEN, E. (2015). Child sexual abuse on line: Grooming. In *Promoção e proteção dos direitos das crianças na área da justiça*. Direção-Geral da Política de Justiça, novembro, pp. 20-24. <http://fecong.d.org/pdf/crianca/DireitosCriançasJustica.pdf>.
- PRAIA, J. de M. C. (2020). *O crime de abuso sexual de crianças: Bem jurídico, necessidade da tutela penal, perigo abstrato*. Coimbra: Edições Almedina.
- PRENSKY, M. (2001). Digital natives, digital immigrants Part 1. *On The Horizon*, vol. 9, n.º 5, outubro, pp. 1-6. MCB University Press. <https://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf>.
- RODRIGUES, A. P. (2011). Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital. *Revista do CEJ*, n.º 15, pp. 261-291.
- SÁNCHEZ, R. & LINHARES, S. C. (2014). A dimensão transnacional do fenómeno *child grooming* e sua receptividade no ordenamento jurídico-penal pátrio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 107, março-abril, pp. 231-261.
- SANHUDO, J. M. & CAMPANÁRIO, R. M. (2021). Iniquitações em torno do crime do aliciamento de menor para fins sexuais (artigo 176.º-A do Código Penal). *Revista do Ministério Público*, n.º 165, janeiro-março, pp. 203-253.

WHYTE, J. (2014). Cibercrime, abuso sexual de crianças e pornografia infantil. *In Manual de boas práticas para as comissões de proteção de crianças e jovens – E todas as entidades que trabalham em prol dos direitos das crianças*, pp. 76-87. Porto: Associação Projeto Criar.

Jurisprudência consultada

- Ac. do TRL de 18/12/2019 – Rel. João Lee Ferreira – Proc. n.º 117/17.2PHLRS.L1-3.
<https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/934421e22b80e9a8802584ff0059f266?OpenDocument&Highlight=0,aliciamento,de,menores,para,finsexuais>.
- Ac. do TRC de 11/12/2019 – Rel. Isabel Valongo – Proc. n.º 797/17.9JACBR.C1.
<https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b434fabd21331094802584ef0041eb7d?OpenDocument>.
- Ac. do STJ de 22/02/2018 – Rel. Francisco Caetano – Proc. n.º 351/16.2JAPRT.S1.
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8d3ce88f5654aadd8025823d0058a17b?OpenDocument>.

Outras referências

- Eurostat Regional Yearbook, 2023 edition.
<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/15234730/17582411/KS-HA-23-001-EN-N.pdf/5d783d9e-9cb3-897c-8360-5122563ae8f3?version=4.0&t=1699442930975>.
- LUSA. Estudo revela que 86% dos jovens portugueses estão viciados nas redes sociais, 48% dos pais sentem-se culpados por não protegerem os filhos. *Jornal Expresso*, 30/05/2023.
<https://expresso.pt/sociedade/tecnologia/2023-05-30-Estudo-revela-que-86-dos-jovens-portugueses-estao-viciados-nas-redes-sociais-48-dos-pais-sentem-se-culpados-por-nao-protegerem-os-filhos-643d3043>.

As participações recíprocas

Mariana Bárbara Branco Guerra

Sob a orientação do Professor
Doutor José Engrácia Antunes

Agradecimentos

Só me foi possível escrever esta Dissertação devido ao apoio, carinho e esperança que me foram dados ao longo destes meses.

À minha Mãe, que sempre quis que eu fosse o meu melhor e me deu a oportunidade de prosseguir os meus estudos.

Ao meu orientador, o Professor Doutor José Engrácia Antunes, que me guiou nesta etapa e me auxiliou a concluí-la.

Às minhas amigas, amigos e família, que, mesmo quando não o sabiam, foram fontes de clareza e descanso quando eu mais precisava.

À Dáli e ao Kiko, os meus patudos, que muitas sextas fizeram ao meu lado enquanto escrevia.

Por fim, às *Boygenius*, por terem criado a banda sonora ideal.

Resumo

Esta Dissertação de Mestrado dedica-se ao estudo das relações de participações recíprocas, modelo de coligação societária regulada no Título VI do Código das Sociedades Comerciais. Começaremos por analisar as participações recíprocas numa visão geral, sendo que, de seguida, iremos aprofundar a figura relativamente às suas principais duas modalidades, dando ênfase a certas questões que têm tendência a gerar interpretações várias na doutrina.

Palavras-chave: sociedades coligadas; participações recíprocas; participações recíprocas simples; participações recíprocas qualificadas; dever de comunicação; proibição de aquisição de participações; paralisação de direitos sociais.

Abstract

The present dissertation is dedicated to the study of cross-shareholdings, a model of corporate coalition regulated in Title VI of the Portuguese Commercial Companies Code. We will begin by analysing reciprocal shareholdings from a general point of view, after which we will go into the two main categories of this figure, emphasising certain issues that have tended to generate various interpretations in the doctrine.

Keywords: group-affiliated companies; cross-shareholdings; simple cross-shareholdings; complex cross-shareholdings; duty to communicate; prohibition on acquiring shareholdings; paralysation of shareholder's rights.

Lista de siglas e abreviaturas

ACE	Agrupamento Complementar de Empresas
AKTG	<i>Aktiengesetz</i>
CC	Código Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DL	Decreto-Lei
LSC	<i>Ley de Sociedades de Capital</i>
ss.	seguintes
TRLSA	<i>Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas</i>
TUF	<i>Testo Unico della Finanza</i>

Advertência

Deixamos apenas as seguintes notas: quando referimos um artigo e este não é sucedido por uma sigla, este pertence ao Código das Sociedades Comerciais; e, ao longo deste trabalho, foram utilizados como referência textos em língua estrangeira, cuja tradução ficou ao nosso cargo e pela qual nos responsabilizamos.

Índice

1. Introdução	6
2. As participações recíprocas	7
2.1. Noção geral	7
2.2. Fundamentos da sua regulação	7
2.3. O cruzamento de participações no direito comparado	10
2.4. A figura no direito português	11
2.4.1. O âmbito formal de aplicação	12
2.4.2. O âmbito espacial de aplicação	12
2.4.3. Conclusão	13
2.5. As diferentes modalidades das participações recíprocas	14
2.5.1. As participações recíprocas simples e qualificadas	14
2.5.2. Outras modalidades	14
3. As participações recíprocas simples	16
3.1. Noção geral	16
3.2. Pressupostos	16
3.3. Regime jurídico	18
3.3.1. O dever de comunicação	18
3.3.2. A paralisação dos direitos sociais	21
3.3.3. A responsabilidade da administração e da gerência	23
4. As participações recíprocas qualificadas	26
4.1. Noção geral	26
4.2. Pressupostos. A relação de domínio em particular	26
4.3. Regime jurídico	29
4.3.1. Aspetos gerais	29
4.3.2. Sociedades anónimas	30
4.3.3. Sociedades por quotas	35
5. Conclusão	37
6. Bibliografia	28

1. Introdução

Após um primeiro contacto com esta matéria, apercebemo-nos que esta figura é a ponta de um iceberg: a sua estatuição relativamente simples no CSC não dá a entender que esta seja uma figura que, embora de grande utilidade para sociedades que queiram acompanhar o desenvolvimento económico uma da outra, promove riscos, tanto para o capital social, como para os restantes sócios e para os credores sociais. Na verdade, as participações recíprocas não são uma figura nova e, de certa forma, acabam, compreensivelmente, por ser pouco aprofundadas na maioria dos principais manuais e monografias de Direito Societário. Por isto, tomámos interesse em explorar e refletir sobre as participações recíprocas e seu regime, tendo-as escolhido como tema desta Dissertação de Mestrado.

Começaremos por introduzir o tema, oferecendo uma noção básica inicial, os principais motivos pelos quais o legislador sentiu a necessidade de regular esta figura, uma breve alusão às opções legislativas de alguns ordenamentos jurídicos europeus, o contexto normativo português do capítulo onde as participações recíprocas se inserem e as suas modalidades. De seguida, exploramos com mais detalhe a dicotomia do cruzamento de participações, em particular os seus pressupostos, algumas questões interpretativas relativas a certas normas e algum possível esquecimento do legislador aquando da criação e manutenção deste regime.

Assim, e com toda a nossa humildade, esperamos ter conseguido expor esta disciplina com clareza e ter contribuído, de alguma forma, para o seu desenvolvimento.

2. As participações recíprocas

2.1. Noção geral

A relação de participações recíprocas é uma modalidade de coligação societária (art. 482.º b)) essencialmente regulada no art. 485.º, sendo que duas sociedades estão numa relação de participações recíprocas a partir do momento em que ambas são titulares de participações no capital uma da outra e cujos montantes perfaçam o mínimo de 10% do capital de cada sociedade participada (art. 485.º/1). A partir do momento em que o valor das ações ou quotas detidas atinge essa percentagem, a primeira sociedade a receber a comunicação que consta do art. 484.º/1 fica impedida de adquirir novas participações na correspondente sociedade (art. 485.º/2). Se o fizer, essas aquisições não serão nulas, porém as quotas ou ações que excedam o patamar de 10% terão os direitos sociais a elas inerentes suspensos e os seus gerentes ou administradores poderão vir a ser responsabilizados, pelo art. 510.º/2, pelos prejuízos que a sociedade possa ter sofrido em virtude da situação (art. 485.º/3).

2.2. Fundamentos da sua regulação

A utilidade desta figura é relativamente simples. Se tivermos duas sociedades, já envolvidas economicamente e interessadas no bom prosseguimento da atividade uma da outra, e que queiram assegurar a estabilidade e a continuidade das suas relações económicas, uma hipótese de propiciar esta situação é através da aquisição mútua de participações sociais¹. A este propósito, Engrácia Antunes caracteriza a relação de participações recíprocas como um “instrumento jurídico-financeiro privilegiado de cooperação e de concentração de sociedades”² e Gomes Ramos³ apresenta os grupos de sociedades como uma forma de obter vantagens económicas, financeiras e jurídicas, por permitirem o fornecimento de matérias-primas e a repartição dos riscos de exploração empresarial apenas com a realização de um pequeno investimento.

Apesar dos seus benefícios, esta figura também apresenta riscos e acaba por ser algo indesejável⁴. Engrácia Antunes⁵ e Gomes Ramos⁶ classificam os riscos em duas categorias: os perigos de índole patrimonial e os de natureza organizativa. Os primeiros remetem para uma ideia de que a reciprocidade de participações entre sociedades pode vir a colocar em causa a constituição e a conservação dos seus capitais sociais, enquanto

¹ Ventura, 1978, p. 373.

² Antunes, 2002b, p. 376.

³ Ramos, 2023, p. 353.

⁴ Ventura refere a existência de opiniões no sentido de as participações recíprocas constituírem uma prática “viciosa e perniciosa” (Ventura, 1978, p. 374).

⁵ Antunes, 2002b, p. 378.

⁶ Ramos, 2023, p. 357.

os segundos inferem a possibilidade de deixar de haver uma fiscalização recíproca entre os órgãos de administração e os de deliberação⁷. No entanto, não obstante os efeitos negativos que esta figura comporta, Ventura afirma que mesmo quem critica as relações de reciprocidade não defende a sua proibição, referindo a posição de Sanchez: negar a possibilidade de duas sociedades adquirirem mutuamente participações seria proibir também as participações recíprocas de valor baixo, que auxiliam a compreensão e a execução de acordos entre essas sociedades⁸.

Cabe aqui mencionar a afinidade entre as participações recíprocas e as autoparticipações. As autoparticipações, ou seja, aquelas participações que são adquiridas por uma sociedade comercial no seu próprio capital (arts. 220.º e 316.ºss), não têm, como as heteroparticipações, uma contrapartida que vá repor, no seu património, os bens ou valores que foram alocados às suas aquisições. Sendo o valor das participações definido pelo património da sociedade e havendo uma diminuição desse património na aquisição, verifica-se que não existe uma contrapartida que vá tomar o lugar dos bens ou valores despendidos. Assim, Engrácia Antunes⁹ estabelece que as autoparticipações levam a que o valor do capital social seja ficcionado, no sentido de que estas ações ou quotas próprias se limitam a ir integrar o património da sociedade, mas acabam por não o enriquecer, pois o seu valor depende diretamente do valor desse exato património. Outro perigo desta figura, apontado pelo mesmo autor, é o facto de a própria sociedade (mais concretamente, os seus gerentes ou administradores), com estas aquisições em si mesma, poder sobrepor a sua vontade à dos sócios, subvertendo aqui os princípios legais da organização social¹⁰.

As autoparticipações vêm aqui à colação, pois acabam por ter semelhanças com as participações recíprocas, nomeadamente quanto aos seus efeitos patrimoniais¹¹ e na organização societária das sociedades envolvidas, tanto que Engrácia Antunes chega a apelidar o cruzamento de participações de autoparticipações impuras¹². Ventura refere que há doutrina alemã que entende que, matematicamente, “as participações recíprocas correspondem ao número de ações próprias resultante dos produtos das respetivas percentagens”¹³, pois, de facto, as participações recíprocas também ficcionam a criação de riqueza no capital social de ambas as sociedades, mas sem realmente o valorizarem¹⁴

⁷ Oliveira, 2018, p. 39.

⁸ Ventura, 1978, p. 374.

⁹ Antunes, 2002b, p. 378-379.

¹⁰ Também neste sentido Cordeiro, 2023, p. 357-358 e 669-670.

¹¹ Ventura, 1978, p. 398.

¹² Antunes, 2002b, p. 380.

¹³ Ventura, 1978, p. 374.

¹⁴ Note-se o seguinte exemplo: duas sociedades anónimas, A e B, cada uma com um capital social avaliado em um milhão de euros, decidem efetuar um aumento de um milhão de euros nos respetivos capitais subscrevendo, cada uma, a totalidade das ações da outra. Neste caso é notório que o mesmo milhão serviu

e, devido a isto, também põem em causa a sua conservação. Quanto a este último ponto, os modelos matemáticos demonstram que a reciprocidade de participações reduz o valor de garantia¹⁵ do capital social das sociedades envolvidas “no montante igual ao produto da multiplicação das percentagens das participações recíprocas”¹⁶, ou seja, as participações recíprocas atuam “como uma redução global dos ativos de ambas”.¹⁷ Por isto, Perestrelo de Oliveira afirma que “tudo se passa como se, indiretamente, a sociedade se tornasse sócia de si própria, com a inerente redução da garantia conferida pelo capital social”¹⁸, enquanto que os sócios, patrimonialmente, não são afetados¹⁹.

As participações recíprocas, tal como as autoparticipações, também possibilitam a subversão da organização da sociedade devido aos arts. 259.º e 405.º, que determinam que os gerentes e administradores devem gerir as atividades da sociedade obedecendo às deliberações dos sócios. Isto é, quando a reciprocidade seja de montante significativo, a gerência ou administração da sociedade detentora dessas participações fica legitimada a interferir na estrutura organizativa da respetiva sociedade²⁰.

Tendo em conta os riscos mencionados, percebe-se a necessidade que o legislador sentiu em regular a figura das participações recíprocas e até em o fazer num sentido dissuasor. Aliás, Engrácia Antunes²¹ aponta o facto de, visto os efeitos jurídicos desta figura terem várias semelhanças com os efeitos das aquisições de autoparticipações, os regimes de ambas deveriam ter sido articulados entre si, em vez de ter o legislador optado por regimes bastante distintos. Além do mais, apenas foram regulados os casos de participações recíprocas entre sociedades independentes, isto é, foram excluídas da letra da lei as situações em que existem sociedades em relação de reciprocidade estando, simultaneamente, numa relação de domínio²². Não bastando isto, o mesmo autor, relativamente às situações em que sociedades participadas reciprocamente e titulares de autoparticipações em simultâneo, defende que a melhor solução é a regra da dedutibilidade das autoparticipações²³, ou seja, estas não devem ser tidas em conta na

para aumentar ambos os capitais sociais para o montante de dois milhões, sem que realmente haja cobertura no respetivo capital social (Antunes, 2002b, p. 381). Ventura acrescenta: “verdadeiramente, as participações recíprocas produziram uma criação recíproca e indireta de ações próprias, pois um certo número de ações de A estaria no património de A através das ações de B em carteira de A e vice-versa” (Ventura, 1978, p. 399).

¹⁵ E esse valor de garantia depende diretamente da quantidade de participações detidas que sejam cruzadas entre as sociedades, tal como depende do montante de autoparticipações adquiridas.

¹⁶ Antunes, 2002b, p. 382. O autor exemplifica da seguinte maneira: duas sociedades cujos capitais sejam 100% subscritos pela outra sociedade não têm ativos, pois o capital de uma apenas representa o património da outra e vice-versa. É exatamente o que sucederia se fosse uma só sociedade que detivesse 100% das suas próprias participações.

¹⁷ Ventura, 1978, p. 399.

¹⁸ Oliveira, 2018, p. 39.

¹⁹ Ventura, 1978, p. 401.

²⁰ Antunes, 2002b, p. 384-385 e Gomes, 2012, p. 373.

²¹ Antunes, 2002b, p. 389.

²² *Ibidem*, p. 390.

²³ *Ibidem*, 2003, p. 279.

avaliação do capital social de uma sociedade participada. Ventura, quando explica esta posição doutrinal, exemplifica com o caso de uma sociedade que adquire todas as participações que emite, sem possuir qualquer outro ativo, acabando por este ser zero²⁴.

2.3. O cruzamento de participações no direito comparado

As participações recíprocas começaram por ser totalmente proibidas em vários ordenamentos jurídicos devido aos perigos a elas associados²⁵ e como reforço à interdição de aquisição de autoparticipações²⁶.

No século XX, a regra mais estabelecida, relativamente às relações de reciprocidade, foi a de apenas permitir a aquisição de participações recíprocas em percentagens relativamente baixas, sob pena de serem suspensos os direitos sociais inerentes e de as sociedades se verem obrigadas a alienar as participações que excedessem a percentagem estabelecida. Esta opção legislativa foi muito popular entre países como a França, a Espanha, Itália e o Reino Unido, muito devido a preocupações com a conservação e com a veracidade do capital social²⁷. Iremos agora indicar alguns contornos gerais, em certos ordenamentos jurídicos europeus, desta figura.

No direito espanhol, nos anos oitenta, no TRLSA, consagrou-se um regime que regulava expressamente as participações recíprocas, impondo deveres de informação e de publicidade para com os sócios e terceiros, numa tentativa de obter os benefícios empresariais, mas diminuindo os riscos para a organização societária²⁸. Hoje, esta regulação encontra-se nos arts. 151.ºss da LSC (aprovada em 2010), que proíbe qualquer aquisição (direta ou indireta) de participações recíprocas acima do patamar de 10% do capital da sociedade participada. As autoparticipações e as participações recíprocas foram previstas em secções contíguas, sendo que, à semelhança do regime português, também foi previsto um dever de comunicação, embora este só esteja previsto no caso de alguma das detenções de capital ultrapasse os 10%, ficando os direitos sociais deste excedente paralisados (art. 155.º/1LSC).

Por sua vez, o legislador italiano, em 1998, no TUF, decidiu regular especialmente as relações de participações recíprocas simples principalmente pelas sociedades cotadas em bolsa, por receio que se viciassem as decisões tomadas nas assembleias de acionistas, e conseqüentemente, se perturbasse o mercado²⁹. Assim, nestes casos, quando se trate de um cruzamento de participações superiores a 3% numa sociedade cotada, a sociedade

²⁴ Ventura, 1978, p. 398.

²⁵ Almeida, 2013, p. 617.

²⁶ Doña, 1998, p. 47.

²⁷ Antunes, 2002b, p. 386 e Doña, 1998, p. 44-47.

²⁸ Doña, 1998, p. 113-123.

²⁹ Ronca, 2016, p. 18-19.

que excedeu o limite não irá poder exercer os direitos de voto relativos às ações ou quotas em excesso e ainda será obrigada a vendê-las no prazo de 12 meses a contar da data em que excedeu o limite, sob pena de a suspensão dos direitos de voto ser estendida à totalidade da participação (art. 121.º/1 TUF).

Já o legislador alemão (que nunca adotou a regra geral de proibição das participações recíprocas), teve em conta o facto de as relações de reciprocidade serem normalmente utilizadas pelas grandes sociedades como mecanismo de limitação da concorrência através do controlo das empresas por bancos e companhias de seguros. Assim, entendeu ser necessário uma disciplina que permita possibilitar um mercado mais livre e reduzir a sonegação do poder dos sócios pelos administradores³⁰. No §19 (1) do AKTG estabelece-se a existência de uma relação de reciprocidade quando ambas as sociedades detêm mais de um quarto do capital uma da outra, sendo que, mal uma das empresas ultrapasse esse patamar, fica obrigada a comunicar isto, por escrito, à outra (§20 (1) AKTG). Pelo §328 (1) AKTG, em princípio, assim que uma sociedade tiver conhecimento da existência do cruzamento de participações ou a outra sociedade a tiver notificado, os direitos sociais inerentes às ações detidas na outra sociedade só poderão ser exercidos até ao máximo de 25% do capital da sociedade participada. Engrácia Antunes³¹, a este propósito, considera que este modelo de regulação acaba por ser demasiado flexível.

2.4. A figura no direito português

Antes de mais, cabe determinar o conceito de sociedade coligada. Esta matéria, fruto de grande influência alemã³², foi introduzida exclusivamente no Título VI do CSC de 1986, nos arts. 481.º a 508.º-E, considerando-se sociedade coligada “a junção de duas ou mais sociedades que estejam sujeitas a uma influência comum, porque uma participa na outra, ou nas demais ou porque todas se subordinam à orientação de uma delas ou de uma terceira entidade”³³, resumindo-se isto às modalidades previstas no art. 482.º: sociedades em relação de simples participação (arts. 483.º e 484.º); sociedades em relação de participações recíprocas (art. 485.º); sociedades em relação de domínio (arts. 486.º e 487.º); e sociedades em relação de grupo (arts. 488.º a 508.º)³⁴. Trata-se de um “modo de concentração de empresas que se distingue da fusão, que se traduz na integração de duas ou mais sociedades numa estrutura jurídica unitária”.³⁵

³⁰ Doña, 1998, p. 127-129.

³¹ Antunes, 2002b, p. 387.

³² Oliveira, 2018, p. 14.

³³ Cunha, 2022, p. 955.

³⁴ Está aqui consagrado um princípio da tipicidade das sociedades coligadas (Ramos, 2023, p. 354).

³⁵ Cunha, 2022, p. 956.

A *ratio* dos arts. 481.º ss. é proteger a sociedade-filha (participada, dependente, subordinada ou totalmente dominada) e os seus sócios minoritários e credores sociais, pois a posição jurídica destes pode vir a ser enfraquecida ou prejudicada face a uma relação de coligação intersocietária. A sociedade, ao passar a sofrer uma influência externa no seu governo (ou seja, não será exclusivamente gerida ou administrada seguindo apenas o seu melhor interesse), corre riscos tanto para si própria como para os seus sócios e credores³⁶.

Importa saber, logicamente, quando é que o regime das sociedades coligadas deve ser aplicado. Assim, o Título VI só será relevante quando se reúnam o âmbito formal e o âmbito espacial de aplicação.

2.4.1. O âmbito formal de aplicação

O âmbito formal de aplicação refere-se à forma jurídica revestida pelas entidades que poderão usufruir deste regime, ou seja, as sociedades especificadas no art. 481.º/1 – as sociedades por quotas (arts. 197.ºss), anónimas (arts. 271.ºss) e em comandita por ações (arts. 478.ºss)³⁷ – ficando assim excluídas as relações onde um ou ambos os intervenientes sejam empresas não-societárias (por exemplo, os ACEs e as cooperativas), sociedades em nome coletivo ou em comandita simples, sociedades civis, e empresários individuais^{38 39}. Quanto às empresas públicas, a lei (art. 5.ºDL n.º 133/2013) parece ser no sentido de estas serem abrangidas pelo Título VI, até porque o Estado acaba por deter um número considerável de empresas e participar ativamente no mercado. Engrácia Antunes, contudo, apenas as julga submetidas a este regime se as entidades controladas ou participadas forem sociedades por quotas, anónimas ou em comandita por ações, pois apenas se essas entidades adotarem uma dessas formas societárias é que estará preenchido o requisito do art. 481.º/1⁴⁰. A este propósito, o mesmo autor entende que devem aqui ser incluídos os tipos especiais de sociedades comerciais que adotam um dos

³⁶ Antunes, 2002b, p. 285-286 e Antunes, 2002a, p. 97.

³⁷ Perestrelo de Oliveira critica esta taxatividade por ir contra a “neutralidade ou independência” que alguns ordenamentos jurídicos adotaram na regulamentação das coligações intersocietárias, apenas exigindo que a sociedade-filha obedeça a um destes tipos societários, mas podendo, a sociedade-mãe, adotar qualquer forma. A autora acrescenta que isto colide com o princípio da igualdade (art. 13.ºCRP), que inclusive existe no direito português lei (nomeadamente, no CVM) que não discrimina quanto à forma jurídica adotada e que isto apenas prejudica a *ratio* do CSC, pois os riscos que o Título VI pretende evitar acontecerão independentemente da forma que a pessoa revestir (Oliveira, 2018, p. 58).

³⁸ Não é que deixe de existir uma relação de coligação por um ou ambos os intervenientes ser um grupo complementar de empresas ou uma sociedade civil. Simplesmente não lhes será aplicável as disposições dos arts. 481.ºss (Ramos, 2023, p. 355). De certa forma, cremos que isto acaba por dar razão a Perestrelo de Oliveira quando critica a taxatividade.

³⁹ Ramos, 2023, p. 355.

⁴⁰ Antunes, 2002b, pp. 299-300.

tipos societários que constam do art. 481.º/1. Afinal, estes também acabam por preencher esse requisito⁴¹.

2.4.2. O âmbito espacial de aplicação

Relativamente ao âmbito espacial de aplicação, este distingue as sociedades por quotas, anónimas e em comandita por ações que efetivamente podem ser sujeitas ao regime das sociedades coligadas. De facto, o art. 481.º/2 especifica que estas disposições só se referem a sociedades com sede em Portugal, tendo o legislador estabelecido aqui uma conexão espacial que revela uma preocupação com a regulação de grupos de sociedades multinacionais. Para se interpretar esta norma é preciso ter em conta o art. 3.º/1 (norma geral face à regra especial), que determina que “as sociedades comerciais têm como lei pessoal a lei do Estado onde se encontre situada a sede principal e efetiva da sua administração”. O legislador, nesta norma, determina que a lei que deverá regular especialmente as matérias contidas nos arts. 33.º/2 e 38.º CC será a lei do Estado onde se encontre a sede onde esteja a administração e onde se forme a vontade social (a sede real e efetiva ou de administração), independentemente de ser esta, ou não, a sede estatutária e, em caso de dúvida, presume-se que a sede de administração se situa no Estado da sede estatutária⁴². Além disto, o art. 3.º/1 determina ainda o princípio de que a sociedade que tenha a sua sede estatutária em Portugal não pode “opor a terceiros a sua sujeição a lei diferente da lei portuguesa”, o que significa que a lei societária portuguesa, incluindo o Título VI do CSC, será aplicável a todas as sociedades que possuam a sua sede de administração em Portugal e, quando tenham a sua sede estatutária em território português, não poderão invocar perante terceiros outra legislação que não a portuguesa, mesmo que a lei pessoal das sociedades participadas reciprocamente não seja a mesma⁴³.

O mesmo art. 481.º/2 contém ainda várias exceções que permitem a aplicação do Título VI apesar de a sociedade não possuir sede em Portugal, ou seja, vem regular mais atentamente o âmbito espacial de aplicação. Não abordaremos todas, mas apenas a mais relevante neste tema, que é a contida na alínea a). Esta alínea indica que a proibição de aquisição de participações contida no art. 487.º, continuará a ser aplicável relativamente a sociedades com sede no estrangeiro, mas que, pela lei portuguesa, sejam dominantes (art. 486.º). A este propósito, Lima Pinheiro⁴⁴ e Perestrelo de Oliveira⁴⁵ relembram que

⁴¹ São exemplos disto as instituições de crédito e as sociedades gestoras de participações sociais (Antunes, 2002b, p. 293).

⁴² Pinheiro, 2012, pp. 67-70.

⁴³ Antunes, 2002b, pp. 303-307.

⁴⁴ Pinheiro, 2012, pp. 74-75.

⁴⁵ Oliveira, 2018, p. 59.

a lei portuguesa, no art. 487.º, não proíbe a aquisição de participações quando a sociedade dominante seja portuguesa e a dependente seja estrangeira, o que acaba por revelar um certo descuido da parte do legislador, pois, de certo modo, os interesses dos sócios minoritários e os dos credores sociais da sociedade dominante portuguesa não foram protegidos e, além disto, a norma vai contra o estabelecido no art. 325.º-A/3.

2.4.3. Conclusão

Em suma, e especificamente para o regime das sociedades em relação de participações recíprocas, para lhes ser aplicável o regime das sociedades coligadas é preciso que: preencham o âmbito formal de aplicação, isto é, que adotem o tipo de sociedade por quotas, anónima ou em comandita por ações; e que, relativamente às sociedades em relação de participações recíprocas simples, ambas as sociedades tenham como lei pessoal a lei portuguesa, sendo que, relativamente às sociedades em relação de participações recíprocas qualificadas, em virtude da conjugação dos arts. 325.º-A/⁴⁶ e 487.º/2 a), este regime ser-lhes-á aplicável desde que uma delas seja portuguesa, não sendo relevante se é a sociedade dominante ou a dependente.

2.5. As diferentes modalidades das participações recíprocas

2.5.1. As participações recíprocas simples e qualificadas

As duas grandes modalidades das relações de reciprocidade são as *participações recíprocas simples* e as *participações recíprocas qualificadas*, complexas ou de controlo. A primeira modalidade existe quando duas sociedades, independentes entre si, adquirem mutuamente participações recíprocas de, no mínimo, 10% do capital de cada sociedade participada (arts. 482.º b) e 485.º). Por sua vez, as participações recíprocas qualificadas definem-se por, além de deterem mutuamente participações do capital de cada uma, serem também dominante e dominada, ou seja, existe, com o cruzamento de participações, uma relação de domínio (arts. 487.º, 325.º-A e 325.º-B, *ex vi* do art. 485.º/4)⁴⁷. Isto será mais aprofundado adiante.

2.5.2. Outras modalidades

Além desta principal dicotomia, as relações de participações recíprocas podem assumir variadas formas. Começando pelas participações recíprocas simples, estas

⁴⁶ Pereira Dias afirma que a *ratio* desta norma deriva de uma opção do legislador comunitário na Diretiva n.º 92/101/CEE: “se não é a sociedade dominante quem detém em nome próprio as ações representativas do seu capital, mas as mesmas são detidas por entidade de si dependente, estaria a contornar-se o regime a que são sujeitas as ações próprias, na ausência da equiparação assim legalmente operada” (Dias, 2018, pp. 531-532).

⁴⁷ Ramos, 2023, p. 357.

podem, primeiramente, ser *diretas* ou *indiretas*. Serão diretas quando ambas as sociedades detenham mutuamente, por si próprias, as participações necessárias para serem abrangidas pelo art. 485.º, e serão indiretas quando as detenham através de outras circunstâncias. Dentro das participações recíprocas indiretas pode-se distinguir dois subgrupos: as participações recíprocas indiretas *simples* (ou participações em círculo ou em cadeia), definidas por uma sucessão de sociedades interligadas entre si por participações sociais; e as participações recíprocas indiretas *complexas*, caracterizadas pela coexistência de participações diretas e indiretas. Assim, estaremos perante um cruzamento de participações recíprocas indiretas simples se A participar em B, que por sua vez participa em C e este último participar em A. Por outro lado, na hipótese de B e A serem mutuamente participadas e B simultaneamente participar em C, que participa em D, que também participa em B, as relações B-C, C-D e D-B são participações recíprocas indiretas complexas. Contudo, é preciso ter em atenção que nem todas as participações recíprocas indiretas serão juridicamente relevantes. Apenas serão abrangidos pelo art. 485.º os casos em que uma sociedade consiga ver imputada, a si, a titularidade da participação de outra sociedade da cadeia noutra sociedade, através de uma relação de grupo ou de domínio (por exemplo, através de um contrato de subordinação – arts. 493.º ss. – ou da detenção da maioria do capital social – art. 486.º/2 a))⁴⁸.

Ainda nas participações recíprocas simples, é possível distinguir entre participações *originárias* e *supervenientes* (ou derivadas). As primeiras devem-se ao facto de a aquisição das participações terem sido subscrições, ou seja, as ações ou quotas foram adquiridas no momento da constituição da sociedade ou num aumento do capital social, enquanto as segundas se referem à aquisição de ações ou quotas num outro qualquer momento. Engrácia Antunes concebe aqui um terceiro tipo, fruto da mistura destas duas classificações, admitindo ser possível que nasça uma relação de reciprocidade pela subscrição de um aumento do capital de uma sociedade e pela aquisição de participações na correspondente sociedade através do mercado secundário (o autor exemplifica isto com o caso de um negócio privado de compra de ações de um dos sócios)⁴⁹.

Relativamente às participações recíprocas qualificadas, deve-se referir que podem existir relações de domínio *sem haver um cruzamento de participações* e *sem haver uma detenção maioritária do capital*. Como indica o art. 486.º/1, apenas é necessário que exista a possibilidade de se exercer influência dominante, o que é alcançável através de,

⁴⁸ Antunes, 2002b, pp. 394-397 e Ramos, 2023, p. 358.

⁴⁹ Antunes, 2002b, pp. 397-398.

por exemplo, a posse de mais de metade dos votos da sociedade dependente, ou ser capaz de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização (art. 486.º/2 a) e b)), ou a celebração de um contrato de subordinação (art. 493.º). Além disto, se num caso de reciprocidade indireta simples todas as sociedades participadas reciprocamente poderem exercer influência dominante entre si, sendo todas simultaneamente dominantes e dependentes, estas qualificar-se-ão como sociedades numa relação de participações recíprocas qualificadas⁵⁰.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 426-427.

3. As participações recíprocas simples

3.1. Noção geral

Como já se referiu acima, as participações recíprocas simples referem-se a sociedades que detenham, mutuamente, um mínimo de 10% do capital social, em ações ou quotas, uma da outra, sendo simultaneamente independentes entre si.

Não esqueçamos que este regime só se aplicará relativamente a sociedades por quotas, anónimas ou em comandita por ações (art. 481.º/1) que possuam a sua sede (estatutária ou de administração) em Portugal (arts. 481.º/2 e 3.º/1).

3.2. Pressupostos

Analisando o art. 485.º/1 e 2, parecem ser três os requisitos impostos por esta figura: a reciprocidade de participações; ambas as participações terem de alcançar o mínimo de 10% do capital social de cada sociedade participada; e que pelo menos uma dessas sociedades tenha cumprido o dever de comunicação exigido pelo art. 484.º/1. Subsequentemente, iremos analisar cada um destes pressupostos com mais detalhe.

Começando pela reciprocidade das participações sociais, esta afigura-se relativamente simples de explicitar. Esta consiste no facto de ambas as sociedades terem de deter, mutuamente, ações ou quotas do capital social uma da outra (caso contrário, poderemos apenas estar perante um caso de sociedades em relação de simples participação – art. 483.º). Relembremos que isto tanto pode acontecer direta ou indiretamente e que podem ser participações originárias ou supervenientes. A este propósito, Engrácia Antunes⁵¹ considera que o tipo de valores ou fundos alocados à aquisição destas participações é irrelevante, até porque o próprio legislador não discerniu os tipos de recursos empregues na subscrição e, independentemente do tipo de meios usados, os riscos associados ao regime das participações recíprocas mantêm-se.

Quanto ao patamar mínimo de 10% de cada sociedade participada (art. 485.º/1), Engrácia Antunes⁵² considera que, na determinação do valor da participação, como o legislador não determinou que critério utilizar, deve-se recorrer a uma solução uniforme, ou seja, deve-se calcular o montante de cada participação comparando o valor nominal do capital social de cada uma das sociedades (que será o valor do capital que consta no contrato de sociedade - arts. 9.º/1 f) e g), 14.º, 199.º, 201.º, 272.º a), 276.º e 478.º - não se devendo ter em conta as autoparticipações pelo princípio da dedutibilidade já mencionado) com o valor nominal das frações de capital detidas pela sociedade

⁵¹ Antunes, 2002b, p. 399.

⁵² *Ibidem*, pp. 400-402.

participante (isto é, o valor nominal das participações detidas por cada sociedade no capital da correspetiva – arts. 199.º a), 219.º/3, 272.º a), 276.º e 478.º-, ignorando-se outros valores mobiliários e quaisquer condições associadas à titularidade dessas ações ou quotas (por exemplo, se a titularidade é direta ou indireta). Já Osório de Castro⁵³ oferece algumas críticas. Primeiramente, o autor refere que não se deveria aludir, no art. 485.º/1, a uma relação de reciprocidade antes de ser alcançado o mínimo de 10% do capital mutuamente participado, e que a norma não sujeita aos deveres e restrições legais ambas as sociedades, mas apenas aquela que efetua por último a comunicação do art. 485.º/2. Quanto ao primeiro apontamento, consideramos que, mesmo antes de o cruzamento de participações atingir os 10%, existe uma relação de reciprocidade, apesar de juridicamente irrelevante, o que o autor acaba por admitir.

O legislador também impôs um mínimo de detenção de 10%, em ações ou quotas, do capital social de cada sociedade mutuamente participada, mas haverá um máximo? Estando no regime das participações recíprocas simples, entende-se que este só é aplicável até ao momento em que o valor de uma das participações sociais ultrapassa os 50%, caso em que se passa a estar no regime das participações recíprocas qualificadas (arts. 487.º, 325.º-A e 325.º-B), por estarmos perante um dos casos onde se presume a possibilidade de exercício de influência dominante (art. 486.º/2 a)) e por o art. 485.º/4 determinar que, no caso de cumulação de uma relação de reciprocidade e de uma relação de domínio, deve prevalecer o regime aplicável à relação de domínio⁵⁴. Estando numa relação de participações recíprocas qualificadas, os arts. 487.º/1, 325.º-A e 325.º-B não indiciam nenhum limite de participações que a sociedade dominante possa adquirir no capital social da dependente⁵⁵, mas parece-nos relevante destacar aqui o art. 490.º, referente às aquisições tendentes ao domínio total, pois se a sociedade dominante continuar a adquirir participações da dependente, poderá ver-se numa situação em que tem o direito (ou até o dever) de adquirir as restantes frações do seu capital, passando assim a ficar numa relação de domínio total superveniente⁵⁶.

⁵³ Castro, 1989, pp. 115-139.

⁵⁴ Ramos, 2023, p. 358.

⁵⁵ Este regime apenas limita ou proíbe a aquisição, pela sociedade dependente, de ações ou quotas na sociedade dominante.

⁵⁶ Atingindo a detenção de 90% do capital da sociedade dependente, a dominante fica obrigada a comunicar o facto à dependente nos 30 dias seguintes àquele em que foi atingida o referido patamar. “Nos seis meses seguintes à data da comunicação, a sociedade dominante pode fazer uma oferta de aquisição das participações dos restantes sócios, mediante uma contrapartida em dinheiro ou nas suas próprias quotas, ações ou obrigações, justificada por relatório elaborado por revisor oficial de contas independente das sociedades interessadas, que será depositado no registo e patenteado aos interessados nas sedes das duas sociedades” (art. 490.º/2), sendo que “na falta da oferta ou sendo esta considerada insatisfatória, o sócio livre pode requerer ao tribunal que declare as ações ou quotas como adquiridas pela sociedade dominante desde a proposição da ação, fixe o seu valor em dinheiro e condene a sociedade dominante a pagar-lho” (art. 490.º/6).

O último requisito de aplicação deste regime é o dever de comunicação do art. 484.º/1 ser cumprido por, pelo menos, uma das sociedades (art. 485.º/2), visto ser desta forma que se assegura que ambas as partes conhecem a sua sujeição a este regime e que se determina qual das sociedades fica proibida de adquirir mais ações ou quotas da correspetiva. Contudo, Osório de Castro⁵⁷ e Pereira de Almeida⁵⁸ não reconhecem este requisito como algo necessário à criação da relação de reciprocidade⁵⁹. O primeiro defende que a relação de reciprocidade existe desde o momento em que ambas as sociedades alcançam o mínimo de 10% do capital uma da outra, não sendo necessária a comunicação do art. 484.º/1 para poderem ser sujeitas a este regime, sendo que o segundo autor reforça que este dever é a primeira consequência da observância dos outros dois pressupostos. Já Engrácia Antunes⁶⁰ e Gomes Ramos⁶¹ acreditam que esta comunicação é obrigatória, apesar da falta de sanção prevista pelo legislador para o não cumprimento deste dever de comunicação.

Bem vistas as coisas, não há qualquer elemento dissuasor para a sociedade que não efetuou a comunicação, nem o há quando ambas as sociedades se furtam de o fazer. Ora, apesar de a exigência deste dever de comunicação ser útil para se determinar a parte sujeita às limitações deste regime, se nenhuma sociedade o cumprir, pelo entendimento de Engrácia Antunes e Gomes Ramos, estas regras ficam bloqueadas, ficando inaplicáveis os limites que a lei impõe para prevenir os riscos de natureza organizativa e patrimonial. Inclino-nos no sentido de considerar isto uma lacuna do legislador, por não nos ser possível acreditar que ele tivesse a intenção de paralisar a disciplina, permitindo a diluição do capital social e a usurpação da vontade dos sócios. Sobre isto, Pereira de Almeida, entende que a falta de comunicação por ambas as sociedades deve dar azo a que a proibição de aquisição de participações vigore sobre as duas, para que nenhuma das sociedades fique favorecida com o incumprimento do dever de comunicação⁶², o que nos parece justo e adequado a prevenir os riscos típicos desta figura.

Osório de Castro⁶³ também acredita que existe uma lacuna relativamente ao dever de comunicação explicitado no art. 484.º/1, por este não indicar que tenha de ser comunicado às sociedades o facto de ter sido alcançado os 10% do capital (informação que o autor considera indispensável), mas só que é a partir desse momento que existe a

⁵⁷ Castro, 1989, pp. 121-130.

⁵⁸ Almeida, 2022, p. 531.

⁵⁹ Também neste sentido Polónia, 2023, p. 365.

⁶⁰ Antunes, 2002b, p. 403.

⁶¹ Ramos, 2023, p. 358 e Ramos, 2022, p. 392.

⁶² Almeida, 2022, p. 532.

⁶³ Castro, 1989, pp. 118-120.

obrigação de comunicar todas as aquisições e alienações de ações ou quotas da sociedade participada.

3.3. Regime jurídico

3.3.1. O dever de comunicação

Já vimos que, pelo art. 485.º/2, a sociedade que efetuar, em último lugar, o dever de comunicação onde se dê a conhecer que foi alcançado o patamar de 10% do capital da sociedade participada, previsto no art. 484.º/1, fica proibida de adquirir mais ações ou quotas na outra sociedade. Isto é, essencialmente, a delimitação do sujeito passivo deste regime⁶⁴. Engrácia Antunes⁶⁵ considera que a *ratio* desta regra de determinação é proteger aquela sociedade que não conseguiu impedir que uma relação de reciprocidade se formasse por ter adquirido as participações da correspondente primeiro, ou por ter efetuado a comunicação do art. 484.º/1 em primeiro lugar, sendo que é ainda mais importante a sua proteção neste último caso, visto que é aquela que fica mais tempo sem conhecer da relação de reciprocidade. Concordamos com este pensamento pois faz-nos sentido que seja a sociedade que cumpre o dever de comunicação por último, ou que adquira participações sociais que perfazem os 10% em último lugar, aquela que fica sujeita a estas restrições por esta sociedade estar, no fundo, numa posição de vantagem relativamente à outra.

Este dever⁶⁶ de comunicação, como indica o art. 484.º/1, implica que seja cada sociedade mutuamente participada a efetuar a comunicação, por escrito e contendo o valor de “todas as aquisições e alienações de quotas ou ações” que tenha realizado a partir do momento em que ambas as sociedades detêm 10% do capital social uma da outra, sendo que este dever se mantém até ao fim da relação de reciprocidade, ou seja, até uma das sociedades alienar quotas ou ações da outra, de modo a que detenha menos de 10% do capital social desta. A este propósito, cabe mencionar que, pelo art. 484.º/2, não pode a sociedade participada alegar que desconhecia o “montante da participação que nela tenha outra sociedade, relativamente às aquisições de quotas que lhe tiverem sido comunicadas e às aquisições de ações que tiverem sido registadas” junto da sociedade participada.

Assim, a sociedade que primeiro cumprir este dever fica autorizada a continuar, se assim o quiser, a adquirir participações sociais na outra sociedade e pode usufruir dos

⁶⁴ Antunes, 2002b, p. 405.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 407.

⁶⁶ Carvalho não considera isto um verdadeiro dever por não ter uma sanção a ele associado. Assim, entende que o mais correto é classificá-lo como um ónus (Carvalho, 2016, p. 14).

direitos sociais a estes inerentes, ao contrário da sociedade participada (aquela que não comunicou ou comunicou por último), que fica automaticamente impedida pela mera receção da comunicação e que se decidir proceder à aquisição de participações (ou se já detinha, antes da constituição da relação de reciprocidade, ações ou quotas em montante superior a 10% do capital da correspondente sociedade), estas não serão nulas mas não poderá exercer os direitos associados às participações que excedam os 10% do capital (art. 485.º/3), ou seja, isto acaba por não constituir um impedimento absoluto⁶⁷. Além disto, os administradores ou gerentes da sociedade inibida poderão ser responsabilizados civil (arts. 485.º/3 e 72.ºss) e penalmente (art. 510.º/2) pelos eventuais prejuízos causados à sociedade pela criação e/ou manutenção desta situação (art. 485.º/3)⁶⁸.

Importa saber se a comunicação do art. 484.º só é eficaz se dada nesses mesmos termos (por escrito, pela própria sociedade e com as informações exigidas (/1), ou com o registo das ações adquiridas junto da sociedade participada (/2)), ou se é de igual modo eficaz que uma ou ambas as sociedades venham a saber que a participação detida nos seus capitais ultrapassou os 10% por outros meios. Osório de Castro⁶⁹ e Engrácia Antunes⁷⁰ tendem a considerar que se deve admitir que as sociedades possam saber do início da relação de reciprocidade por outros meios que não a comunicação do art. 484.º/1, devendo constituir isto uma comunicação eficaz.

Engrácia Antunes segue este pensamento por considerar, como já se afirmou, que este regime deve estar vocacionado para a proteção da sociedade que cumpriu primeiro o dever de comunicação ou adquiriu as participações primeiro (e que, por isso, desconheceu da reciprocidade por mais tempo), pelo que, as consequências da criação de uma relação de participações recíprocas devem, idealmente, recair sobre a sociedade que podia ter evitado a reciprocidade e não o fez. Por sua vez, Osório de Castro afirma que, numa relação de participações recíprocas, se uma das sociedades (suponha-se, a sociedade A) vier a saber por outros meios da participação detida no seu capital pela outra (a sociedade B) e só após isto A comunicar a B, segundo os termos legais, a sua participação nesta última, é possível presumir que A só efetuou a comunicação por saber por vias alheias da participação concretizada por B, e por isso, deve-se considerar que foi A quem efetuou a comunicação em último lugar, pois já sabia da participação da

⁶⁷ Antunes, 2002b, pp. 411-412.

⁶⁸ Pereira de Almeida critica estas sanções (o bloqueio dos direitos sociais e a responsabilidade civil e penal) por não as considerar adequadas visto “os perigos da salvaguarda do capital social”. Assim, o autor acredita que se deveria ter seguido o regime de aquisição de ações próprias e ter imposto um dever de alienação das ações em montante superior ao capital da sociedade participada (art. 323.º/2) (Almeida, 2022, p. 533).

⁶⁹ Castro, 1989, pp. 129-130.

⁷⁰ Antunes, 2002b, pp. 408-410.

correspetiva aquando da realização da comunicação. Contudo, este autor acaba por admitir que isto não vale em absoluto, até porque, na realidade, a sociedade, neste exemplo, a realmente efetuar a comunicação exigida por último será B⁷¹.

Na nossa opinião, parece-nos que o legislador, se queria realmente impor à sociedade que teve oportunidade de não criar a reciprocidade as obrigações inerentes a este regime, deveria ter legislado no sentido de aproveitar toda a comunicação realizada desde que por escrito (por motivos probatórios), de modo a promover um mecanismo que realmente assegure isto ao instituir a eficácia de toda a comunicação escrita⁷².

Uma última questão, será saber se, no caso de uma sociedade (A) que detém 10% do capital de outra (B) e efetuou a respetiva comunicação segundo o art. 484.º/1, mas sem haver ainda um cruzamento de participações, se B decidir adquirir, de uma só vez, mais de 10% do capital de A, considerar-se-á violado o preceito do art. 485.º/2? Esta dúvida surge devido à leitura do art. 485.º/1, que determina que as sociedades só ficam sujeitas às restrições deste regime “a partir do momento em que ambas as participações atinjam 10% do capital da participada”, o que, neste caso, acontece em simultâneo com a suposta violação da obrigação de não aquisição de novas ações ou quotas⁷³. Assim, concordamos com Osório de Castro⁷⁴ e Perestrelo de Oliveira⁷⁵ quando defendem que, sob pena de haver fraude à lei, o melhor entendimento é aquele que considera que a aquisição de participações que cria a reciprocidade fica abrangida pelo regime do art. 485.º, isto é, a comunicação de uma participação de 10% ou de valor superior (como é a de A) “produz imediatamente o efeito de vedar à sociedade participada a aquisição de participações em fasquia superior à legalmente admitida”.⁷⁶

3.3.2. A paralisação dos direitos sociais

Relativamente à paralisação dos direitos sociais como consequência da violação do art. 485.º/2 (art. 485.º/3), levanta-se a questão de saber quais as frações do capital possuídas pela sociedade inibida que poderão relevar quanto à paralisação dos direitos sociais. Por um lado, Osório de Castro⁷⁷ acredita que esta suspensão abrange os direitos sociais inerentes apenas às novas aquisições (em relação àquelas já detidas no momento de criação do cruzamento de participações) de ações ou quotas que excedam os 10% do

⁷¹ Aliás, Osório de Castro não considera relevante a alegação verbal de se ter efetuado a comunicação do art. 484.º, por este, no seu n.º 1, exigir que esta seja imperativamente feita por escrito.

⁷² Também neste sentido Antunes, 2002b, p. 409.

⁷³ Castro, 1989, p. 131.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 132.

⁷⁵ Oliveira, 2018, p. 40.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁷⁷ Castro, 1989, pp. 136-139 e 141.

capital da sociedade participada, pois é a interpretação literal da norma⁷⁸, e porque entende que o art. 487.º/2, ao especificar que todas as ações de sociedade dominante adquiridas em bolsa pela dependente que violem o art. 485.º/2 são submetidas ao disposto no art. 485.º/3, considera que o legislador parece ter tido o cuidado de distinguir as novas aquisições de ações que perfazem 10% do capital de todas as ações adquiridas em bolsa.

Já Engrácia Antunes⁷⁹ e Perestrelo de Oliveira⁸⁰ defendem que a paralisação deve incidir sobre os direitos sociais inerentes a todas as participações sociais que excedam os 10% do capital da sociedade participada, quer sejam aquisições antigas ou novas, devido, essencialmente, ao facto de a interpretação proposta não ser conciliável com os riscos que este regime pretende acautelar, nem com os “princípios jurídicos-societários gerais”⁸¹. Pela posição de Osório de Castro, cada caso teria um limiar de relevância para a paralisação distinto, o que acabaria por criar desigualdade no tratamento das sociedades submetidas a este regime, e este até não seria eficaz caso a participação da sociedade impedida, aquando da criação da relação de reciprocidade, fosse já muito superior a 10% do capital da sociedade participada⁸², oferecendo uma oportunidade a estas sociedades de não cumprirem a proibição de aquisição por não terem uma sanção que imediatamente os alcance, nem poderem, como consequência, responsabilizar os seus administradores ou gerentes civil e penalmente. Relativamente a esta responsabilidade, Osório de Castro⁸³ defende que, pela sua posição, esta também poderia ocorrer devido à formulação do art. 510.º/2 sendo que, se assim o fosse, não nos faz sentido que o autor proponha que só se violaria o art. 485.º/2 caso a aquisição de novas participações excedesse 10% do capital da sociedade participada⁸⁴.

⁷⁸ “As aquisições efetuadas com violação do disposto no número anterior não são nulas, mas a sociedade adquirente não pode exercer os direitos inerentes a essas quotas ou ações na parte que exceda 10% do capital” - ou seja, uma leitura literal parece dar a entender que só devem ser paralisados os direitos sociais inerentes às novas aquisições que ultrapassem 10% do capital da sociedade participada. Por exemplo, A e B detêm 11% do capital de cada uma e B cumpre o dever de comunicação primeiro, ficando A subjugada ao dever de não adquirir mais participações. Contudo, se o fizer e A detiver agora 20% do capital de B, o que este autor defende é que não há ainda aquisições que ativem a paralisação dos seus direitos sociais, mas só o passará a haver quando A adquirir participações em montante superior a 21%, altura em que terá realizado *novas* aquisições de participações em valor superior a 10% do capital da sociedade participada.

⁷⁹ Antunes, 2002b, pp. 413-416.

⁸⁰ Oliveira, 2018, p. 40.

⁸¹ Antunes, 2002b, p. 414.

⁸² Com efeito, suponha-se uma situação em que A e B são mutuamente participadas em 38% e 15%, respetivamente, sendo que B efetuou a comunicação primeiro ficando A sujeita a este regime. Segundo a posição de Osório de Castro, só quando A atingisse os 49% de capital de B é que seria alvo de uma paralisação dos direitos sociais inerentes a apenas àquele 1% que excede o acréscimo de 10% do capital. Ora, isto cria uma falha grave quanto à pretensão de proteção proposta pelo art. 485.º/2, pois é só quando A obtém uma vantagem tão manifestamente superior a B, quando o capital social desta já sofreu uma diluição muito relevante que poderia ser evitada e quando se aumenta exponencialmente a possibilidade de A fazer prevalecer a sua vontade perante a administração ou a gerência de B, é que a lei pode intervir.

⁸³ Castro, 1989, p. 138.

⁸⁴ Também neste sentido Antunes, 2002b, p. 415.

Essencialmente, julgamos que a posição de Osório de Castro dificulta a eficiência e o propósito deste regime. A interpretação do art. 485.º/3 no sentido de considerar paralisados os direitos sociais associados a todas as quotas ou ações que excedam o patamar de 10% é o que nos parece mais lógico e o que melhor assegura os credores sociais e os sócios minoritários.

Quais os direitos sociais objeto desta paralisação? A única especificação feita pela lei (art. 485.º/3) é a exclusão do direito à partilha do produto da liquidação, lembrando ainda o legislador que este está sujeito “às respetivas obrigações”. Seguindo uma interpretação literal da norma, parece-nos, e a Engrácia Antunes⁸⁵ também, que então ficam incluídos na paralisação todos os outros direitos sociais como, por exemplo, o direito de voto, o direito à informação e o direito aos lucros de exercício.

Não se duvida que, a partir do momento em que o regime das participações recíprocas cessa⁸⁶, a sociedade passa a poder exercer livremente os direitos sociais anteriormente paralisados. Contudo, o que acontece a estes direitos durante a paralisação? Engrácia Antunes⁸⁷ propõe aqui duas hipóteses: ou estão suspensos enquanto se mantém a relação de reciprocidade; ou fcciona-se uma extinção destes direitos de modo que, para lá de a sociedade inibida não os poder exercer, estes são tidos como inexistentes durante esse intervalo de tempo. O autor aborda esta questão relativamente a cada direito social. Começando pelos direitos de voto (arts. 21.º/1 b), 248.º ss., 373.º ss. e 478.º), à informação (arts. 21.º/1 c), 214.º ss., 288.º ss. e 478.º) e à incorporação (arts. 91.º ss.), esta questão não tem importância devido aos primeiros dois só existirem e poderem ser exercidos em momentos e circunstâncias específicas, sendo que, quanto ao terceiro, o aumento proporcional da participação social detida por cada sócio opera por mero efeito da sua posse e, consequentemente, dá-se um aumento proporcional dos seus direitos sociais na cessação da aplicação deste regime, de modo que, suspensos ou nulos, na prática acaba por não fazer diferença. Já quanto aos direitos ao lucro (arts. 21.º/1 a), 217.º, 294.º e 478.º) e à subscrição preferente em aumento de capital realizado em dinheiro (arts. 87.º ss., 266.º ss., 458.º ss. e 478.º), o autor defende que, nestes casos, estes direitos devem ser tidos como inexistentes durante o período de paralisação por acreditar que, se porventura a sociedade puder vir a beneficiar da

⁸⁵ Antunes, 2002b, p. 416.

⁸⁶ Imagine-se o caso em que duas sociedades (A e B) estão numa relação de reciprocidade, em virtude de serem mutuamente participadas, por cada uma, em 13% do respetivo capital. Se A decidir alienar 5% das suas participações (o que significaria que deteria menos de 10% do capital de B) já não estaríamos perante uma relação de participações recíprocas. Deixariam de estar preenchidos todos os requisitos necessários.

⁸⁷ Antunes, 2002b, pp. 416-420.

distribuição dos lucros e do direito de preferência mais tarde⁸⁸, deixaria de haver um muito necessário elemento dissuasor^{89 90}.

3.3.3. A responsabilidade da administração e da gerência

Por fim, referimos a possibilidade de os administradores e gerentes serem responsabilizados pela lei civil, nos casos em que a criação ou manutenção da situação tenha originado prejuízos para a sociedade (arts. 485.º/3 e 72.º ss.)⁹¹, ou pela lei penal, quando tenham adquirido ações ou quotas em violação do art. 485.º/2 (art. 510.º/2)⁹².

Analisando a responsabilidade penal mais de perto, Aires de Sousa⁹³ denomina os arts. 509.º ss. como crimes em resultado de uma “gestão fraudulenta da sociedade”, sendo que o tipo objetivo de ilícito é a conduta do gerente ou administrador⁹⁴ da sociedade que atua em violação da lei, ou seja, é um delito de ação⁹⁵, sendo que, com a revogação do art. 527.º/1 em 2021, deixou de ser imperativo haver dolo, bastando a mera culpa e, também devido à alteração legislativa de 2021, a sua tentativa passou a ser punível (art. 527.º/2). Pelo art. 510.º/2 “o gerente ou administrador de sociedade que, em violação da lei, adquirir para a sociedade quotas ou ações de outra sociedade que com aquela esteja em relação de participações recíprocas ou em relação de domínio é, igualmente, punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa”. Esta norma tutela “a economia pública e os interesses de terceiros que lidam com a sociedade, nomeadamente os credores sociais”⁹⁶ e o “regular funcionamento da sociedade comercial”⁹⁷, o que percebemos, visto os riscos que as participações recíprocas englobam

⁸⁸ Caso não tivessem ainda prescrito pelo art. 174.º.

⁸⁹ Como Engrácia Antunes pugna pela extinção destes direitos durante o intervalo de paralisação, este explica que, relativamente ao direito ao lucro, o valor dos lucros de exercício deve “ir acrescer à massa de dividendos distribuídos aos restante sócios, ou bem ser reincorporado no património da própria sociedade” e que, quanto ao direito de subscrição preferente, as novas quotas ou ações podem passar a ser autoparticipações da sociedade participada, ser tituladas por outros sócios ou ser administradas pela sociedade participada por conta da sociedade participante até cessar a relação de reciprocidade (Antunes, 2002b, pp. 418-420).

⁹⁰ Engrácia Antunes esclarece que, no período de paralisação, quando a participação não tenha sido totalmente liberada (segundo os arts. 26.º/2, 202.º/6, 277.º/2, 285.º/1 e 478.º), a sociedade participante continua obrigada a perfazer o montante em falta da entrada, sob pena de estar sujeita às consequências previstas nos arts. 30.º, 203.º/1 e 3, 204.º, 205.º, 285.º/2, 3 e 4, e quaisquer outras consequências eventualmente previstas no contrato de sociedade. Além disto, a sociedade participante mantém o dever de, durante a paralisação, quinhonar nas perdas na proporção do valor total da participação detida quando necessário (art. 21.º/1 b)) e pode ser responsabilizada legal e estatutariamente, por exemplo, através da responsabilidade solidária *in eligendo* ou *in instruendo* (art. 83.º) (Antunes, 2002b, p. 420-421).

⁹¹ Cordeiro até refere a possibilidade de os administradores e gerentes poderem ser responsabilizados pelo art. 483.º/1 2.ª parte CC e alvo de uma responsabilidade aquiliana (Cordeiro, 2022, p. 893).

⁹² Antunes, 2002b, p. 422.

⁹³ Sousa S., 2022, p. 367.

⁹⁴ O tipo legal impõe que o autor seja administrador ou gerente da sociedade pois é esta sua posição que permite incorrer em responsabilidade (SOUSA S., 2022, p. 426).

⁹⁵ Sousa S., 2022, pp. 425-428.

⁹⁶ Mendes, 2012, p. 1347.

⁹⁷ Sousa S., 2018, p. 445.

e os seus efeitos serem semelhantes à aquisição de autoparticipações, especialmente quanto ao capital social.

O capital social, na sua função de garantia, serve como meio de defesa e tutela dos interesses dos credores sociais, ou seja, configura-se como o “garante do pagamento dos seus créditos”⁹⁸, mas apenas indiretamente ou em segundo grau visto que, primeira e diretamente, a garantia principal será o património social, que não se limita a ser um valor, mas antes contém bens concretos. Contudo, Tarso Domingues⁹⁹ não considera o capital social como um instrumento apto a servir a sua função de garantia por vários motivos. Primeiramente, visto nada impedir que, em virtude da atividade social, o património social não contenha ativos de valor igual à do capital social mínimo, pois o princípio da intangibilidade (art. 32.º) apenas proíbe a distribuição de bens contidos no património aos sócios; e, também, por ser possível haver certos períodos de tempo com maior inflação que acabem por desvalorizar a cifra do capital, não sendo possível legislar com carácter geral e abstrato um valor mínimo de garantia que o capital social deveria, em teoria, ser. Ou seja, o capital social propõe-se a ser uma salvaguarda dos interesses de terceiros, mas, pelo exposto, não o consegue cumprir eficazmente¹⁰⁰.

Como já foi acima explicitado, o valor das participações sociais depende diretamente do valor do património da sociedade¹⁰¹ o que, à semelhança do que acontece com as autoparticipações, leva a concluir que a detenção de participações recíprocas ilude de alguma forma o valor do capital social por simular a valorização do património. Afinal, essas participações acabam por depender do valor do património da sociedade participada e vice-versa.

Face a isto, é fácil compreender o porquê de o legislador responsabilizar a administração ou gerência de uma sociedade que não respeite a obrigação de não adquirir mais ações ou quotas da sociedade participada, tal como o faz quando adquirem autoparticipações indevidamente (art. 510.º/1).

⁹⁸ Domingues, 2022, p. 89.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 251.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 205-206.

¹⁰¹ *Ibidem*, 2004, p. 141.

4. As participações recíprocas qualificadas

4.1. Noção geral

Ao contrário das participações recíprocas simples, as relações de participações recíprocas qualificadas ou de controlo caracterizam-se por, além de existir uma reciprocidade de participações, haver também uma relação de domínio, ou seja, as sociedades são simultaneamente mutuamente participadas e dominante e dependente. Por força do art. 485.º/4, esta figura híbrida é regulada de forma dispersa nos arts. 487.º, 325.º-A e 325.º-B, aplicando-se exclusivamente a sociedades por quotas, anónimas ou em comandita por ações (art. 481.º/1), sendo que pelo menos uma delas tem de ter a lei portuguesa como lei pessoal, ou seja, a sua sede estatutária ou de administração tem de estar situada em Portugal (arts. 481.º/2 e 325.º-A/3). Assim, e em comparação com as participações recíprocas simples, apenas uma das sociedades tem de ser portuguesa, sendo indiferente se é a dominante ou a dominada¹⁰².

4.2. Pressupostos. A relação de domínio em particular

Neste âmbito, Engrácia Antunes¹⁰³ apresenta apenas como requisitos de qualificação a reciprocidade de participações e a existência de uma relação de domínio. O primeiro pressuposto (que é comum a qualquer qualificação de uma relação como uma relação de reciprocidade, e já foi mencionado anteriormente) consiste em existir um cruzamento de participações entre as sociedades, mas, neste caso, já não se impõe a detenção de ações ou quotas num montante mínimo de 10% do capital de cada sociedade participada. É suficiente, pelo art. 485.º/4¹⁰⁴ e pela existência de uma relação de domínio, que ambas as sociedades sejam mutuamente participadas, não sendo relevante o valor das participações que a sociedade dependente detém na sociedade dominante e, também por estes motivos, não é necessário qualquer cumprimento de um dever de comunicação¹⁰⁵. Relativamente ao segundo pressuposto, é preciso que, além da reciprocidade de participações, haja em simultâneo uma relação de domínio entre as sociedades (arts. 485.º/4, 487.º/1 e 325.º-A/1). Iremos agora debruçar-nos, em termos gerais, sobre em que é que consiste uma relação de domínio.

Uma relação de domínio, caracteriza-se por, entre duas sociedades, uma delas (a dominante) poder exercer, diretamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os

¹⁰² Antunes, 2002b, pp. 423-424.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 423.

¹⁰⁴ “Cumulando-se as relações, o disposto no artigo 487.º, n.º 2, prevalece sobre o n.º 3 deste artigo”.

¹⁰⁵ Relembremos que Osório de Castro já defendia que, relativamente às participações recíprocas simples, não se deveria ter como necessário o cumprimento do dever de comunicação do art. 484.º/1.

requisitos indicados no art. 483.^o/2¹⁰⁶, influência dominante sobre a outra (a dependente ou dominada) (art. 486.^o/1).

A chave deste regime é, então, perceber do que trata a influência dominante, “noção praticamente desconhecida da tradição legislativa, doutrinal e jurisprudencial jurídico-societária nacional”.¹⁰⁷ Engrácia Antunes¹⁰⁸ explora os possíveis elementos constitutivos da influência dominante de modo a serem oferecidos alguns parâmetros que facilitem a identificação desta figura. Assim, o autor afirma que a influência dominante relevante: deve ser estável, permanente e exercida com intenção pela sociedade dominante, sob pena de se incluir situações de domínio de curta duração e acidentais que podem causar insegurança jurídica¹⁰⁹; não tem de ter uma duração mínima, de modo a promover a eficácia da lei societária¹¹⁰; não tem de ser exercida de imediato visto que o que a lei exige, no art. 486.^o/1, é que ela possa, faticamente, ser exercida mesmo que a sociedade dominante não tenha ainda consolidado institucionalmente os meios para tal; não tem de ser geral, ou seja, o domínio não tem de incidir sobre toda a atividade económica e gestão da sociedade dependente, mas também não basta sempre que esta incida só em certos setores, então, o essencial é atender ao “quadro geral da relação de domínio”¹¹¹ e à extensão que essa influência tem na sua direção e atividade; tem de incidir nos órgãos sociais da sociedade dependente, pois são estes que a governam; tem de ser exercida em exclusivo, ou seja, a sociedade dominante tem de ser capaz de, sozinha, poder influenciar, com caráter dominante, a sociedade dependente¹¹²; em regra, deve ser ativa e positiva, isto é, a influência tem de constituir uma determinação no governo societário da sociedade dominada, de modo que não basta o condicionamento do seu sentido de voto numa deliberação¹¹³; e, por fim, a

¹⁰⁶ “À titularidade de quotas ou ações por uma sociedade equipara-se, para efeito do montante referido no número anterior, a titularidade de quotas ou ações por uma outra sociedade que dela seja dependente, direta ou indiretamente, ou com ela esteja em relação de grupo, e de ações de que uma pessoa seja titular por conta de qualquer dessas sociedades”. Contudo, para haver domínio indireto sobre uma sociedade, é preciso que se domine as sociedades que, por sua vez, dominam outra (Ascensão, 2000, p. 609). Por exemplo, se B dominar C, para A dominar C indiretamente tem de dominar B.

¹⁰⁷ Antunes, 2002b, p. 452.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 454-483.

¹⁰⁹ Engrácia Antunes ressalva aqui os casos em que a influência dominante é exercida com tanta periodicidade que a sociedade dependente já espera a sua ocorrência, passando a sociedade dominante “a dispor de uma maioria de facto nas assembleias gerais perfeitamente estável e duradoura”. O autor reforça que é sempre preciso, em situações de domínio fortuitas, verificar se as suas consequências dão azo a uma influência dominante estável e duradoura (Antunes, 2002b, p. 458).

¹¹⁰ O autor relembra que isto não põe em causa o requisito da estabilidade, visto que este não implica a durabilidade do domínio, mas sim que dele não poderia resultar situações aleatórias que a sociedade dependente não poderia prever.

¹¹¹ Antunes, 2002b, p. 469.

¹¹² Engrácia Antunes esclarece que em alguns casos, como as situações de concurso da vontade da sociedade dependente ou concurso da vontade de terceiros, não se observa a existência de uma influência dominante.

¹¹³ Devido a doutrina que considera que este pressuposto restringe em demasia o conceito de influência dominante, o autor admite que, em alguns casos, se exclua este requisito de maneira a garantir a proteção dos interesses da sociedade dependente.

influência dominante pode ser exercida direta ou indiretamente, como permitido expressamente pelo art. 486.º/1, de modo que não releva se é concretizada através de instrumentos de domínio societário exclusivamente detidos pela sociedade dominante ou se o é pela mediação com entidades que detêm esses mesmos instrumentos¹¹⁴. Essencialmente, esta pode ser definida como “a possibilidade de que uma sociedade dispõe de impor de modo estável e permanente o cunho da respetiva vontade no seio da estrutura organizativa de outra sociedade, através da determinação do sentido das decisões dos respetivos órgãos deliberativos e, mediatamente, das decisões dos respetivos órgãos de administração”.¹¹⁵

O legislador não precisou quais são os instrumentos de domínio através dos quais esta influência dominante será exercida. Engrácia Antunes¹¹⁶ considera que assim foi de forma a se poder garantir a eficácia da lei societária e devido ao facto de estes poderem revestir múltiplas formas, classificando-os ainda como ou de natureza societária (por exemplo, direitos de voto ou participações sociais), ou de natureza fáctica¹¹⁷ (como situações de dependência económica entre sociedades). Devido a isto, no art. 486.º/2, o legislador previu três situações de natureza societária que indicam, geralmente, uma posição de domínio sobre outra sociedade e escolheu assumi-las como presunções ilidíveis (art. 350.º/2CC) da existência de uma tal relação¹¹⁸. Assim, esta enumeração não taxativa compreende a detenção da participação maioritária no capital da sociedade dependente (ou seja, mais de 50%)¹¹⁹ (art. 486.º/2 a)), a posse da maioria dos seus

¹¹⁴ Também neste sentido Pires, 1997, p. 1114.

¹¹⁵ Antunes, 2000, p. 49.

¹¹⁶ *Ibidem*, 2002b, pp. 483-484.

¹¹⁷ Esta categoria refere-se às relações fácticas de domínio que, essencialmente, se traduzem em relações de dependência económica (em princípio, contratos aptos a criar uma dependência económica face a uma das partes – como, por exemplo, o contrato de franquia ou de licença – sendo que, segundo Engrácia Antunes, não podem ser vistos como meios adequados a, sozinhos, viabilizarem o exercício de uma posição de domínio) e em relações de dependência pessoal entre sociedades (isto é, a criação de uma comunidade ou identidade dos membros da administração de ambas as sociedades, que deverá ser analisada, caso a caso, quanto à sua capacidade de exercer uma influência dominante sobre uma das sociedades) (Antunes, 2002b, pp. 523-537).

¹¹⁸ Estas presunções (baseadas em juízos fundamentalmente formais para que seja possível chegar a critérios “objetivos, exatos e claros no seu funcionamento”) invertem o ónus da prova de modo a facilitar a identificação de uma relação de domínio (Oliveira, 2018, p. 41).

¹¹⁹ Pereira de Almeida considera que o que aqui a lei considera relevante é a “maioria aritmética”, sendo que, nos casos de maioria de facto, se deve fazer a prova da possibilidade de exercício de uma influência dominante (Almeida, 2022, p. 538).

direitos de votos (art. 486.º/2 b))¹²⁰ e a possibilidade de poder designar a maioria dos membros dos seus órgãos de administração ou de fiscalização (art. 486.º/2 c))¹²¹.

Com isto, compreende-se que a posse de uma participação superior a 50% significa, normalmente¹²², a detenção da maioria dos direitos de voto numa assembleia geral, o que leva ao controlo da condução do governo da sociedade dependente através da nomeação de administradores ou gerentes¹²³. Contudo, como por força de disposições legais ou estatutárias¹²⁴ nem sempre uma maioria do capital resulta na detenção da maioria dos direitos de voto¹²⁵, nem a posse da maioria dos direitos de voto implica, necessariamente, a possibilidade de eleição de mais de metade dos membros dos órgãos de fiscalização ou de administração, o legislador decidiu, pelo bem dos interesses da sociedade dependente e como garantia da aplicação do regime das relações de domínio, consagrar individualmente cada uma destas situações, pois cada uma delas infere uma possibilidade forte de poder ser exercida uma influência dominante¹²⁶. Além disto, estas presunções, por serem presunções *iuris tantum* (art. 350.º/2 CC), cedem com a prova em contrário. Bastará demonstrar que a detenção, pela sociedade dominante, da maioria do capital, da maioria dos votos ou da possibilidade de designação de mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização não lhe concedeu a possibilidade de exercer uma influência dominante sobre a sociedade dependente, ou que, na realidade, nenhuma dessas situações se verifica¹²⁷.

¹²⁰ As alíneas a) e b) assentam no facto de os administradores ou gerentes irem seguir as ordens indicadas pelo detentor maioritário de participações ou de votos, devido ao facto de estes poderem decidir a sua reeleição ou destituição (arts. 252.º/2, 257.º/1 e 386.º/2). Já a alínea c) baseia-se no facto de se uma sociedade conseguir designar mais de metade dos membros do órgão de fiscalização (normalmente, por possuir direitos especiais), então, muito provavelmente, conseguirá assumir a direcção da sociedade participada. Contudo, Perestrelo de Oliveira já tem dúvidas quanto ao facto de a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de fiscalização poder permitir o exercício de uma influência dominante (Oliveira, 2018, pp. 41-42).

¹²¹ Como o legislador dotou apenas estas situações de presunções legais, no caso de quaisquer outros instrumentos de domínio (nomeadamente, certos acordos parassociais) será preciso provar que esses permitem o exercício de influência dominante sobre a sociedade dependente (RAMOS, 2023, pp. 361-362).

¹²² Devido aos arts. 250.º/1 e 384.º/1 determinarem que a regra geral é que a uma ação ou quota corresponde um voto, e assumindo que não estão em causa sociedades que também detenham autoparticipações ou participações cujos direitos de voto associados não são exercíveis. Neste último caso, Engrácia Antunes afirma que as frações do capital cujos direitos de voto, por exemplo, estão paralisados ou suspensos, não devem ser tidos em conta e devem ser deduzidos do valor do capital social nominal (Antunes, 2002b, p. 492).

¹²³ Antunes, 2002b, pp. 487-488 e Ramos, 2023, p. 361.

¹²⁴ Por exemplo, o voto plural é permitido nas sociedades por quotas (art. 250.º/2) e é proibido nas sociedades anónimas (384.º/5) (Almeida, 2013, p. 625).

¹²⁵ Antunes, 2002b, p. 497.

¹²⁶ Como dito, não é requisito indispensável à detenção de uma posição de domínio a posse de uma participação maioritária. A posse de uma participação menor a 50% do capital também é viável a permitir o exercício de uma influência dominante quando combinada, nomeadamente, com acordos parassociais de voto, cláusulas estatutárias que consagrem direitos especiais à detentora da participação minoritária e casos de dispersão de capital que lhe atribuam uma maioria de facto. Também constituem instrumentos de domínio os contratos de subordinação (art. 493.º), de empresa e de direito (civil e comercial) comum e, ainda, certas disposições nos estatutos sociais da sociedade dependente, importando aqui mencionar que isto variará consoante o tipo desta sociedade (Antunes, 2002b, pp. 498-523).

¹²⁷ Antunes, 2002b, p. 557 e Ramos, 2023, pp. 360 e 361.

O regime das participações recíprocas qualificadas também abrange as situações de domínio recíproco, isto é, devido à inclusão, nos arts. 487.º/1 e 325.º-A/1, das participações entre sociedades tituladas indiretamente, pode acontecer que duas sociedades, “por intermédio de relações de coligação em círculo ou em cadeia, sejam simultaneamente sociedades dominantes e dependentes entre si”¹²⁸. Imagine-se a seguinte situação: A detém mais de 50% do capital de B e de C, sendo que cada uma destas duas sociedades detém 30% do capital de D, que por sua vez detém mais de 50% do capital de A. Neste caso, A e D são, simultaneamente, dominante e dependente uma da outra e detêm, indiretamente, participações do capital de cada uma, ou seja, é uma relação de participações recíprocas qualificada¹²⁹.

4.3. Regime jurídico

4.3.1. Aspetos gerais

As relações de participações recíprocas qualificadas devem, segundo o art. 485.º/4, ser reguladas pelos arts. 487.º, 325.º-A e 325.º-B. Originalmente, este regime seguia-se apenas pelo art. 485.º/4, que era aplicável às sociedades anónimas, às sociedades por quotas e às sociedades em comandita por ações. Contudo, como o DL n.º 328/95 veio introduzir os arts. 325.º-A e 325.º-B¹³⁰, a opinião comum considera que estes artigos passaram a ser exclusivamente aplicados às sociedades anónimas e às sociedades em comandita por ações (art. 478.º), ficando o art. 487.º parcialmente revogado, isto é, apenas aplicável às sociedades por quotas¹³¹. Por sua vez, Pereira Dias afirma que esta não é a única interpretação possível, pois o art. 325.º-A/3 vem permitir a subscrição, aquisição ou detenção de ações da sociedade dominante portuguesa por dependente estrangeira, enquanto o proibido pelo art. 481.º/2 a) é a subscrição, aquisição ou detenção de participações da sociedade dominante estrangeira por dependente portuguesa. Logo, se a sociedade dependente for uma sociedade anónima portuguesa, cuja dominante é estrangeira, o art. 325.º-A/3 não lhes será aplicável, mas o art. 487.º sim¹³².

Parece-nos que Pereira Dias tem razão nesta interpretação. O que importará na aplicação do art. 487.º será, pela leitura do art. 481.º/2 a), a sociedade dependente ter

¹²⁸ Antunes, 2002b, p. 427.

¹²⁹ Antunes, 2002b, pp. 427 e 428.

¹³⁰ Sobre isto, referimos a existência do artigo “A equiparação da subscrição, aquisição e detenção de ações de uma sociedade anónima por uma sociedade dela dependente ao regime das ações próprias – Trabalhos preparatórios do Decreto-Lei n.º 328/95, de 9 de dezembro, que alterou o Código das Sociedades Comerciais. Parecer e proposta da CMVM”, de 1998.

¹³¹ Neste sentido Antunes, 2002b, p. 428; Dias, 2018, p. 534; Correia, 2009, p. 153; Loureiro *et al.*, 2011, p. 49; e Albuquerque, 2012, p. 895.

¹³² Dias, 2018, pp. 534-535.

como lei pessoal a lei portuguesa, e não o tipo de sociedade que adota, podendo assim o art. 487.º ser aplicado a sociedades anónimas caso sejam sociedades anónimas portuguesas. Apesar disto, faz-nos sentido que os arts. 325.º-A e 325.º-B só sejam aplicados a relações de participações recíprocas qualificadas entre duas sociedades anónimas, visto os preceitos não se encontrarem no Título VI, mas sim no Título IV, específico às sociedades anónimas. Iremos agora explicitar os regimes do art. 487.º e dos arts. 325.º-A e 325.º-B.

4.3.2. Sociedades anónimas

Relativamente às sociedades anónimas e em comandita por ações, os arts. 325.º-A/1 e 325.º-B/1 equiparam as ações detidas pela sociedade dependente na dominante a autoparticipações da sociedade dominante, impondo-lhes a sua sujeição ao regime das ações próprias (arts. 316.º a 319.º e 321.º a 325.º¹³³), com as devidas adaptações¹³⁴. Pereira Dias entende que a *ratio* destes artigos é tratarem das sociedades dominante e dominada como se fossem uma sociedade só, isto pois “se a dominante se serve da dependente para adquirir ações próprias, então tais ações, apesar de formalmente detidas pela sociedade dependente, devem ser tomadas como ações próprias da dominante”.¹³⁵ Assim, a sociedade dominante verá estas ações como ações próprias (podendo, por exemplo, vigorar o princípio da dedutibilidade das autoparticipações) e a dominada detê-las-á como frações de capital alheio (logo poderão ser contabilizadas como parte do seu ativo)¹³⁶.

Devido a esta equiparação, à subscrição de ações da sociedade dominante pela dependente (ações criadas devido a um aumento de capital originado por novas entradas na sociedade dominante¹³⁷), Engrácia Antunes¹³⁸ entende que o art. 316.º/1 impõe uma proibição absoluta de subscrição, por sociedade dependente, por terceiro em nome próprio, mas por conta da sociedade, e pela sociedade dependente, mas por conta da dominante ou por outra também dela dependente (art. 316.º/2 e 325.º-A/2 a

¹³³ Pereira Dias pensa que esta exclusão do art. 320.º (que regula a deliberação de alienação de ações próprias) deve-se à possibilidade de este causar dúvidas quanto a quem teria competência para a deliberação de alienação, pertencendo esta à sociedade dependente (Dias, 2018, p. 538). Já Neves De Sousa é mais pragmático: ou a *ratio* era excluir a imposição de uma deliberação de alienação; ou o legislador “ignorou a questão” (Sousa J., 2014, p. 34). Analisaremos isto mais adiante.

¹³⁴ Como vimos anteriormente a semelhança que as autoparticipações e as participações recíprocas detêm no capital social, percebemos que esta equiparação não é descabida. Contudo, não são totalmente iguais, devendo-se então aplicar aquele regime tendo em mente os perigos específicos das participações recíprocas e os interesses da sociedade dominante.

¹³⁵ Dias, 2018, p. 526.

¹³⁶ Sousa J., 2014, p. 35.

¹³⁷ Visto ser logicamente impossível a subscrição, pela sociedade dependente, de ações da dominante no momento da sua constituição.

¹³⁸ Antunes, 2002b, pp. 429-430.

contrario)¹³⁹. No entanto, Neves DE Sousa já entende que deveria ser permitido a subscrição num aumento de capital por incorporação de reservas, visto este ser “um mero desdobramento das ações já existentes”¹⁴⁰. O que acaba por nos ser essencial aqui, é o facto de não ter lógica que uma sociedade pudesse aumentar o próprio capital social com património que já lhe pertencia, agravando a ficção do seu capital devido à reciprocidade de participações já existente. Assim, não sabemos se será muito relevante a discussão sobre se o art. 316.º/1 configura uma proibição absoluta ou se permite a subscrição num aumento de capital por incorporação de reservas, até porque, para o primeiro autor, a aquisição de ações neste tipo de aumento de capital não constitui uma verdadeira subscrição¹⁴¹. O que consideramos importante é não permitir o agravamento da diluição do capital social e a usurpação da vontade dos sócios.

Estes autores¹⁴² já concordam no sentido de, pelas mesmas razões expostas, dever também ser proibido a subscrição pelo exercício dos direitos de preferência (legais e estatutários) associados às ações já detidas pela sociedade dependente, o que parece ser o sentido do art. 325.º-B/3¹⁴³. No caso de a sociedade dependente diretamente violar esta proibição, o legislador não previu qualquer sanção, sendo que Engrácia Antunes¹⁴⁴ considera que deve dar-se a responsabilidade penal dos administradores pelo art. 510.º/1 e 2, a responsabilidade solidária da sociedade dominante, pelo art. 83.º/4, e a nulidade dessas aquisições. Se, por outro lado, a subscrição se tiver dado por intermédio de terceiro (ou seja, indiretamente), esta subscrição é válida mas, pelo art. 316.º/3, “pertencem para todos os efeitos, incluindo a obrigação de as liberar, à pessoa que as subscreveu ou adquiriu”, e ainda, pelo art. 316.º/5, “os administradores intervenientes nas operações proibidas pelo n.º 2 são pessoal e solidariamente responsáveis pela liberação das ações”, não podendo a sociedade dominante recusar o seu reembolso (art. 316.º/4) e entendendo o autor que, devido a esta imposição, a sociedade dominante está obrigada a adquirir todas as ações que a sociedade dependente subscrever futuramente.

¹³⁹ A expressão utilizada no art. 316.º/2 (“por conta da sociedade”) remete para a proteção da sociedade dominante, considerando que a aquisição corre por conta da dominada se houver um potencial risco económico, enquanto a expressão do art. 325.º-A/2 (“por conta de um terceiro”) diz respeito ao facto de se for um terceiro a adquirir as ações, o risco correrá por conta dele, e não da sociedade dominante, logo será permitido (Dias, 2018, pp. 529-530). Como Diz Neves de Sousa: “se a sociedade por conta da qual as ações são detidas, subscritas ou adquiridas é uma sociedade que, se realizasse diretamente qualquer uma dessas operações, estaria incluída no âmbito de equiparação, será natural que, caso o faça indiretamente, continue incluída” (Sousa J., 2014, p. 31).

¹⁴⁰ Sousa J., 2014, p. 35.

¹⁴¹ Antunes, 2002b, p. 430.

¹⁴² Antunes, 2002b, p. 430 e Sousa J., 2014, p. 38.

¹⁴³ “Enquanto as ações pertencerem à sociedade dependente, consideram-se suspensos os direitos de voto e os direitos de conteúdo patrimonial incompatíveis com o n.º 1 do artigo 316.º”.

¹⁴⁴ Antunes, 2002b, pp. 430-431.

O art. 316.º/5 não exclui a possível responsabilização civil e penal pelos arts. 72.º ss. e 510.º/1¹⁴⁵.

Quanto à aquisição de ações da sociedade dominante pela dependente (ou pelas entidades nas condições descritas nos arts. 316.º/2 e 325.º-A/2), esta rege-se por um princípio de proibição relativa, ou seja, pelo art. 316.º/1, só o poderá fazer em certas circunstâncias e preenchidos determinados requisitos, sendo que é permitido a criação de cláusulas estatutárias que proíbam totalmente a aquisição ou a redução dos casos em que ela é permitida por lei (art. 317.º/1). Assim, a sociedade dependente pode, em princípio, adquirir ações da sociedade dominante tendo em atenção que não pode adquirir ou deter ações em montante superior a 10% do capital da sociedade dominante (art. 317.º/2¹⁴⁶), todas ações que adquirir deverão estar totalmente liberadas (art. 318.º/1)¹⁴⁷, tem de as ter adquirido utilizando lucros distribuíveis (art. 317.º/4)^{148 149}, tem de ter havido uma deliberação da assembleia geral da sociedade dominante no sentido de aprovar a aquisição (sendo que esta não vincula a administração¹⁵⁰) (arts. 325.º-B/2 e 319.º)¹⁵¹ e terá de respeitar a igualdade de tratamento dos acionistas (art. 321.º)¹⁵².

Engrácia Antunes¹⁵³ realça o pressuposto da deliberação favorável em assembleia geral da sociedade dominante, devido ao risco de a sociedade participante poder apropriar-se, indevidamente, pela detenção da maioria dos direitos de voto, da condução da atividade da sociedade participada, retirando aos sócios o direito de fazerem valer a sua vontade. Assim, pelo art. 319.º/1, esta deliberação deve obrigatoriamente conter o número máximo e mínimo (se este existir) de ações a adquirir, o prazo no qual a aquisição terá de se dar (sendo este nunca superior a 18 meses a contar da data da deliberação), as pessoas a quem as ações devem ser adquiridas (quando a deliberação não ordenar que elas sejam adquiridas em mercado regulamentado e se permita a aquisição a certos acionistas, respeitando-se o princípio da igualdade de tratamento dos acionistas¹⁵⁴) e as contrapartidas máximas e mínimas quando as aquisições forem a título

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 431-432.

¹⁴⁶ Como este é um regime que é adaptado à realidade das participações recíprocas qualificadas, este limite de 10% terá de incluir tanto as autoparticipações da sociedade dominante, como as ações detidas pela dependente (Dias, 2018, p. 539).

¹⁴⁷ Exceto nos casos do art. 317.º/3 b), c) e) e f).

¹⁴⁸ O preceito dispõe que o custo da aquisição não poderá ser superior ao valor da sua metade. Contudo, há doutrina que entende que este limite não precisa de ser observado devido ao facto de o Plano Oficial de Contabilidade de 1989 ter vindo estabelecer que as ações próprias deveriam ser contabilizadas como valores negativos, deixando de ser elementos do ativo (Sousa J., 2014, p. 17). Engrácia Antunes inclusive considera este limite excessivo e injustificado (Antunes, 2002b, p. 433).

¹⁴⁹ Engrácia Antunes qualifica estes pressupostos como de natureza substancial (Antunes, 2002b, p. 432).

¹⁵⁰ Sousa J., 2014, p. 18.

¹⁵¹ Sem prejuízo do art. 11.º/4 e 5 e sem ser preciso a aprovação da sociedade dependente por os seus sócios não terem a capacidade de influenciar o sentido de voto (Dias, 2018, p. 540).

¹⁵² Engrácia Antunes qualifica estes requisitos como de natureza formal (Antunes, 2002b, p. 433).

¹⁵³ Antunes, 2002b, pp. 433-434.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 434.

oneroso. Prescindir-se-á desta deliberação quando seja necessário, por motivos de força maior (o que se presume nos casos do art. 317.º/3 a) e e)), podendo aí a administração decidir sozinha, expondo a sua justificação e as condições da aquisição (art. 319.º/3 e 4).

O art. 317.º/3 estabelece um conjunto de condições nas quais a sociedade dependente poderá adquirir ações em valor superior a 10% do capital da sociedade dominante. Assim será quando a lei o exija¹⁵⁵, quando se dê a aquisição de um património a título universal, quando a aquisição for a título gratuito ou quando a aquisição for feita em processo executivo para cobrança de dívidas de terceiros ou por transação em ação declarativa proposta para o efeito¹⁵⁶. Contudo, a sociedade dependente, tem o dever de alienar as ações que excedem os 10% no prazo de 3 anos (art. 323.º/1).

E se a sociedade dependente ignorar o aqui exposto e adquirir, ilicitamente, ações da sociedade dominante? Se a ilicitude é originada pelo facto de as ações não estarem totalmente liberadas, a sua aquisição será nula (art. 318.º/1 e 2). Se a aquisição for ilícita por outro qualquer motivo (por exemplo, sem terem sido usados lucros distribuíveis ou sem haver deliberação favorável da assembleia geral da sociedade dominante), haverá apenas uma obrigação de alienação dessas participações dentro do ano seguinte à sua aquisição (art. 323.º/2), caso contrário estas aquisições (até aí válidas) serão anuladas (art. 323.º/3¹⁵⁷) e administradores poderão vir a ser responsabilizados civil e penalmente (arts. 323.º/4 e 510.º/1¹⁵⁸)¹⁵⁹.

A detenção, pela sociedade dependente, de ações na sociedade dominante, também tem consequências. Pelo art. 324.º/1 b), deve-se tornar “indisponível uma reserva de montante igual àquele por que elas estejam contabilizadas”¹⁶⁰ e o art. 324.º/2 indica as

¹⁵⁵ Por exemplo, o “exercício do direito de exoneração de sócios dissidentes em caso de fusão ou transformação da sociedade dominante, nos termos dos arts. 105.º e 137.º” (Antunes, 2002b, p. 435).

¹⁵⁶ Engrácia Antunes chama aqui à atenção para o facto de que nem todas as disposições do art. 317.º/3 serem transpostas do regime das autoparticipações para o regime das participações recíprocas qualificadas. Com efeito, o art. 325.º-B/1 indica que tal deve ser feito “com as devidas adaptações”, logo o autor indica que o art. 317.º/3 b) não deve aqui vigorar visto o disposto no art. 463.º e considera que, mesmo não sendo impossível, lógica ou operacionalmente, a aplicação de uma qualquer disposição dos artigos alvo de remissão pelo art. 325.º-B/1, deve-se sempre ter o cuidado de verificar que a sua transposição não é feita de má-fé, com o intuito de fraudar a lei e ultrapassar o princípio de proibição geral, com as possíveis consequências que isso possa acarretar relativamente à preocupação com os interesses da sociedade dependente e os riscos organizativos e patrimoniais. (Antunes, 2002b, p. 435).

¹⁵⁷ Há doutrina que entende que, como são os administradores os responsáveis pela falta de anulação (art. 323.º/4), é a estes que deve caber a obrigação de as anular (Sousa J., 2014, p. 20).

¹⁵⁸ Devido à equiparação do art. 325.º-A/1 e à remissão do art. 325.º-B/1, entende-se o porquê de, em vez de a administração poder ser responsabilizada pelo art. 510.º/2, esta poder vir a dar-se, mas pelo art. 510.º/1. A aquisição de ações de uma sociedade dominante por uma sociedade sua dependente é tratada como se de autoparticipações se tratasse, o que não nos faz confusão, visto (como já foi várias vezes explicitado) as suas semelhanças quanto aos seus efeitos no capital social e não só. Aliás, a *ratio* do art. 510.º/2 é de alguma forma parecida à do art. 510.º/1 por ambas serem normas que protegem os interesses dos credores sociais e o normal funcionamento da sociedade, tendo até ambas definido a mesma pena (pena de prisão até 2 anos ou pena de multa).

¹⁵⁹ Antunes, 2002b, p. 436.

¹⁶⁰ Neves de Sousa considera que, com o Plano Oficial de Contabilidade de 1989, deixou de ser preciso a criação desta reserva, por isso dever-se-iam considerar revogados os arts. 324.º/1 b) e 317.º/4 2.ª parte (Sousa J., 2014, p. 21).

informações que devem constar do relatório anual do conselho de administração ou do conselho de administração executivo. Também se tem de ter em mente o art. 325.º-B/3, que impõe que, apenas enquanto as ações estiverem na posse da sociedade dependente, os direitos de voto e os direitos de conteúdo patrimonial incompatíveis com o art. 316.º/1 estão suspensos¹⁶¹. Esta suspensão deve abranger todas as participações detidas pela dominada, independentemente de terem sido adquiridas a título oneroso ou gratuito, de modo definitivo ou apenas temporariamente e lícita ou ilicitamente, exceto àquelas consideradas nulas¹⁶².

Engrácia Antunes¹⁶³ reforça o facto de o art. 325.º-B/3 ter implementado um desvio ao regime das ações próprias (art. 324.º/1 a)), pois neste a suspensão afeta todos os direitos sociais (patrimoniais e organizativos) inerentes à titularidade de ações próprias (exceto o de “receber novas ações no caso de aumento de capital por incorporação de reservas” – art. 324.º/1 a)), enquanto que no desvio aplicado às participações recíprocas qualificadas, apenas serão suspensos, em princípio, os direitos de voto (ou seja, os direitos de natureza social como o direito à informação, o direito de exoneração e o direito de ser eleito para órgãos sociais continuarão a poder ser exercidos) e os direitos patrimoniais que violem a proibição absoluta de não subscrição (como o direito de preferência em aumento de capital), ou as condições legais de aquisição, ou os limites à detenção.

Neves de Sousa e Engrácia Antunes acreditam que o direito a quinhão nos lucros e o direito à quota de liquidação continuarão exercíveis, visto não serem expressamente abrangidos pelo art. 325.º-B/3 e não verem motivo para, entre dois patrimónios distintos, a dominada ver os seus sócios prejudicados¹⁶⁴. Não nos faz confusão concordar com estes autores. De certa forma, não vemos como é que estes direitos iriam contra o art. 316.º/1 ou até como é que prejudicariam a sociedade dominante. Muito pelo contrário, a suspensão, ao abranger estes direitos, prejudicaria os sócios da dominada (não tendo direito ao lucro, estes perderiam uma das razões fundamentais (se não a única) para entrar como sócio numa sociedade comercial) e até o seu próprio património (não teria direito, na liquidação da dominante, a receber parte do seu investimento).

Por fim, como se dará a alienação de ações da dominante pela dominada? Ora, Neves de Sousa coloca aqui a dúvida de saber se o legislador quis ver o art. 320.º excluído

¹⁶¹ O direito não cessa de existir, mas apenas não poderá ser exercido pela sociedade dependente. Isto não impede a dominada de o alienar de modo a, por exemplo, evitar uma desvalorização das ações, protegendo os seus sócios (Sousa J., 2014, p. 39).

¹⁶² Antunes, 2002b, p. 437.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 437-438.

¹⁶⁴ Sousa J., 2014, p. 43 e Antunes, 2002b, p. 439.

da remissão do art. 325.º-B/1 ou se é uma lacuna¹⁶⁵. Como foi referido na nota n.º 133, Pereira Dias não propõe isto constituir uma lacuna e, francamente, também não nos parece que essa possibilidade seja credível. É clara a exclusão do art. 320.º da remissão, de modo que não é possível argumentar que o legislador se possa ter esquecido ou que foi um lapso. Resta-nos concluir que o art. 320.º não é aplicável, cabendo aos sócios da sociedade dependente deliberar livremente a alienação das ações detidas no capital da dominante¹⁶⁶.

4.3.3. Sociedades por quotas

O art. 487.º, no seu /1, consagrou uma proibição de aquisição (direta ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º/2) de participações da sociedade dominante, por parte da sociedade dependente, sendo que Engrácia Antunes¹⁶⁷, a este propósito, entende que se deve interpretar a norma de modo a incluir tanto as aquisições originárias ou derivadas, ou seja, as subscrições (participações resultantes de um aumento de capital em virtude de novas entradas) e aquisições¹⁶⁸. A norma apenas consagrou três casos em que a aquisição de participações é permitida: a aquisição gratuita de quotas na sociedade dominante; a aquisição por adjudicação em ação executiva movida contra devedores; e a aquisição em partilha de sociedades de que seja sócia. Por sua vez, o art. 487.º/2 estabelece a consequência para a violação da proibição de aquisição de quotas do /1, sendo esta a nulidade (exceto se forem compras em Bolsa, caso em que a sociedade titular fica sujeita às limitações e responsabilidade impostas pelo art. 485.º/3), e ainda, há a possibilidade de a gerência vir a responder civilmente, pelos arts. 72.º ss., caso tenha havido danos decorrentes da subscrição ou aquisição, e penalmente pelo art. 510.º/2¹⁶⁹. Neves de Sousa refere que este regime acaba por ser mais restrito em virtude de a possibilidade de controlo da atividade societária pelos sócios ser maior nas sociedades por quotas¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Sousa J., 2014, p. 44.

¹⁶⁶ Também neste sentido Dias, 2018, p. 538; Sousa J., 2014, p. 46; e Albuquerque, 2012, p. 896.

¹⁶⁷ Antunes, 2002b, p. 441.

¹⁶⁸ O autor fundamenta esta via de interpretação pelo facto de os ordenamentos alemães, italianos e espanhóis (que muito inspiraram o português) preverem a proibição em ambas as hipóteses, e porque a subscrição de participações pela sociedade dependente na sociedade dominante também é capaz de criar os riscos organizativos e patrimoniais (que tanto se pretendem evitar) até, segundo o autor, de maneira mais acentuada do que se as tivesse adquirido derivadamente (Antunes, 2002b, p. 441).

¹⁶⁹ Antunes, 2002b, p. 442.

¹⁷⁰ Sousa J., 2014, p. 14.

5. Conclusão

Face ao exposto, cabe-nos agora fazer algumas considerações finais.

Como vimos, as relações recíprocas são um ótimo recurso para as sociedades que querem prolongar as suas relações económicas, mas acarretam riscos. Assim, sujeitam-se ao regime do art. 485.º as sociedades participadas mutuamente em 10% do capital uma da outra, patamar a partir do qual o legislador português considerou ser já uma detenção de ações ou quotas relevante.

Analisando todo o regime e as várias questões que ele compreende, parece-nos que a mais relevante é a falta de previsão de uma sanção para o dever de comunicação, razão pela qual entendemos ser necessário reforçar aqui o nosso entendimento. Como observámos, parte da doutrina considera este dever essencial à criação da própria relação de reciprocidade. Não nos é possível, contudo, concordar. Para nós, o mais correto é não considerar a comunicação como elemento imperativo à aplicação do art. 485.º. Como mencionámos, bastaria a inércia ou o conluio de ambas as sociedades para impedir completamente a aplicação do regime, fazendo, então, mais sentido para nós concordar com Pereira de Almeida, que considera este dever como uma consequência do cruzamento de participações em montante superior a 10% do capital de cada participada. Apesar de compreendermos que, sem qualquer comunicação realizada, não é possível determinar o sujeito passivo desta relação, consideramos que esta questão terá solução também no entendimento de Pereira de Almeida, ou seja, o mais justo e adequado à proteção dos credores e sócios é sujeitar ambas as sociedades às restrições desta disciplina.

Relativamente às participações recíprocas qualificadas, o seu regime difere das participações simples, pois cumula-se uma relação de domínio com o cruzamento de participações. Assim, o mais seguro é impedir ou limitar a sociedade dependente de adquirir participações da dominante, sob pena de se ficcionar o seu capital social, razão pela qual os arts. 325.º-A e 325.º-B equiparam estas detenções à posse de autoparticipações.

Com isto, é possível perceber que as participações recíprocas sempre foram uma figura de coligação societária que preocupou o legislador, pois, se não regulada e sem ter limites impostos, as suas consequências podem levar a situações graves, desde a completas ficções do capital social até à total usurpação da vontade dos sócios minoritários.

6. Bibliografia

- ALBUQUERQUE, P. (2012). Comentário aos arts. 325.º-A e 325.º-B.º. In *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª edição, pp. 893-899. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, A. P. (2022). *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados, Vol. 1 – As sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, J. O. (2000). *Direito comercial, sociedades comerciais: Parte geral*, vol. IV. Lisboa.
- CARVALHO, I. T. S. (2016). *Relações de participações recíprocas – O Papel central do dever de comunicação*. Tese de Mestrado em Direito com Especialização em Direito das Empresas e dos Negócios. Porto, Universidade Católica Portuguesa.
- CASTRO, C. O. (1989). Sociedades anónimas em relação de participações recíprocas. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, vol. IV da 2.ª série, n.ºs 1-2 (jan.-jun.), pp. 109-141.
- CORDEIRO, A. M. (2022). *Direito das sociedades, Vol. I – Parte geral*, 5.ª edição. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2023). *Direito das sociedades, Vol. II – Das sociedades em especial*, 4.ª reimpressão da 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, P. (2009). Coligação de sociedades – Comunicações e proibições. *Revista Julgar*, n.º 9, pp. 149-156.
- CUNHA, P. O. (2022). *Direito das sociedades comerciais*, 7.ª edição. Coimbra: Almedina.
- DIAS, R. P. (2018). Comentário aos arts. 325.º-A e 325.º-B. In *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. V, pp. 524-541. Coimbra: Almedina.
- DOMINGUES, P. T. (2004). Do capital social. Noção, princípios e funções. *Scientia Iuridica*, vol. 33.
- DOMINGUES, P. T. (2022). *O financiamento societário pelos sócios (e o seu reverso)*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- DOÑA, M. S. F. (1998). *Participaciones recíprocas entre sociedades de capital*. Editorial Aranzadi.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. A. (2003). Autoparticipações e cômputo das participações intersocietárias. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, pp. 275-291. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. A. (2000). *Participações qualificadas e domínio conjunto*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. A. (2002a). O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas. In *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 2. Coimbra: Almedina.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. A. (2002b). *Os grupos de sociedades, Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- GOMES, F. (2012). Considerações introdutórias à problemática jurídica dos grupos de sociedades. In *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, pp. 355-392.

- LOUREIRO, C.T. & EREIO, J. T. (2011). A relação de domínio ou de grupo como pressuposto de facto para a aplicação das normas do Código das Sociedades Comerciais – O âmbito espacial em particular. In *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 30, pp. 46-61.
- MENDES, P. S. (2012). Comentário ao art. 510.º. In *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª edição, pp. 1346-1348. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A. P. (2018). *Manual de grupos de sociedades*. Coimbra: Almedina.
- PINHEIRO, L. L. (2012). Comentário ao art. 3.º. In *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª edição, pp. 64-84. Coimbra: Almedina.
- PIRES, F. A. (1997). Participações qualificadas em instituições de crédito. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 57, n.º 3, pp. 1099-1142.
- POLÓNIA, R. (2023). *Direito das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.
- RAMOS, M. E. G. (2022). *Direito comercial e das sociedades entre as empresas e o mercado*. Coimbra: Almedina.
- RAMOS, M. E. G. (2023). *Direito das sociedades*. Coimbra: Almedina.
- RONCA, M. (2016). *Partecipazioni azionarie incrociate e sistemi di governo societario come modalità di minimizzazione dell'investimento e massimizzazione dei benefici del controllo: elementi teorici ed analisi del caso italiano*, Trabalho para a Cadeira Operazioni di Finanza Straordinaria. Roma, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Dipartimento di Economia e Direzione delle Imprese.
- SOUSA, J. N. (2014). *Os problemas de interpretação dos artigos 325.º-A e 325.º-B do Código das Sociedades Comerciais*. Tese de Mestrado em Direito Empresarial. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- SOUSA, S. A. (2018). Comentário ao art. 510.º. In *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VII, pp. 445-449. Coimbra: Almedina.
- SOUSA, S. A. (2022). Responsabilidade penal e administração das sociedades: Questões atuais. *Direito das Sociedades em Revista*, VI Congresso, Coimbra, Almedina, pp. 365-377.
- VENTURA, R. (1978). Participações recíprocas de sociedades em sociedades. *Scientia Iuridica*, t. 27, n.º. 153-156 (jul.-dez.), pp. 359-420.

A Inteligência Artificial na relação jurídico-laboral
Reflexos na saúde e segurança no trabalho

Mariana Nunes de Magalhães

Sob orientação da Professora
Doutora Ana Cristina Ribeiro Costa

Agradecimentos

À Professora Doutora Ana Cristina Ribeiro Costa, a quem agradeço por toda a disponibilidade, todas as correções e todos os ensinamentos.

Resumo

A confluência das tecnologias de inteligência artificial com o Direito do Trabalho e, em concreto, com a saúde e segurança no trabalho representa um cenário complexo com diversas oportunidades e desafios que tem vindo a ganhar cada vez mais importância. Por um lado, a inteligência artificial permite a prevenção de riscos, doenças e acidentes no local de trabalho. Salientam-se, entre o mais, as capacidades de gestão e monitorização de comportamentos dos trabalhadores e a utilização das tecnologias de automação baseadas em inteligência artificial, as quais permitem garantir o cumprimento das normas de saúde e segurança no trabalho, minimizando o envolvimento humano em tarefas de alto risco.

Por outro lado, esta relação apresenta também desafios, que devem ser identificados e estudados para que seja possível perceber qual a melhor abordagem à integração da inteligência artificial no local do trabalho. Assim, pretende-se, com esta tese, analisar as principais questões que se colocam e de que forma estas podem ser ultrapassadas, possibilitando a concretização de todos os benefícios que a inteligência artificial pode trazer no âmbito da saúde e segurança no trabalho.

Palavras-chaves: Inteligência Artificial, algoritmos, saúde e segurança no trabalho, direito do trabalho.

Abstract

The intersection of Artificial Intelligence technologies with labour law and with health and safety at work represents a complex scenario with various opportunities and challenges which is becoming increasingly important. On the one hand, artificial intelligence makes it possible to prevent risks, illnesses and accidents in the workplace. These include the ability to manage and monitor workers' behaviour and the use of automation technologies based on artificial intelligence, which make it possible to guarantee compliance with health and safety standards at work, minimising human involvement in high-risk tasks.

On the other hand, this relationship also presents challenges that need to be identified and studied in order to understand the best approach to integrating artificial intelligence into the workplace. The aim of this dissertation is therefore to analyse the main issues that arise and how they can be overcome, making it possible to realise all the benefits of Artificial Intelligence in improving health and safety at work.

Keywords: Artificial Intelligence, algorithms, occupational safety and health, labour law.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
al.	alínea(s)
art.	artigo
arts.	artigos
AT	Acidente(s) de trabalho
CC	Código Civil
Cfr.	conforme
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DL	Decreto-Lei
EPI	Equipamento(s) de Proteção Individual
EU-OSHA	Agência Europeia para a Saúde e Segurança no Trabalho
IA	Inteligência Artificial
IRCT	Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho
LAT	Lei dos Acidentes de Trabalho (Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro)
LPDP	Lei da Proteção dos Dados Pessoais, pela qual foi assegurada, no ordenamento jurídico nacional, a execução do RGPD, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto).
LSST	Lei da Saúde e Segurança no Trabalho (Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro)
n.º	número
NTIC	Novas Tecnologias de Informação e Comunicação
OCDE	Organização Europeia de Cooperação Económica
OIT	Organização Internacional do Trabalho
p.	página
pp.	páginas
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016)
ss.	seguintes
Seg. Social	Segurança Social
SST	Saúde e Segurança no Trabalho
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora

TRL	Tribunal da Relação de Leiria
TRP	Tribunal da Relação do Porto
EU	União Europeia
Vol.	volume

Índice

1. Introdução	8
2. A Inteligência Artificial no local de trabalho	
3. A utilização da Inteligência Artificial no âmbito da saúde e segurança no trabalho – vantagens e desvantagens	10
4. Riscos da utilização da Inteligência Artificial para a SST	14
5. Doenças profissionais e Acidentes de trabalho – que responsabilidade?	33
6. Conclusão	37
Bibliografia	39

1. Introdução

Nos dias de hoje, a relação homem-máquina é mais estreita do que nunca, o que sobressai em várias dimensões das nossas rotinas diárias, desde logo, no mundo do trabalho. Com efeito, é cada vez mais frequente ouvirmos falar de trabalho em plataformas digitais¹, da utilização de robôs ou máquinas automatizadas no local de trabalho, da utilização de algoritmos em processos de recrutamento, entre outras formas de interpenetração da tecnologia no trabalho². Todas estas questões implicaram uma mudança de paradigma na clássica relação trabalhador-empregador, passando a equacionar-se, a par destes, a intervenção de um terceiro sujeito – a IA³. Sendo certo que com a intervenção da IA se pretende um benefício para ambas as partes da relação laboral, é possível apontar, de igual forma, riscos na sua utilização, porquanto se trata de algo cujo funcionamento nenhuma das partes domina inteiramente.

Mantendo o foco na posição do empregador, a SST constitui uma impreterível dimensão dos deveres que este assume no contexto da relação laboral, o que desde logo se extrai do art. 127.º, n.º 1, al. g) a i) do CT e art. 15.º da LSST. A obrigação de cumprimento das regras de SST específicas de cada domínio tem reflexos não só na distribuição de tarefas pelos trabalhadores, mas também nas regras e procedimentos de que estas mesmas tarefas se devem fazer acompanhar. Fruto da referida influência do mundo digital, estas atividades não são, muitas vezes, estanques, evoluindo e adaptando-se consoante a evolução tecnológica o determina. Tal adaptação tem, invariavelmente, reflexos também na SST.

De um ponto de vista da legislação europeia, consta do art. 5.º da Diretiva-Quadro n.º 89/391/CEE que a entidade patronal é obrigada a assegurar a segurança e a saúde dos trabalhadores em todos os aspetos relacionados com o trabalho. Este preceito deve, então, orientar a atuação do empregador, no sentido de efetuar a avaliação dos riscos profissionais que existem e que podem ainda vir a surgir no local de trabalho⁴, com o objetivo de prevenir incidentes e dar por integralmente cumprida esta obrigação.

A partir desta análise, será possível determinar medidas não só de prevenção, como também de minimização dos danos e lesões que podem resultar do exercício da prestação de trabalho. Para além desta Diretiva-Quadro, existem outras Diretivas relativas à SST que densificam as matérias respeitantes a determinados riscos profissionais específicos (por

¹ Por trabalho em plataformas digitais entende-se o trabalho que é prestado com recurso a plataformas de serviços em linha – cfr. definição da EU-OSHA, disponível em: <https://healthy-workplaces.osha.europa.eu/pt/about-topic/priority-area/digital-platform-work>.

² Sobre o crescimento da utilização destas tecnologias no local de trabalho, *vide* Soffia *et al.*, 2024, pp. 15-16.

³ Ortega Lozano & Guindo Morales, 2024, p. 109.

⁴ Quanto à obrigação do empregador em matéria de SST, *vide* Rouxinol, 2008, Roxo, 2011 e Quintas 2016.

exemplo, a exposição a substâncias perigosas ou agentes físicos), a tarefas individuais (por exemplo, a movimentação manual de cargas) ou a locais de trabalho de alto risco (por exemplo, locais de trabalho temporário, indústrias extrativas, ou navios de pesca)⁵.

Demonstrada a necessidade de regulamentação mais densa e específica em matéria de SST em determinados setores de atividade ou formas de prestação de trabalho considerados perigosos ou de alto risco, é razoável assumir que será, pois, igualmente necessária a criação de normas específicas que acautelem a utilização da IA no âmbito da SST, atendendo às particularidades que esta comunhão coloca.

Toda esta regulação, da mais genérica à mais específica, tem inevitavelmente reflexo na legislação nacional dos estados europeus, não sendo Portugal uma exceção. Assim, abrindo-se a possibilidade de criação de legislação específica para a IA na SST a nível europeu⁶, tal deverá refletir-se, em momento posterior, numa adaptação do ordenamento português.

⁵ Todolí-Signes, 2021, p. 443.

⁶ Como se comprova pela vontade da União Europeia em regular a utilização a Inteligência Artificial nos Estados Membros, vontade esta que se traduziu na união de esforços para criação da primeira regulamentação abrangente sobre a IA – Abrantes & Dias, 2023, p. 41. O “Artificial Intelligence Act” ou *AI Act* foi aprovado a 13 de março de 2024 e publicado no Jornal Oficial da União Europeia a 13 de junho de 2024, podendo ser consultado em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689>.

2. A Inteligência Artificial no local de trabalho

Para que seja possível desenhar um enquadramento legal nesta matéria, é necessário entender o que é a IA *per se*, e de que forma esta se integra no contexto laboral.

No fundo, os sistemas de IA, enquanto sistemas que apresentam um comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e tomando medidas – com um determinado nível de autonomia – para atingir objetivos específicos⁷, assumem um importante papel no auxílio à tomada das decisões mais complexas no local de trabalho. Tal apenas é possível atendendo à grande capacidade de análise e processamento de dados da IA, que permite obter conhecimentos mais profundos sobre a realidade envolvente e o desenho de vários cenários hipotéticos⁸. Ademais, a IA facilita as tarefas de gestão dos trabalhadores, cumprindo não só uma função de vigilância mais eficiente e precisa, mas também de apoio à ação disciplinar, por um lado, e ao incentivo da produtividade, por outro, pela criação de sistemas de avaliação de desempenho baseados em métodos de incentivos e penalizações, influenciando o comportamento dos trabalhadores⁹. A par destas vantagens para o empregador, a IA permite também auxiliar os trabalhadores na execução de tarefas fisicamente mais exigentes, minorando situações de deterioração da condição de saúde dos mesmos.

Com isto, a aplicação da IA no trabalho pode passar pela utilização de dispositivos inteligentes, capazes de controlar a velocidade na execução de tarefas, a distribuição destas pelos trabalhadores, os momentos de interação com os colegas de trabalho, ou identificar comportamentos desviantes. Estas tecnologias vieram alterar os equipamentos, as ferramentas e os sistemas utilizados para organizar e gerir o trabalho na maioria dos setores profissionais. Ademais, assiste-se a uma evolução que permite avanços contínuos na automatização de processos de trabalho, cada vez mais complexos, interligados e autónomos, ultrapassando o inicial âmago da automação, que se restringia a tarefas mais monótonas e repetitivas¹⁰. Não obstante, o recurso à IA não importa necessariamente a existência de um aparelho físico: pode consistir meramente na utilização de programas, por exemplo, capazes de analisar mensagens e *e-mails* enviados pelos trabalhadores e detetar como é que o seu conteúdo se pode relacionar com os seus níveis de produtividade¹¹.

Contam-se como exemplos de instrumentos utilizados as pulseiras ou braceletes que são fornecidas aos trabalhadores para garantir a eficiência do trabalho em armazém,

⁷ Boura, 2023, pp. 103-104.

⁸ Coelho Moreira & Dray, 2021, pp. 78-79.

⁹ Adams-Prassl, 2022, pp. 233-234.

¹⁰ Macías García, 2022, p. 89.

¹¹ Phoebe V. Moore destaca que esta análise de *e-mails* é cada vez mais utilizada como forma de “detetar” o estado de espírito dos trabalhadores em *call centres* – Moore, 2019, pp. 300-301.

determinando as rotas a seguir em direção aos produtos, através de informação de localização por GPS¹², evitando, assim, perdas ou distrações. Noutros ambientes de trabalho, este tipo de dispositivos permite que se sigam os passos do trabalhador na execução de tarefas mais complexas, emitindo avisos de perigo quando necessário. A utilização destes aparelhos pode ainda servir um propósito de otimização do tempo de trabalho quando está em causa a execução de tarefas rotineiras, garantindo níveis de produtividade constantes e elevados¹³.

A par destes, ainda que revistam uma natureza um pouco diferente, temos os dispositivos direcionados ao auxílio na realização de trabalhos específicos, como coletes e exoesqueletos. Estes permitem acompanhar o trabalhador, em tempo real, na execução de tarefas fisicamente exigentes, produzindo ajustes para correção da postura do trabalhador sempre que necessário¹⁴. Os sensores de movimento e de localização tipicamente instalados nestes equipamentos são igualmente importantes na emissão de alertas ao trabalhador quando este se aproxima de zonas de trabalho especialmente perigosas¹⁵. Atendendo a este tipo de funções, a programação de algoritmos capazes de prever acidentes com base num conhecimento profundo dos cenários reais das condições de trabalho em que os trabalhadores são colocados é também uma área em que o auxílio da IA é claramente relevante.

Posto isto, a interpenetração entre a utilização de sistemas de IA e a organização do mercado de trabalho no mundo atual é por demais evidente¹⁶.

¹² Existe algum debate na doutrina acerca da classificação dos sistemas de vigilância dos trabalhadores por via de geolocalização como um “meio de vigilância à distância”. A importância desta classificação reside no facto de a utilização destes meios ser, como regra geral, proibida, estando limitada pelo cumprimento dos requisitos do art. 20.º do CT, quanto aos fins da utilização (“proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem”) e dever de informação prévia dos trabalhadores. Estes requisitos justificam-se pelo perigo de interferência com os direitos fundamentais dos trabalhadores, nomeadamente, o direito à reserva da intimidade da vida privada. Apesar de não haver consenso na jurisprudência, é do entendimento de António Monteiro Fernandes que, não obstante o empregador tenha poderes para supervisionar o desempenho profissional do trabalhador, no âmbito do seu poder de direção (art. 97.º do CT), este deve ser entendido com limites, desde logo, aqueles previstos no referido art. 20.º do CT, dada a *ratio* subjacente aos riscos que se pretende acautelar – Monteiro Fernandes, 2023, pp. 292-294. Neste sentido, a recolha de dados de geolocalização deve entendida como “meio de vigilância à distância”, aplicando-se-lhe o respetivo regime do CT.

¹³ Todolí-Signes, 2021, p. 436.

¹⁴ Ajunwa, 2018, p. 35.

¹⁵ O que é sobretudo relevante em trabalhos de construção civil ou que lidam com materiais especialmente perigosos, em matéria de SST.

¹⁶ Também sobre o impacto das diferentes modalidades de utilização da IA no local de trabalho (concretamente, sistemas de vigilância e utilização de robôs), *vide* Stewart, 2024.

3. A utilização da Inteligência Artificial no âmbito da saúde e segurança no trabalho – vantagens e desvantagens

No domínio da SST, o impacto da utilização da IA contempla aspetos bastante positivos, mas também negativos, dependendo da forma como esta é implementada e aproveitada pela entidade empregadora.

De entre as vantagens que podemos extrair desta utilização conta-se, desde logo, a possibilidade de armazenamento e processamento de grandes quantidades de informação. Esta capacidade dos sistemas de IA permite que os mesmos estejam mais aptos à adoção de medidas de prevenção de riscos no local de trabalho – a área de preocupação por excelência da SST – ou, quando a prevenção não seja possível, a atuar da forma mais rápida e eficaz à reparação ou minoração dos danos. Além disso, quando o algoritmo é utilizado pelas inspeções do trabalho, recolhendo dados dos trabalhadores de forma precisa, permite uma investigação mais profunda das violações de regras de SST que possam existir dentro das empresas¹⁷.

Por outro lado, podem ser criados mecanismos para medir o bem-estar geral dos trabalhadores, através do controlo de dados biométricos e deteção, através destes, dos níveis de fadiga e cansaço, definindo se é seguro que estes continuem a trabalhar atendendo à probabilidade de virem a sofrer um AT. Ademais, são pertinentes as preocupações com a saúde mental dos trabalhadores, que os empregadores podem procurar mitigar através da utilização de *chatbots*, isto é, *softwares* que, através da simulação de conversas com os trabalhadores, conseguem estabelecer padrões e definir probabilidades em relação a problemas psicológicos que estes possam vir a desenvolver, associados ao ambiente no local de trabalho¹⁸.

No polo oposto, verifica-se uma pressão constante exercida sobre os trabalhadores para que não deixem cair os níveis de produtividade, sob pena de ficarem rotulados como trabalhadores menos competentes no seio da empresa. A IA consegue manter este ritmo de trabalho acelerado emitindo recomendações e orientações variadas enquanto os trabalhadores executam as tarefas que lhes foram alocadas¹⁹. Outra técnica utilizada é a emissão de avisos aos trabalhadores através dos aparelhos de monitorização sempre que estes demorem mais tempo a executar uma tarefa do que aquele estipulado pelo algoritmo²⁰. Este constrangimento a que os trabalhadores se subjugam no local de trabalho espoleta o

¹⁷ Mercader Uguina, 2022, p. 80.

¹⁸ EU-OSHA, 2022a. p. 17.

¹⁹ *Idem*, p. 5.

²⁰ Todolí-Signes, 2021, p. 436.

aparecimento de fatores de riscos psicossociais relevantes, como o *stress*, a fadiga e a carga mental no trabalho²¹. Além disso, podem contar-se riscos relacionados com a própria saúde física dos trabalhadores, pois a pressão constante com a velocidade na execução das tarefas leva a que, por vezes, negligenciem o cumprimento de todas as regras de SST, estando assim mais vulneráveis à ocorrência de AT²².

²¹ Ordem dos Psicólogos Portugueses, 2014, p. 3.

²² Utilizando o exemplo da Agência Europeia para a Saúde e Segurança no Trabalho, há relatórios que relatam desmaios por parte de trabalhadores da Amazon causados pela intensidade excessiva do ritmo de trabalho que lhes é exigido – EU-OSHA, 2022a, p. 21.

4. Riscos da utilização da Inteligência Artificial para a SST

4.1 Os robôs colaborativos e os robôs humanos – principais perigos

A partilha do local de trabalho com robôs é uma realidade cada vez mais premente, ainda que com impactos mais significativos numa indústria do que noutras. Acreditando que este impacto não esteja ainda no expoente máximo da expressão que pode vir a ter, convoca desde já problemas significativos, cuja abordagem não deverá passar despercebida.

Os robôs móveis autónomos ou exoesqueletos, igualmente conhecidos por robôs colaborativos, são sistemas de IA avaliados, controlados, auxiliados e geridos²³ pelos trabalhadores, para que com eles colaborem no exercício da prestação de trabalho, numa relação de grande proximidade²⁴. Entre as principais vantagens da utilização destas tecnologias identifica-se, designadamente, o auxílio dos trabalhadores nas tarefas de manipulação manual e trabalhos pesados²⁵. Em especial, as mesmas permitem que trabalhadores com idade mais avançada continuem a desempenhar trabalhos fisicamente exigentes e facilitam o acesso ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência²⁶.

Por outro lado, em certos casos, a complementaridade entre ser humano e máquina dá lugar a uma completa substituição do trabalhador por esta, reduzindo as situações em que este estaria exposto a ambientes perigosos, espaços confinados e apertados, trabalhos em altura, sons ou vibrações exagerados, ou contacto direto com máquinas perigosas. Não descurando, a permuta do trabalhador pelo robô ou máquina é também frequente quando estão em causa tarefas simples, mais rotineiras ou repetitivas^{27/28}. Tudo isto são medidas que, corretamente implementadas, podem reduzir a exposição a vários tipos de riscos profissionais, entre os quais, riscos mecânicos, físicos, biológicos ou ergonómicos. No âmbito dos danos, reconhece-se a diminuição dos acidentes ou doenças que possa derivar da realização continuada, por um longo período de tempo, de trabalhos que exijam um grande esforço físico, na medida em que os trabalhadores deixam de executar estas mesmas tarefas²⁹.

²³ Coelho Moreira, 2023, p. 209.

²⁴ Colim *et al.*, 2020, p. 2.

²⁵ Ajudando na adoção das posturas mais corretas e utilizando sensores de previsão de perigos em ambientes menos controlados – Ortega Lozano & Guindo Morales, 2024, p. 104.

²⁶ Macías García, 2022, pp. 90-91.

²⁷ Stacey *et al.*, 2018, p. 8.

²⁸ Nas linhas de montagem manuais, existe, tipicamente, uma elevada flexibilidade, mas uma baixa produtividade, em comparação com os sistemas que são já automatizados. Deste modo, a implementação do auxílio de robôs colaborativos para este tipo de postos de trabalho poderá melhorar a produtividade, mantendo a flexibilidade – o que, no fundo, contribui para um maior bem-estar global dos trabalhadores, que se veem complementados nas suas limitações físicas pelo auxílio das máquinas. – Colim *et al.*, 2020, pp. 17-18.

²⁹ Rohenkohl & Clarke, 2023, p. 20.

Ora, esta nova forma de colaboração traz irremediavelmente questões de SST que antes não se pensavam. Falamos, por exemplo, do facto de os trabalhadores passarem a estar sujeitos a problemas como falhas de sensores (de movimento, eletromiográficos), interferências elétricas ou ciberataques aos sistemas de segurança dos dispositivos, ou mesmo a imprevisibilidade de comportamentos associada à programação por técnicas de *machine learning*³⁰ ³¹. O próprio equipamento que os robôs manuseiam também pode constituir um perigo para os trabalhadores, caso ocorram falhas no programa que determina que passos estes devem seguir na realização das tarefas – e que se agrava se considerarmos a perigosidade inerente a estes aparelhos (designadamente, *lasers*, equipamentos de soldadura ou mecânicos) que, por isso, se pretendeu afastar dos trabalhadores³².

Outros problemas associam-se ao próprio ritmo de trabalho. A máquina não faz pausas para comer ou descansar. Como consequência, o trabalhador sente pressão para trabalhar como um robô humano, tornando-se consideravelmente mais difícil para este gerir os momentos de pausa ou de relaxamento, o que resulta em situações de exaustão e *stress*, provocadas pela pressão em manter os níveis de produtividade elevados. Em consequência, estes trabalhadores podem também experienciar uma diminuição das suas competências cognitivas, criativas, ou espírito crítico, pela perda de estímulo que advém de um trabalho realizado cada vez mais automaticamente, assim como sentimentos de perda de individualidade no trabalho e de falta de satisfação profissional³³, que podem ser identificados como fatores de riscos psicossociais.

Paralelamente, não são de descurar os riscos indiretos que podem advir da utilização destas tecnologias. Havendo atividades que passam a ser exclusivamente exercidas por máquinas, o que é que isso deixa aos trabalhadores? Por um lado, a automatização dos processos de trabalho pode transformar o papel de alguns operadores num papel de supervisão, possivelmente de vários processos em vários locais diferentes ao mesmo tempo, o que pode aumentar a exigência cognitiva, impactando negativamente a SST, especialmente no que concerne a saúde mental³⁴.

³⁰ Já que uma perceção incorreta do ambiente ou uma resposta inadequada a situações imprevistas com que o robô se depara, podem causar incidentes – Jansen, *et al.*, 2018, p. 17. Sobre os problemas da utilização de algoritmos de *machine learning* no contexto laboral, *vide* Ekbja, 2024.

³¹ Estes riscos encontram-se minimizados pela obrigatoriedade de os produtores/fabricantes respeitarem os requisitos impostos pela Diretiva Máquinas, relativa às Máquinas (2006/42/CE), e a Diretiva relativa às prescrições mínimas de segurança e de saúde para a utilização pelos trabalhadores de equipamentos de trabalho no trabalho (2009/104/CE), aquando da colocação dos seus produtos no mercado –Faria *et al.*, 2020, p. 2.

³² Stacey *et al.*, 2018, p. 8.

³³ EU-OSHA, 2024, p. 4.

³⁴ Macías García, 2022, p. 92.

Por outro lado, este papel de supervisão pode ser interpretado como um esvaziamento da função destes trabalhadores, já que antes eram eles os responsáveis pela execução da tarefa propriamente dita. Tal condição pode levar a uma prostração no trabalho que é, de igual forma, prejudicial para a saúde, sem esquecer o *stress* associado ao permanente receio de desemprego por extinção do posto de trabalho³⁵ – o trabalho repetitivo e a subcarga qualitativa estão ambos ligados à monotonia subjetiva, por sua vez associada a níveis mais elevados de sofrimento psicológico e insatisfação profissional³⁶.

Por fim, a dependência excessiva dos robôs ou exoesqueletos suprarreferidos na realização do trabalho manual pode ter repercussões na aptidão física dos trabalhadores, refletindo-se, nomeadamente, na perda de massa muscular, destreza física, densidade óssea ou flexibilidade das articulações. Ademais, os exoesqueletos podem dar aos trabalhadores uma sensação de invulnerabilidade, levando-os a correr maiores riscos por lhes transmitirem uma falsa sensação de segurança, já que conferem ao trabalhador uma força e agilidade que este naturalmente não teria³⁷.

Desta análise, concluímos, portanto, que, não obstante a potencial redução da exposição a certos riscos profissionais³⁸, a introdução de robôs colaborativos no local de trabalho obriga-nos a equacionar novos riscos – sobretudo, riscos mecânicos, associados à utilização (e às falhas) destes mesmos equipamentos³⁹. Neste sentido, pergunta-se: qual a melhor forma de coordenar/regular esta nova relação homem-máquina? A Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017⁴⁰, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica, aponta, desde logo, para o estabelecimento de um regime de seguro obrigatório, que deveria levar em conta todos os entes da cadeia que poderão ser alvo de responsabilidade. Apesar de essencialmente pensado para os robôs automóveis, nada impede que se extrapole esta abordagem para outro tipo de robôs, a saber, aqueles utilizados na indústria, que são suscetíveis de prejudicar os trabalhadores⁴¹.

De outro modo, no que concerne aos riscos de AT que decorram do trabalho com estes equipamentos, tal situação parece já acautelada pela inclusão destes robôs no conceito de instrumentos e equipamentos de trabalho do DL n.º 50/2005, de 25 de fevereiro, que consagra as prescrições mínimas de segurança e de saúde que os empregadores devem

³⁵ Coelho Moreira, 2023, p. 213.

³⁶ Bérastégui, 2021, p. 39.

³⁷ Stacey, *et al.*, 2018, p. 8.

³⁸ Com a eliminação/substituição de trabalhos que exigem maior esforço físico ou em que a exposição a substâncias nocivas para a sua saúde é inevitável.

³⁹ Mandinaud & Ponce del Castillo, 2024, p. 238.

⁴⁰ Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html#title1.

⁴¹ Rivas Vallejo, 2020, p. 187.

cumprir aquando da utilização de equipamentos, designadamente, tecnológicos, no local de trabalho, sem prejuízo das especificidades que é possível identificar, atendendo à natureza da IA.

Pensando na própria relação de trabalho, é prudente garantir que a transição para a automação seja suave para os trabalhadores, prevendo-se, assim, uma melhor aceitação. Com efeito, o papel do princípio da igualdade e não discriminação não deve aqui ser negligenciado – neste caso, colocando-se a tónica na discriminação da força de trabalho humana, em detrimento da automação/robotização⁴². Os trabalhadores precisam de ser consultados e envolvidos nas estratégias de implementação das novas tecnologias no local de trabalho, garantindo que o interesse do empregador mantém o foco na vontade de melhorar as condições de trabalho, desde logo, ao nível da SST⁴³, não se desviando para preocupações puramente económicas ou de modernização tecnológica da empresa⁴⁴.

4.2 A (sobre)vigilância dos trabalhadores

A IA veio também facilitar a tarefa de monitorização dos trabalhadores, tanto durante a prestação de trabalho como fora desta. De facto, é inegável que a vigilância conseguida através da IA é muito mais profunda e realista do que aquela que poderia ser feita por um supervisor humano que, por ter essa mesma condição, estaria também sujeito a distrações ou momentos de pausa. Esta forma de monitorização permite um melhor seguimento da atividade dos trabalhadores, permitindo ao empregador intervir de forma eficaz na deteção, por exemplo, situações de exaustão no local de trabalho e adotar medidas que permitam um melhorar o bem-estar dos trabalhadores⁴⁵.

No entanto, fruto desta atenção permanente da IA, deveremos questionar quão frequentes serão as situações de sobremonitorização, e quais os resultados perversos que delas poderão advir. O facto de a monitorização poder assumir vestes tão diferentes, atendendo não só ao tipo de trabalho em causa como também à própria intenção do empregador ou aos equipamentos utilizados, leva a que se possam identificar também diferentes problemas e soluções, consoante o caso em apreço.

Em primeiro lugar, podemos abordar a vertente da vigilância necessária como forma de prevenir AT e/ou doenças profissionais, nomeadamente quanto a profissões de risco. É o

⁴² Sánchez-Urán Azaña & Grau Ruiz, 2020, p. 123.

⁴³ Macías García, 2022, p. 93.

⁴⁴ Isto pode ser conseguido se for dado um papel verdadeiramente prevalente às comissões de trabalhadores e aos delegados sindicais aquando da introdução destes mecanismos no local de trabalho, em cumprimento do disposto nos arts. 424.º, n.º 1, al. j) e 466.º, n.º 1, al. d), do CT, assim como pela garantia do dever de informação previsto no art. 106.º, n.º 3, al. s), do CT.

⁴⁵ Ortega Lozano & Guindo Morales, 2024. p. 106.

caso dos pequenos dispositivos de vigilância inseridos nos EPI utilizados pelos trabalhadores, capazes de detetar em tempo real a presença de substâncias perigosas, níveis de ruído ou de vibrações elevados, variações de temperatura perigosas ou más posturas. Com base nesta informação, estes dispositivos emitem avisos de exposições nocivas, alertando para potenciais riscos de problemas de saúde, fadiga e *stress*⁴⁶. Detetados antecipadamente, estes riscos podem ser devidamente mitigados, mostrando o sucesso de uma atitude preventiva.

Associada a esta vigilância num sentido de prevenção de AT, temos a monitorização dos trabalhadores *tout court*. Esta vigilância é mais ou menos abrangente e transversal às mais diversas áreas, derivando essencialmente da necessidade de o empregador manter os níveis de produtividade elevados e verificar o comportamento dos trabalhadores, porquanto resulta da própria lógica do Direito do Trabalho que o poder de direção do empregador abarca não só a faculdade de emitir estas ordens ou instruções aos trabalhadores, mas também a possibilidade de controlar se estas estão efetivamente a ser cumpridas nos moldes previstos⁴⁷.

As relações de trabalho subordinado implicam, inevitavelmente, alguma forma de controlo organizacional. Este controlo pode ser feito através de sistemas de geolocalização, integrados em dispositivos que os trabalhadores devem manter consigo durante toda a jornada de trabalho (designadamente, *smartbands*, *smartwatches* ou crachás de identificação⁴⁸), da localização de veículos, quando estes sejam utilizados para realização da prestação de trabalho, ou da obrigatoriedade em instalar certas aplicações nos telemóveis dos trabalhadores, que deverão estar ativas enquanto estes permanecerem no local de trabalho. Estes dispositivos conseguem detetar se o trabalhador se encontra ou não em movimento, a frequência e duração das suas interações com os colegas de trabalho (através da proximidade entre os sensores), assim como a qualidade dessas mesmas interações⁴⁹.

Quando o trabalho seja prestado à distância, o controlo é feito essencialmente pelo dispositivo utilizado para trabalhar: o computador. Através da atividade do teclado, do controlo da utilização de aplicações ou navegação na internet, da realização de capturas de

⁴⁶ Rivas Vallejo, 2020, p. 94.

⁴⁷ Coelho Moreira, 2023, p. 220.

⁴⁸ Adams-Prassl, 2019, p. 137.

⁴⁹ Tenha-se, por exemplo, o funcionamento da *Amazon Wristband*, dispositivo que permite ao empregador recolher dados sobre a localização dos trabalhadores e, dessa forma, otimizar a gestão do trabalho nos armazéns da empresa. Em primeiro lugar, a pulseira localiza o trabalhador e estabelece o prazo máximo que este tem para chegar ao local do produto e retirá-lo das prateleiras. Se o trabalhador falhar em cumprir este prazo, poderá eventualmente ser objeto de uma sanção disciplinar por mau desempenho. A utilização deste dispositivo vê a sua legitimidade na utilização como instrumento de trabalho destinado a melhorar a produtividade da empresa. No entanto, não deixam de levantar-se questões relacionadas com os limites de utilização de quaisquer informações adicionais recolhidas pelo dispositivo – Di Meo, 2020, pp. 154-156.

ecrã ou fotografias tiradas com a câmara do computador, é possível para o empregador ter uma perceção sobre se as tarefas, ainda que à distância, estão a ser cumpridas e de que forma estão a ser cumpridas⁵⁰.

Contudo, as mais das vezes, estes dispositivos recolhem outros dados para além da geolocalização, incluindo sinais biológicos que se ligam à saúde do trabalhador, como passos, ritmo cardíaco (em repouso ou ativo) e função cerebral, dados de áudio, que permitem identificar o estado de espírito de um trabalhador através do seu tom de voz⁵¹ ou controlar a quantidade e frequência de chamadas realizadas, ou dados de imagem, que permitem o reconhecimento de expressões faciais dos trabalhadores e, também desta forma, deduzir manifestações do seu estado de espírito^{52 53}.

Para além dos claros problemas que se associam a este tipo de monitorização relacionados com a proteção de direitos fundamentais⁵⁴, como o direito à privacidade ou o direito à reserva da intimidade privada, não são menos relevantes as questões que se levantam a nível de SST⁵⁵. Com efeito, a monitorização feita de forma totalmente automatizada vai significar que os trabalhadores não recebem instruções ou *feedback* sobre o seu desempenho por parte de outro ser humano responsável pelas funções de gestão e supervisão, mas sim uma resposta automática e predefinida através de algoritmos programados para esse efeito. Isto pode causar uma desproteção do trabalhador quanto a riscos específicos para a sua saúde, quando os mesmos não sejam percebidos pelo algoritmo,

⁵⁰ De Stefano, 2018, p. 8.

⁵¹ Estes mecanismos que permitem detetar as emoções dos trabalhadores passam a ser, como regra, proibidos pelo mais recente *AI Act*, no seu art. 5.º, n.º 1, al. (dc), exceto quando a sua utilização se justifique por razões médicas ou de segurança, o que mostra a reticência na sua aceitação.

⁵² Todolí-Signes, 2021, p. 438.

⁵³ Apesar de já aberta, no Capítulo II desta tese, a discussão sobre a (i)licitude da utilização de sistemas que fornecem dados de geolocalização ao empregador, por estar aqui em causa, concretamente, o problema da (sobre)vigilância dos trabalhadores consideramos relevante trazer novamente a questão à colação. O facto de, como aqui se refere, a informação de geolocalização vir por vezes associada à recolha de outros dados dos trabalhadores, mostra a dificuldade no cumprimento dos requisitos do art. 20.º, do CT, relativos aos “meios de vigilância à distância”, nomeadamente da justificação da necessidade de recolha de todos esses dados para a proteção da segurança e saúde dos trabalhadores. Mais se refere a dificuldade em provar o cumprimento do princípio da finalidade do tratamento dos dados recolhidos: sendo uma justificação razoável para o recurso a estes “meios” a proteção contra potenciais riscos para a SST, já não o é a recolha de dados para o controlo do desempenho profissional dos trabalhadores. – Amado, Rouxinol, Vicente, Coelho Moreira, & Santos, 2023, pp. 217-220.

⁵⁴ A este propósito, destaca-se o caso do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Bărbulescu v. Romania*, de 5 de Setembro de 2017, caso n.º 61496/08 (disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-177082%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-177082%22]})) em que, perante uma situação em que o empregador tinha acesso ao conteúdo das comunicações dos trabalhadores através de ferramentas informáticas, o Tribunal reforçou a importância do princípio da proporcionalidade no controlo das atividades dos trabalhadores, a fim de evitar arbitrariedades e abusos. Neste sentido, o Tribunal estabeleceu as seguintes exigências aos Estados-Membros para quando os empregadores incorram em práticas de vigilância no “local” de trabalho: os trabalhadores devem ser devidamente informados de que as suas comunicações podem ser vigiadas pelo empregador; têm de existir razões legítimas para justificar esta vigilância; as práticas de vigilância devem ser menos intrusivas, sempre que possível. – De Stefano, 2018, p. 18.

⁵⁵ Todolí-Signes, 2019a, p. 470.

na medida em que extravasem o âmbito dos riscos para os quais este foi, *ab initio*, programado⁵⁶.

Ainda assim, à tecnologia perdoam-se menos falhas do que ao ser humano, pelo que, comprometendo-se com a utilização de algoritmos para previsão e melhor controlo das situações de risco e potenciais AT, tal deverá significar que o empregador investiu num sistema de IA capaz de analisar um grande conjunto de dados, dos quais consiga extrapolar um conjunto de cenários e situações suficientemente abrangente para dar por cumprida a função de prevenção de riscos para a SST. Assim, aquando da utilização de algoritmos de monitorização, o empregador coloca-se numa posição de pleno conhecimento dos riscos que possam decorrer do comportamento dos seus trabalhadores no âmbito da prestação do seu serviço, tornando-se consideravelmente mais difícil, porque injustificada, a inércia perante deficiências observadas na proteção efetiva da saúde e segurança dos seus trabalhadores⁵⁷.

Acresce que, a constante monitorização pode conduzir os trabalhadores a adotar condutas inseguras ou imprudentes, fruto da constante tensão que se faz sentir entre a manutenção de níveis de produtividade elevados e o cumprimento das regras de SST, em que as preocupações com a primeira tendem em sobrepor-se à segunda. Com efeito, se é verdade que a consciência sobre o nosso próprio desempenho e produtividade aumenta quando sabemos que estamos a ser comparados com outros (colegas de trabalho), também é verdade que tal pode causar cenários de grande competitividade entre os trabalhadores, pressão excessiva para o cumprimento dos objetivos estabelecidos, ansiedade e baixa autoestima⁵⁸.

Esta conjuntura de fatores de riscos psicossociais, que alimentam uma perceção negativa do trabalhador em relação ao trabalho, pode gerar situações de *stress* laboral ou *burnout*, especialmente quando combinada com outros fatores, como a perceção de falta de controlo sobre o ritmo e o horário de trabalho ou até sobre a forma de prestação do próprio trabalho. Tudo isto se agrava quando a informação acerca da quantidade e qualidade dos dados recolhidos não é clara e transparente⁵⁹.

Face ao exposto, uma forma de mitigar o impacto deste tipo de riscos prende-se com o consentimento do trabalhador para a utilização destes equipamentos de monitorização do trabalho. Para aferir da razoabilidade do consentimento prestado pelo trabalhador e,

⁵⁶ Todolí-Signes, 2021, p. 3 e Mandinaud & Ponce del Castillo, 2024, p. 238.

⁵⁷ Aguilar del Castillo, 2020, p. 272.

⁵⁸ Stacey, *et al.*, 2018, p. 11.

⁵⁹ Destacam-se, de igual forma, os riscos que se colocam quanto à proteção da privacidade dos dados recolhidos e da eventual utilização indevida dos mesmos como forma de discriminação de alguns trabalhadores. – Macías García, 2022, p. 97.

consequentemente, das medidas de vigilância implementadas, é necessário atender aos critérios previstos, designadamente, no RGPD⁶⁰ e na LPDP. Ainda assim, não podemos esquecer que, estando o trabalhador numa posição de subordinação para com o empregador, logo, de vulnerabilidade, o consentimento por este prestado nunca será totalmente livre⁶¹.

Para proteção dos trabalhadores nesta matéria, faz sentido seguir a linha das orientações já propostas pela OIT para a regulamentação do uso da IA⁶², adaptando este raciocínio à SST. Referimos, neste ponto, a importância de uma abordagem de controlo humano da IA⁶³. Esta abordagem pode ser concretizada através da atribuição ao empregador ou trabalhador por si designado para o desempenho de funções de supervisão de um papel ativo sobre a decisão a aplicar pelo algoritmo. Tal abordagem permite não só humanizar as decisões, como também para dar ao trabalhador a possibilidade de tomar a palavra neste mesmo processo decisório sobre matérias que diretamente o afetam⁶⁴. A utilização da IA para gestão dos trabalhadores foi classificada pela UE como um sistema de alto risco, pelo que, aquando desta utilização, deve o empregador garantir a qualidade dos dados recolhidos, a transparência do processo, a supervisão humana, a documentação e a exatidão dos dados recolhidos⁶⁵.

4.3 A decisão algorítmica e a descentralização do poder de direção do empregador

A monitorização dos trabalhadores vem frequentemente de mãos dadas com o recurso à IA para gestão dos trabalhadores. Esta gestão pode ocorrer, nomeadamente, sob a forma de distribuição de tarefas. Com efeito, é cada vez mais frequente nos locais de trabalho a

⁶⁰ Nos termos do RGPD, o consentimento, para ser válido, tem de ser dado de forma “livre, específica, informada e inequívoca”, tendo, pois, o titular dos dados conhecimento sobre todos os dados recolhidos e para que fim são recolhidos (Considerando 32). Por isso, exige-se que sejam prestadas as “devidas garantias de que o titular dos dados está plenamente ciente do consentimento dado e do seu alcance” (Considerando 42), sendo ilícito o tratamento que extravase este âmbito (art. 6.º).

⁶¹ O trabalhador presta o seu consentimento para recolha dos dados que o empregador exige (com o argumento de que tal recolha é essencial para a correta monitorização da prestação de trabalho, que não é possível satisfazer por outro meio menos gravoso) sob pena de, não o fazendo, estar em risco de perder o emprego. – Adam, Association Française du Droit du Travail et de la Sécurité sociale – A.F.D.T., Le Friant & Tarasewicz, 2020, p. 118. Esta perceção de insegurança no emprego pode também motivar sentimentos de angústia ou ansiedade no trabalhador, fatores de risco mais bem estudados e identificados no ponto 4 deste Capítulo.

⁶² OIT, 2019.

⁶³ Ponce del Castillo, 2024, pp. 20-21.

⁶⁴ Outra ideia proposta pela OIT prende-se com a criação de um “laboratório de inovação em tecnologias digitais que possa apoiar o trabalho digno”. O laboratório teria por principal função assessorar na transição dos empregadores, trabalhadores e serviços de inspeção do trabalho para o “mundo digital”, através da monitorização das condições de trabalho e da realização de formações sobre a análise e utilização dos dados que são recolhidos. Após esta fase inicial, o apoio a esta transição seria mais bem assegurado pela criação de um “grupo de trabalho” da OIT, encarregue destas mesmas funções, mas numa perspetiva de longo prazo. – *Idem*, p. 60.

⁶⁵ Ortega Lozano & Guindo Morales, 2024, p. 42.

substituição de cargos de gestão ou supervisão intermédios por máquinas ou computadores programados com algoritmos adequados à realização destas funções.

A gestão algorítmica pode ser definida como a atribuição a algoritmos de autoaprendizagem da responsabilidade de tomar e executar decisões suscetíveis de afetar os trabalhadores⁶⁶. De um ponto de vista técnico, esta gestão pode traduzir-se num processo de tomada de decisões semi-automatizadas⁶⁷ ou totalmente automatizadas⁶⁸. O nível de automação ou, pelo contrário, de falta de intervenção humana nos processos decisórios no âmbito da gestão do local de trabalho, pode ter impactos muito significativos na SST. Desde logo, uma maior automação significa, inversamente, uma menor participação dos trabalhadores nas decisões que digam respeito à forma como a gestão do trabalho é realizada⁶⁹.

A utilização de algoritmos para a gestão dos trabalhadores pode afetar diversos aspetos da relação laboral, entre os quais, os métodos de avaliação implementados, a determinação da remuneração, os ritmos de trabalho e a assunção de riscos pelos trabalhadores⁷⁰, sendo que, para além de consequências ao nível da SST, tal pode dar origem a situações claramente discriminatórias⁷¹. Como referimos, o algoritmo calcula matematicamente a distribuição de tarefas com base em dados objetivos que se prendem, entre o mais, com a velocidade na execução, a complexidade da tarefa, e índices de produtividade. Neste sentido, os trabalhadores sujeitos a uma gestão automatizada ou algorítmica podem ver o seu trabalho (e/ou carga de trabalho) intensificado(s)⁷², já que, a partir do momento em que lhes são atribuídos as tarefas e os prazos para as completar, têm de adaptar o seu ritmo de trabalho para dar resposta a estes mesmos prazos.

⁶⁶ Cefaliello, 2021, p. 432.

⁶⁷ Em que não é o próprio algoritmo que partilha a decisão final com o trabalhador, mas fornece as informações que a ela conduzem à pessoa que, na empresa, é responsável pela atribuição de tarefas.

⁶⁸ Quando estes equipamentos emitem diretamente ordens aos trabalhadores, sem necessidade de intervenção humana nesse processo decisório. Embora este processo de tomada de decisão seja tecnicamente possível, a nível da UE, de acordo com o art. 22.º do RGPD, “O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a uma decisão baseada exclusivamente no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar”. – EU-OSHA, 2022b, p. 4.

⁶⁹ O envolvimento dos trabalhadores ajudaria a atenuar as possíveis consequências negativas que a IA possa trazer para a SST, servindo como uma “rede de segurança”, ao garantir a razoabilidade e “humanidade” das decisões adotadas – EU-OSHA, 2022a, pp. 13-14.

⁷⁰ Adam, Association Française du Droit du Travail et de la Sécurité sociale – A.F.D.T., Le Friant, & Tarasewicz, 2020, pp. 53-54.

⁷¹ Pensar na gestão algorítmica como uma vantagem no combate à discriminação ou preconceito no local de trabalho, nomeadamente, através de uma alocação de tarefas idealmente imparcial, determinada por métodos matemáticos, parece ser uma das claras vantagens que o empregador encontra na utilização destes sistemas. No entanto, não se trata de uma utilização isenta de riscos, na medida em que, frequentemente, estes acabam por refletir preconceitos dos seus programadores ou dos empregadores que os utilizam, o que se associa à falta de transparência no funcionamento do algoritmo. O problema da discriminação algorítmica tem já sido abordado por alguns autores, como Abrantes & Dias, 2023, pp. 37-50, María Marta Travieso, 2020, pp. 70-85, ou Coelho Moreira, 2021, pp. 85-103.

⁷² Mandinaud & Ponce del Castillo, 2024, p. 241.

Este trabalho sob pressão faz com que os trabalhadores se encontrem frequentemente em situações de grande *stress*, ansiedade, cansaço extremo ou fadiga crónica, aumentando o risco de doenças cardíacas ou doenças do foro psíquico, como a depressão e o *burnout*. Tal pode derivar, conseqüentemente, noutra tipo de riscos, associados ao facto de o trabalhador estar mais suscetível a correr riscos físicos desnecessários para cumprir os prazos estabelecidos, os quais se traduzem, por exemplo, na negligência de regras de SST. Neste sentido, como refere Adrián Todolí-Signes, concluimos que a utilização de algoritmos como supervisores pode causar um desfasamento entre as capacidades físicas ou cognitivas dos trabalhadores e os requisitos estabelecidos pelo algoritmo⁷³.

Na sequência deste ponto, reconhecemos que a pressão exercida sobre os trabalhadores pode ser exacerbada quando há sujeição a modelos de incentivos e penalizações. A este propósito, trazemos à colação outro fenómeno tecnológico, comumente designado de *gamification*. Este conceito recebe o seu nome do facto de serem utilizados conceitos tipicamente empregues em jogos (*games*) para avaliação do desempenho dos trabalhadores, como sistemas de pontos, de recompensas ou níveis/patamares, por forma a manter a produtividade e eficiência elevadas⁷⁴. Uma vez mais, trata-se de um mecanismo que deixa os trabalhadores sobrecarregados, stressados e fatigados, devido à obrigação que se perpetua em manter um bom desempenho, com o objetivo de obter boas pontuações⁷⁵.

Desta forma, há um incentivo para produzir da forma mais rápida possível, descurando o facto de essa forma poder nem sempre ser a mais correta, mais saudável ou mais segura para o trabalhador⁷⁶. Estes sistemas correm também o risco de serem considerados invasivos, uma vez que são alimentados por dados recolhidos sobre os padrões

⁷³ Todolí-Signes, 2021, p. 439.

⁷⁴ EU-OSHA, 2022a, pp. 16-17.

⁷⁵ Isto agrava-se nos casos em que há algum desconhecimento acerca da forma como estas pontuações são atribuídas e quais as variáveis a que os trabalhadores devem atender.

⁷⁶ No seguimento desta afirmação, pode colocar-se a seguinte questão: serão, de facto, os sistemas em que a distribuição de tarefas e a gestão do ambiente de trabalho são realizados por outros humanos mais “corretos, seguros e saudáveis”? Com efeito, a vontade dos empregadores em alterar esta dinâmica de trabalho prende-se, entre o mais, com a vontade de eliminar erros ou cenários de discriminação que inerentemente surgem tendo em conta a natureza humana. No entanto, reconhecemos, também no centro das preocupações do empregador, uma vontade em obter os mais altos níveis de produtividade a baixo custo. Por outro lado, como vimos, a utilização da IA não garante a eliminação de cenários discriminatórios, porquanto o algoritmo está “condenado” a emitir resultados com base nos dados que lhe são alimentados e nas instruções emitidas pelo empregador (casos em que o elemento “discriminação” pode sempre surgir). Acresce que, perante uma situação de discriminação no local de trabalho, sempre será mais fácil contestar a decisão quando tomada por outro humano, do que por um algoritmo, o que coloca o trabalhador numa situação de fragilidade. Quanto à verificação de erros suscetíveis de afetar a SST, é tendencialmente verdadeiro o entendimento de que um sistema de IA será menos suscetível de os cometer, desde logo, por não estar sujeito a distrações do meio envolvente. No entanto, não parece defensável que estes erros possam ser totalmente eliminados, o que nos permite sustentar que não pode haver uma substituição, sem mais, dos cargos de chefia ou de supervisão executados por humanos.

de comportamento/trabalho dos trabalhadores, para monitorizar o seu desempenho e fornecer, conforme o caso, recompensas e sanções personalizadas⁷⁷.

Este reposicionamento do poder de direção do empregador⁷⁸ traz consigo necessidades de regulamentação acrescidas, nomeadamente, para garantir a proteção dos trabalhadores. Se, por um lado, a gestão dos trabalhadores constitui uma vertente típica do poder de direção do empregador que se concretiza num poder unilateral de dirigir, controlar e disciplinar o trabalho, por outro, é necessário conciliar estas atribuições com o respeito pela dignidade humana e com a SST⁷⁹. Posto isto, torna-se necessário atuar no sentido da limitação destas prerrogativas de gestão do empregador, racionalizando a sua utilização⁸⁰.

Um primeiro passo nesta direção pode passar pelo equilíbrio da posição das partes na relação laboral, atribuindo maior prevalência aos direitos do trabalhador. Com efeito, possibilitar que o trabalhador conheça o tipo de sistemas a que é submetido, faz com que este esteja mais habilitado a opinar e contribuir para uma relação mais harmoniosa com a IA, já que, desta forma, sabe quais os concretos objetivos estabelecidos pelo algoritmo, qual o ritmo de trabalho pretendido, qual a pertinência de cada tarefa que lhe é alocada, entre outros, contribuindo, assim, para um aumento da produtividade que não pusesse em risco a sua segurança ou a sua saúde.

Pode entender-se que foi, precisamente, com este objetivo que a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, veio introduzir a al. s) no elenco de deveres de informação do empregador (art. 106.º, do CT), que passa agora a englobar Os parâmetros, os critérios, as regras e as instruções em que se baseiam os algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões sobre o acesso e a manutenção do emprego, assim como as condições de trabalho, incluindo a elaboração de perfis e o controlo da atividade profissional⁸¹. Em rigor, o que este artigo pretende consagrar é a obrigatoriedade de o

⁷⁷ EU-OSHA, 2022a, p. 21.

⁷⁸ Sobre o poder de direção, *vide* Palma Ramalho, 2023, pp. 663-692.

⁷⁹ De facto, é importante garantir que o empregador, quando utiliza a IA no exercício do seu poder de direção, mais concretamente, para a gestão dos trabalhadores, cumpre os seus deveres em matéria de SST. Como prova disto, temos os dados recolhidos pela Agência Europeia para a Saúde e Segurança no Trabalho que demonstram que, no âmbito da utilização da IA para gestão dos trabalhadores (comummente designada em inglês de “AIWM”), é mais frequente a utilização de termos como “performance”, “avaliação”, “inspeção” ou “monitorização”, do que termos como “segurança”, “saúde dos trabalhadores” ou “ambiente”, que parecem, por isso, ter uma posição menos preponderante no seio das preocupações do empregador. – EU-OSHA, 2024, pp. 9-10.

⁸⁰ De Stefano, 2018, p. 15.

⁸¹ Estas matérias passam também a constar no âmbito do direito à informação da comissão de trabalhadores e do direito de informação e consulta dos delegados sindicais (art. 424.º, n.º 1, al. j) e art. 466.º, n.º 1, al. d) do CT) – Abrantes & Dias, 2023, pp. 43-44. Uma leitura atenta destes artigos permite concluir que a extensão deste direito não é igual quando falamos das comissões de trabalhadores ou dos delegados sindicais, já que para estes últimos existe, para além de um direito de informação, um direito de consulta, que pode ter especial importância aquando do desenvolvimento da regulação destas matérias quer ao nível da lei, quer por via de IRCT. – Amado, Rouxinol, Vicente, Coelho Moreira & Santos, 2023, p. 363.

empregador fornecer ao trabalhador, no âmbito deste dever de informação, os principais aspetos que permitam aferir da lógica, principais características de funcionamento e consequências (previsíveis) da utilização destes sistemas⁸². Neste sentido, na medida em que a utilização destas tecnologias no local de trabalho ainda não se encontra muito sedimentada no nosso país, o elenco apresentado neste artigo (isto é, as informações sobre os parâmetros, os critérios, as regras e as instruções) não deve ser lido num sentido restrito, por forma a abranger outro tipo de informações que se revelem necessárias em conformidade com o sistema de IA efetivamente adotado⁸³.

A par deste dever de informação, destaca-se igualmente a importância daquele que é objeto da nossa análise: o dever de garantir a segurança e a saúde dos trabalhadores em todos os aspetos relacionados com o trabalho, cuja importância se retira, entre o mais, da sua consagração na Diretiva-Quadro n.º 89/391/CEE. Desta forma, a entidade empregadora tem um dever de estabelecer as medidas de prevenção que considere adequadas, com base no princípio geral da prevenção, o que inclui, desde logo, a adaptação ao progresso técnico. Tendo em vista esta abordagem preventiva, o empregador deve garantir que a introdução de novas tecnologias – como a IA – é sempre objeto de consulta aos trabalhadores e/ou aos seus representantes (art. 19.º, n.º 2, al. c), da LSST e arts. 8.º e 9.º, do DL n.º 50/2005, de 25 de fevereiro). Esta consulta deve debruçar-se, essencialmente, sobre as consequências da escolha dos equipamentos para as condições e ambiente de trabalho e para a SST, garantido que estes têm o direito de apresentar propostas sobre todos estes pontos, nos termos do artigo 11.º da mesma Diretiva⁸⁴.

4.4 A volatilidade dos postos de trabalho

Ainda na linha da SST, podemos retratar o problema do incremento da volatilidade dos postos de trabalho. Este pode ser analisado de diferentes perspetivas, atendendo à utilização das novas tecnologias no local de trabalho. Assim, neste contexto, abordaremos a questão do desemprego tecnológico, da criação de perfis com base em algoritmos e da instabilidade dos vínculos dos trabalhadores em plataformas.

⁸² *Idem*, p. 363.

⁸³ A este propósito, a norma que retrata este mesmo dever de informação no ordenamento jurídico espanhol (art. 64, n.º 4, al. d) do Estatuto de los Trabajadores) foi já criticada pelo autor José Iván Pérez López, que considera que a mesma acaba por não consagrar expressamente direitos de proteção do trabalhador contra a utilização da IA – Pérez López, 2023, p. 197.

⁸⁴ Cefaliello, 2021, p. 432.

O desemprego tecnológico não é um conceito novo nos ordenamentos jurídicos laborais, mas, sem dúvida, tem vindo a ganhar maior expressão nos últimos anos⁸⁵. Esta situação de desemprego pode ter a sua origem de duas formas distintas. A primeira, mais comum, prende-se com a própria extinção dos postos de trabalho, em consequência da automação de processos, que acaba por esvaziar de conteúdo as tarefas correspondentes a tais postos de trabalho ou setores de atividade⁸⁶. Por outro lado, a situação de desemprego pode advir de uma alteração estrutural daqueles postos, derivada de uma intensificada relação homem-máquina, sem que tal, ainda assim, se traduza numa situação de extinção daquela posição. Nestes casos, a causa de despedimento é semelhante a uma situação de inadaptação (modalidade de despedimento regulada pelos artigos 373.º e ss., do CT e, mais concretamente, no art. 375.º, n.º 3, al. a), do CT), em que o trabalhador não se consegue adaptar aos novos contornos do seu trabalho, falhando em cumprir aquilo que lhe era exigido para o exercício daquelas funções, podendo pôr em risco a sua segurança e saúde e a de terceiros⁸⁷.

Por outro lado, como vimos anteriormente, a gestão do trabalho com base em algoritmos visa procurar padrões e correlações recorrentes que permitam construir perfis de trabalhadores. A criação destes perfis permite uma otimização da gestão dos recursos humanos, ao facilitar a tomada de decisões sobre contratação, despedimento, turnos, tipo de tarefas a alocar, entre outros, com base em parâmetros objetivos definidos pelo algoritmo, adequados à categoria/perfil em que o trabalhador está inserido⁸⁸.

Esta gestão, alegadamente, otimizada, pode ter efeitos no que concerne à estabilidade dos postos de trabalho. Em primeiro lugar, coloca-se a questão dos novos ritmos de trabalho, prejudicados não só pela consciência de uma vigilância permanente, mas também pela pressão causada pela utilização de dispositivos programados para emitir avisos de despedimento aos trabalhadores que repetidamente falhem no cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo algoritmo. Esta situação é agravada pelo facto de a introdução de técnicas algorítmicas nos processos de recrutamento das empresas contribuir igualmente para uma maior facilidade de contratação⁸⁹: mais rápida e com menor despesa de recursos⁹⁰. Por mera

⁸⁵ Cfr. dados da OCDE que mostram o incremento dos níveis de automação presentes nos locais de trabalho no seio dos países membros da União Europeia – informação retirada de Vasconcelos, 2022, p. 89.

⁸⁶ São exemplos deste fenómeno: a substituição de operadores de atendimento ao cliente por *chatbots*; a substituição dos estafetas que efetuam entregas ao domicílio por veículos autónomos; ou, como já acima tratado, a substituição de trabalhadores por robôs nas linhas de montagem – Gilbert, 2023, p. 8.

⁸⁷ Vasconcelos, 2021, p. 88.

⁸⁸ Todolí-Signes, 2021, p. 441.

⁸⁹ Sobre o impacto da utilização de sistemas de IA nos processos de recrutamento dos trabalhadores, vide Pérez López, 2023.

⁹⁰ Abrantes & Dias, 2023, p. 42.

hipótese⁹¹, tal conjuntura permite-nos propor o seguinte raciocínio: sendo mais rápido contratar e mais fácil despedir, abre-se portas a uma cada vez maior flexibilização do trabalho⁹². Esta flexibilização conduz, por seu turno, a uma situação de precariedade e insegurança no emprego, já que o trabalhador fica inevitavelmente numa situação mais volátil e fragilizada^{93 94}.

Destaca-se, igualmente, o problema da instabilidade dos vínculos dos trabalhadores das plataformas digitais, que ainda se classificam, predominantemente, como de trabalho independente, ainda que, na prática, a sua autonomia em relação à plataforma para a qual prestam os seus serviços seja muito pouco significativa. Neste sentido, também estes se encontram numa situação de incerteza, relativamente ao seu vínculo laboral, injustificada.

As questões acima levantadas, que se associam à instabilidade dos postos de trabalho, colocam os trabalhadores numa situação de precariedade, porquanto sentem a pairar sobre eles uma constante ameaça de despedimento. O despedimento e consequente situação de desemprego representam, para a maioria das pessoas, uma perda da sua segurança financeira, o que desencadeia uma série de consequências psicológicas e emocionais, como por exemplo o aumento dos níveis de *stress* e ansiedade⁹⁵.

Ana Cristina Ribeiro Costa analisa o impacto psicológico da situação de desemprego em relação com diferentes teorias⁹⁶. Desta mesma análise destacam-se, como consequências: as várias formas de privação que acompanham a experiência do desemprego, incluindo a redução de rendimentos, a diminuição das oportunidades (ou da vontade) de participação em atividades sociais e a perda de autoestima que pode derivar da falta de posição social e de reconhecimento no trabalho; o conflito interno experimentado pelos desempregados, que varia entre as suas expectativas de estarem empregados e a realidade de estarem sem emprego, o que pode levar a sentimentos de frustração, inadequação e até mesmo depressão; a sensação de impotência e falta de controlo que muitos desempregados experienciam, especialmente quando surgem dificuldades em encontrar novas oportunidades de emprego. Todos estes fatores podem resultar no aparecimento de riscos

⁹¹ Que se considera de difícil concretização no ordenamento jurídico português, atendendo ao princípio da estabilidade no emprego consagrado no artigo 53.º da CRP e à necessidade de verificação de justa causa para a cessação do(s) contrato(s) por parte do empregador.

⁹² Cardoso, 2020, p. 30.

⁹³ Coelho Moreira, 2021, p. 91.

⁹⁴ Retrata-se aqui esta hipótese não como uma realidade, mas como um risco a ter presente quando se abre as portas à introdução de novos “elementos” que sejam capazes de influenciar a típica relação trabalhador-empregador: “a preocupação com o trabalho digno e com a salvaguarda dos direitos humanos no trabalho não pode ser sobrelevada por uma pura lógica de produtividade laboral/competitividade empresarial” – Amado, 2010, p. 35.

⁹⁵ Rohenkohl & Clarke, 2023, p. 19.

⁹⁶ Ribeiro Costa, 2020, cujo segmento em causa nos foi cedido pela autora.

psicossociais relevantes, na medida em que colocam o trabalhador em situações de grande *stress* e ansiedade, atendendo especialmente ao lugar central que o trabalho ocupa na vida das pessoas.

Posto isto, na medida em que as situações de instabilidade no emprego acima identificadas se relacionam diretamente com a utilização da IA no local de trabalho, os fatores de risco associados à precariedade do vínculo laboral, não podem deixar de ser abordados, estudados, e um dos focos de preocupação do legislador laboral. Neste contexto, salienta-se nomeadamente, a importância do cumprimento das obrigações dos empregadores em matéria de formação profissional adequada à inovação e implementação tecnológica (art. 44.º, da LAT, art. 15.º, n.º 4, n.º 5 e n.º 10 e art. 20.º, da LSST e art. 127.º, n.º 1, al. d), do CT), obrigando-os a assumir, no fundo, as responsabilidades adicionais associadas à transformação tecnológica das organizações e/ou procedimentos de que eles próprios se socorrem, numa perspetiva de *ubi commoda, ibi incommoda*⁹⁷. Tal abordagem releva não só para minorar os impactos do desemprego tecnológico, como também da instabilidade dos trabalhadores das plataformas que deriva, essencialmente, da falta de transparência do algoritmo utilizado.

4.5 O trabalho em plataformas – algoritmos, sistema de *reviews* e organização coletiva dos trabalhadores

Uma das áreas onde prima a utilização da IA é a do trabalho em plataformas⁹⁸, onde a vontade do algoritmo impera sob a estabilidade no emprego. Atualmente, serviços como o transporte individual de passageiros, o comércio digital ou a restauração, estendem as suas dimensões de trabalho típicas para as plataformas digitais. No entanto, apesar da larga escala com que este tipo de serviços se expandiu⁹⁹, tal não se fez acompanhar de uma garantia das condições laborais para as pessoas ao seu serviço, as quais se encontram frequentemente em situações de grande fragilidade¹⁰⁰.

Um aspeto de importante apreciação quanto ao funcionamento dos algoritmos destas plataformas prende-se com os dados que são obtidos com a vigilância dos trabalhadores¹⁰¹.

⁹⁷ Vasconcelos, 2022, p. 93.

⁹⁸ No contexto desta tese e, concretamente, deste capítulo, focamo-nos essencialmente nos trabalhos de entrega ao domicílio ou de transporte individual de passageiros, onde a utilização destas plataformas assume uma dimensão de grande relevo.

⁹⁹ De acordo com os dados da Comissão Europeia de 2016, o volume de negócios que estas plataformas movimentam atinge os dezassete mil milhões na Europa, contando com cerca de 17% dos cidadãos europeus como utilizadores das mesmas – cfr. Rivas Vallejo, 2020, p. 165.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 165.

¹⁰¹ Tenha-se como exemplos, o caso da plataforma *Uber*, capaz de avaliar a condução dos motoristas por sensores que detetam a aceleração e as travagens dos veículos através da aplicação, controlando, assim, a velocidade a que

Esta vigilância é feita sobretudo através de dados de geolocalização, que permitem ao beneficiário da atividade saber sempre onde se encontram os veículos alocados ao serviço e a que velocidade se deslocam. A recolha desta informação permite ao empregador avaliar a produtividade e a eficiência dos trabalhadores¹⁰². Esta forma de controlo da atividade tem, como se compreende, efeitos perversos, contribuindo para um estado de *stress* do trabalhador, que acaba por estar sujeito a um duplo controlo – pela plataforma e pelo utilizador dos serviços da mesma.

No que respeita ao funcionamento das plataformas de entrega ou de transporte individual de passageiros, sabemos que estas procuram a rota mais direta, mas não sabemos se será a mais segura. Quando o algoritmo define o percurso a seguir por um estafeta, provavelmente não terá em conta a sombra ou a exposição solar de uma determinada rota, selecionando apenas o percurso mais rápido e eficiente¹⁰³. Dos dados retirados de um estudo realizado na Austrália, onde foram entrevistados vários estafetas, é possível extrair a relação estabelecida entre a temperatura/humidade exterior e o esforço de trabalho na produção de *stress* térmico¹⁰⁴ que, por sua vez, torna estes estafetas mais suscetíveis à verificação de AT. Também suscetíveis de originar acidentes são as condições que as próprias estradas oferecem, já que a exposição ao sol ou à sombra, a existência de gelo ou sobreaquecimento do alcatrão são fatores que podem de afetar a segurança da condução.

Desta exposição, retira-se a importância da autonomia do trabalhador para determinar o ritmo e forma da prestação de trabalho e, por conseguinte, para reduzir o risco de *stress* térmico e prevenir acidentes. Tal pode ser conseguido através da viabilização da minimização do esforço durante as horas mais quentes do dia ou da atribuição de trabalhos que exijam maior esforço aos dias/horários mais frescos, sem que tal cause prejuízos aos trabalhadores ou, de outro modo, resulte num desfavorecimento em detrimento dos que se arriscam a trabalhar em horários pouco seguros com a expectativa de compensação salarial¹⁰⁵. Deste modo, para além da já referida margem de manobra para que os

os motoristas se deslocam, ou da plataforma *Deliveroo*, que monitoriza o tempo de cada fase do processo de entrega – cfr. Bérastégui, 2021, p. 31.

¹⁰² De Stefano, 2018, p. 7.

¹⁰³ Todolí-Signes, 2021, p. 444.

¹⁰⁴ A Agência Europeia para a Saúde e Segurança no Trabalho define o *stress* térmico como a “carga térmica global a que um trabalhador pode estar exposto devido à conjugação de fatores como o calor metabólico, vestuário e fatores ambientais (ou seja, temperatura, velocidade do ar, humidade e calor por radiação) que contribuem para esse efeito.” O *stress* térmico ligeiro ou moderado não afeta diretamente a saúde dos trabalhadores, mas pode ter um impacto negativo no desempenho e na segurança do trabalhador. Quando as temperaturas atinjam valores mais extremos, é já possível trazer à colação os riscos para a saúde dos trabalhadores, os quais podem passar pelo agravamento de doenças crónicas, como doenças cardiovasculares, respiratórias, cerebrovasculares ou doenças relacionadas com a diabetes. – EU-OSHA, 2023, p. 5.

¹⁰⁵ UTS Climate Justice Centre, 2019, pp. 3-4.

trabalhadores escolham o percurso com menor risco para a sua saúde – evitando problemas associados à desidratação, insolação, entre outros –, o próprio algoritmo deve ter em conta estes aspetos, especialmente em cidades propensas a temperaturas elevadas e em trabalhos que exijam esforço físico mais elevado¹⁰⁶.

Outro problema destas plataformas prende-se com o teor da informação que alimenta o algoritmo. Com efeito, a informação não pode ser totalmente imparcial se é baseada em opiniões de clientes que, não raras vezes, apenas tiveram uma experiência de serviço com aquele trabalhador, fundada na sua perceção pessoal sobre a qualidade do mesmo. Deste modo, são evidentes as situações de avaliação injustas, arbitrárias ou inexatas sobre os trabalhadores, que demonstram como a utilização do algoritmo neste âmbito pode sair enviesada. Esta conjuntura vai resultar num fundado receio dos estafetas em receber opiniões negativas dos clientes que, por sua vez, impactem negativamente o seu trabalho – ou mesmo a sua possibilidade de trabalhar – e faz com que estes tolerem comportamentos abusivos e incorretos por parte dos utilizadores das plataformas, a que, fosse outra a utilização do algoritmo, não estariam expostos¹⁰⁷.

Sem prejuízo do exposto, grande parte das queixas dos trabalhadores das plataformas digitais prende-se com o mau funcionamento do algoritmo e com o constante risco de desativação, por motivos que nem sempre são claros ou evidentes. Em primeiro lugar, o algoritmo parece penalizar a rejeição de pedidos por parte dos motoristas, que é interpretada como uma redução da taxa de aceitação do motorista que é exibida pela plataforma ao cliente¹⁰⁸.

Também se destaca o facto de as plataformas classificarem os seus trabalhadores e os beneficiarem ou prejudicarem em conformidade. A classificação é determinada não só com base em dados matemáticos objetivos, mas também em alguns elementos subjetivos. Após cada viagem, os passageiros atribuem ao serviço uma pontuação numa escala de uma a cinco estrelas, sendo que a classificação global do condutor se baseia na média do número de estrelas obtidas após cada viagem realizada. Se os condutores falharem em atingir uma classificação média mínima¹⁰⁹ – cujo valor é estabelecido pelo algoritmo –, tal pode levar à desativação da sua conta.

¹⁰⁶ Todolí Signes, 2019b, pp. C.10-C.11.

¹⁰⁷ Bérastégui, 2021, p. 59.

¹⁰⁸ Moore, 2019, p. 304 e Purificato, 2021, pp. 189-190.

¹⁰⁹ A classificação média mínima difere consoante a cidade, com base na justificação de que “existem diferenças culturais na forma como as pessoas nas diferentes cidades se classificam umas às outras” – cfr. Birgillito & Birgillito, 2018, pp. 33-34.

A desativação pode também acontecer com base na taxa de anulação – ou seja, na percentagem de pedidos de viagem que o condutor cancela mesmo depois de os ter aceitado –, ou com base na taxa de aceitação^{110 111}. O desconhecimento quanto ao funcionamento da ferramenta de desativação do algoritmo é suscetível de gerar riscos psicossociais nos condutores, como *stress*, ansiedade ou fadiga, porque se veem obrigados a aceitar viagens que não desejam realizar e a trabalhar em horários que não pretendiam, pairando sobre eles uma constante ameaça de despedimento. Salienta-se, ademais, um risco de *work addiction*, na medida em que os trabalhadores se sentem obrigados a prosseguir a sua jornada de trabalho mesmo após querem desligar a aplicação, pelo receio de serem desativados pela plataforma.

Em face deste quadro geral, a negociação coletiva pode ter um papel fundamental em matéria de inovação tecnológica e condições de trabalho, negociando sobre fatores como os valores-limite consagrados para as taxas de desativação, aceitação e cancelamento, o tempo disponível para aceitar os pedidos de uma viagem ou a flexibilidade que é dada ao condutor quanto ao percurso a adotar, aspetos que representam as maiores condicionantes desta forma de prestar trabalho. Neste sentido, é importante que os agentes coletivos possam aceder à base de dados que é utilizada pelo algoritmo, por forma a permitir uma análise aprofundada dos mesmos, estimar limiares mais razoáveis e negociar aqueles que considerem mais justos – por exemplo, quanto à distribuição estatística das classificações e das taxas, as possíveis relações entre elas e o seu efeito potencial na desativação.

Em suma, entendemos que são vários os fatores de risco e os riscos a que os trabalhadores de plataformas estão sujeitos, os quais também se associam a um mau funcionamento do algoritmo. Nesta senda, identificamos não só os riscos psicossociais que derivam da falta de transparência acerca das condições que levam à desativação dos condutores nas aplicações que servem de base à prestação dos serviços (como o *stress* e, em particular, o *tecnostress*), como também os riscos ambientais que envolvem a atividade a realizar, resultantes da exposição a condições de condução adversas (como a exposição a condições climáticas adversas ou a caminhos e percursos mais perigosos) que não são tidas em conta pelo algoritmo.

No entanto, muitos destes problemas não serão verdadeiramente acautelados enquanto não se reconhecer uma verdadeira relação de subordinação entre a plataforma de

¹¹⁰ Embora a não aceitação de pedidos de viagem não conduza ao apagamento da conta de um condutor, quando efetuada de forma consistente, leva a que seja terminada a sessão na aplicação, interpretando-se de tal comportamento que o condutor não pretende aceitar mais viagens.

¹¹¹ Birgillito & Birgillito, 2018, pp. 34-35.

serviços digitais e os estafetas. O debate à volta da (in)existência de uma relação de trabalho entre a plataforma e os seus estafetas tem acompanhado o desenvolvimento deste mercado praticamente desde o seu início. Atualmente, apesar da resistência das plataformas à mudança, a verdade é que a doutrina e jurisprudência se têm mostrado por diversas vezes favoráveis ao entendimento de que deverá existir entre o estafeta e a plataforma uma verdadeira relação de trabalho^{112 113}.

¹¹² Veja-se, por exemplo, o acórdão *Uber BV and others (Appellants) v. Aslam and others (Respondents)*, de 19 de fevereiro de 2021, no Reino Unido (disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>), ou a sentença n.º 805/2020 do Tribunal Supremo de Espanha, de 25 de setembro de 2020 (disponível em: <https://vlex.es/vid/849700129>), na qual se considerou que a *Glovo* não detém um papel de mero intermediário na contratação de serviços entre os estabelecimentos comerciais e os estafetas, mas sim um papel de verdadeira entidade empregadora. A par da jurisprudência, também a legislação interna de cada país começa a mostrar abertura à consagração desta relação como laboral. Em Portugal, destacamos como um primeiro passo neste sentido a consagração da presunção de laboralidade do art. 12.º-A do CT.

¹¹³ O problema da qualificação jurídica da relação entre estes trabalhadores e as plataformas digitais não cabe no âmbito desta tese. Sem prejuízo, podem ver-se alguns aspetos controvertidos sobre esta questão em Amado, 2021, pp. 86-106. Não deixa, no entanto, de ser uma questão com alguma relevância no que concerne à proteção dos trabalhadores em sede de SST. Sabemos que tanto os trabalhadores dependentes como os independentes têm direito a cuidados de saúde em caso de doenças profissionais – basta que preencham os respetivos requisitos para que possam aceder ao sistema de Seg. Social. Da mesma forma, podem ver-se protegidos em caso de AT, desde que seja celebrado um seguro privado que os proteja nestas situações: pelo empregador, se falarmos de trabalho dependente; pela entidade contratante, se falarmos de trabalhador independente economicamente dependente dessa entidade (Ac. do TRP, de 12/07/2017, relatora Paula Leal de Carvalho); ou pelo próprio trabalhador, no caso do trabalho independente (Ac. do TRL, de 21/05/2014, relator Jerónimo de Freitas) – Ribeiro Costa, 2022b, pp. 1038-1039. Salienta-se, contudo, que não obstante esta proteção possa existir, o nível de tutela nunca será igual ao dos trabalhadores por conta de outrem, diferenciação que, desde logo, não se justifica, na medida em que o vínculo dos trabalhadores de plataformas preenche suficientes requisitos para dar por cumpridas as presunções dos arts. 10.º e/ou 12.º-A do CT.

5. Doenças profissionais e acidentes de trabalho – que responsabilidade?

Da análise dos riscos e fatores de riscos supra identificados, resulta clara a potencial verificação de doenças profissionais ou AT. Deste modo, cabe-nos averiguar da existência de especificidades que possam existir quanto ao regime aplicável, para estes casos.

Em síntese, podem delimitar-se os seguintes fatores de risco como resultantes da implementação destas tecnologias no local de trabalho: excesso de carga de trabalho, exigências e tarefas contraditórias, falta de clareza em relação ao posto de trabalho ou das funções a ele alocadas (especialmente nos casos em que o trabalhador passa a desempenhar uma tarefa de mero supervisor da atividade), não participação dos trabalhadores na tomada de decisões que os afetam, falta de consulta para determinação da forma da prestação de trabalho, má gestão das mudanças organizacionais, insegurança no emprego, dificuldades de comunicação (desde logo com a entidade empregadora ou de supervisão, em caso de necessidade de apoio para a resolução de eventuais problemas associados com a prestação de trabalho)^{114 115}.

Neste sentido, um dos desafios é o de antecipar, desde logo, as doenças que destas novas formas de prestar trabalho podem advir, qualificando-as como doenças profissionais, já que os riscos identificados podem ter consequências a nível físico, incluindo doenças cardiovasculares, musco-esqueléticas ou hipertensão, ou a nível psicológico, como a síndrome de *burnout*¹¹⁶ e depressão¹¹⁷. Ainda assim, o impacto da introdução da IA no local de trabalho não se limita a estes problemas – podem identificar-se, igualmente, questões relacionadas com a degradação da condição física dos trabalhadores, as quais podem derivar, a título de exemplo, da substituição dos trabalhadores nos processos de automação (que pode concretizar-se na perda de massa muscular, flexibilidade ou destreza física) ou do incremento da utilização de ecrãs e outros dispositivos na prestação de trabalho.

Posto isto, a identificação – e qualificação – destas doenças como doenças profissionais, permite que as mesmas sejam devidamente cobertas pelo sistema de Seg. Social, evitando que seja necessário realizar uma análise casuística das situações, nos termos do art. 94.º, n.º 2 da LAT¹¹⁸. Sem prejuízo, algumas das situações de doença acima

¹¹⁴ Coelho Moreira, 2023, p. 215.

¹¹⁵ Zenha Martins, 2021, p. 53.

¹¹⁶ Classificado como doença associada ao exercício da atividade profissional pela Classificação Internacional de Doenças de 2022 (CID-11), da ONU – *ex vi* Cavalcante & Costa, 2022, p. 137.

¹¹⁷ Coelho Moreira, 2023, pp. 217-218.

¹¹⁸ Já que, em Portugal, a lista de doenças profissionais continua a ser uma lista tendencialmente fechada e exigente na prova das relações causais entre o risco e o dano (exigindo-se a demonstração da exposição ao risco,

identificadas já se encontram qualificadas como doenças profissionais, pelo que, nestes casos, faz mais sentido considerar uma atualização dos fatores de risco associados a estas, considerando a utilização da IA.

No que concerne aos AT, sabemos que, nos termos do art. 7.º da LAT, é responsável pela reparação e demais encargos decorrentes de acidente de trabalho, bem como pela manutenção no posto de trabalho, nos termos previstos na presente lei, a pessoa singular ou coletiva de direito privado ou de direito público não abrangida por legislação especial, relativamente ao trabalhador ao seu serviço. Com efeito, sem prejuízo de o ordenamento português consagrar, para os AT, um sistema de transferência da responsabilidade pela reparação dos danos emergentes de AT para uma seguradora (art. 79.º, da LAT)¹¹⁹, a responsabilidade pela verificação do acidente nunca sai da esfera do empregador, pelo que a mesma se perspetiva como uma responsabilidade objetiva¹²⁰.

Por outro lado, quando o empregador contribua para a produção do acidente ou o mesmo resulte da inobservância das regras de SST, este incorre na obrigação de indemnizar o trabalhador pelos danos causados, nos termos gerais (art. 18.º, da LAT)¹²¹. Nestes casos, a responsabilidade do empregador ao abrigo de tal preceito pode aferir-se pela violação das disposições em matéria de SST¹²², entendidas num sentido lato, por forma a incluir deveres específicos da utilização da IA que não estão consagrados na lei¹²³. Relevam, nomeadamente,

duração dessa exposição, sintomatologia associada e explicitação do período observado até à manifestação da doença) – Roxo, 2011, p. 25.

¹¹⁹ Menezes Leitão, 2023, p. 441.

¹²⁰ Roxo, 2011, pp. 26-27.

¹²¹ No entanto, este nem sempre foi o entendimento do nosso legislador, já que a anterior Lei n.º 100/97, de 13 de setembro, que regulamentava o Regime Jurídico dos Acidentes de Trabalho e das Doenças Profissionais, previa uma remissão para o regime geral de responsabilidade civil de forma limitada, em que a reparação estava limitada aos danos patrimoniais, calculada de acordo com os montantes compensatórios previstos. Este entendimento foi criticado pela doutrina, porque conferia aos trabalhadores uma proteção aparentemente inferior àquela que constitucionalmente lhes seria devida – cfr. Rouxinol, 2008, pp. 177-180. Esta evolução legislativa demonstra, de certa forma, a abertura do legislador a uma cada vez maior proteção da posição do trabalhador em sede de AT.

¹²² No que concerne à violação de regras de SST, a jurisprudência apresenta posições diversas quanto à necessidade de provar a culpa do empregador. Assim, a favor do entendimento de que a responsabilidade do empregador deve ser presumida, vide Ac. TRE de 30/03/2017 (relator João Nunes). No sentido contrário, isto, é, da necessidade de provar o nexo de causalidade entre o acidente e a inobservância culposa de uma qualquer regra de SST pelo empregador, vide Ac. TRC de 16/06/2016, relator Paula do Paço.

¹²³ A abertura à consideração das novas questões suscitadas pela utilização das NTIC no campo das doenças profissionais e AT deu os primeiros passos com o crescimento da modalidade do teletrabalho, impulsionada sobretudo pela pandemia da Covid-19, que obrigou a uma consolidação desta matéria no nosso ordenamento. Efetivamente, a Lei n.º 83/2021, de 8 de dezembro, veio clarificar os direitos e responsabilidades dos empregadores e teletrabalhadores quanto à sua saúde e segurança neste novo “local de trabalho”. Neste sentido, reuniram-se esforços no sentido de criar novas ferramentas e sistemas de apoio à saúde dos trabalhadores¹²³, a par do alargamento do leque de opções para apoio psicológico, através do acesso a linhas de apoio, aconselhamento e programas de assistência. – Zenha Martins, 2021, p. 58. O pensamento para a consagração de novas regras de SST que tenham em vista os novos cuidados que se exigem pela utilização da IA não deve ser diferente: quanto mais ampla a utilização das tecnologias no local de trabalho, também mais significativas serão as adaptações que é necessário assegurar. Esta questão da necessidade de adaptação da legislação aos novos

as disposições do DL n.º 50/2005, de 25 de fevereiro: ainda que este se refira concretamente a equipamentos cuja utilização se encontra já bem sedimentada no nosso país, o mesmo raciocínio pode ser utilizado na regulação destes novos equipamentos. Nesta medida, sempre que esteja em causa o incumprimento de qualquer um destes deveres por parte do empregador, o acidente poder-lhe-á ser, mais ou menos diretamente, imputável, por incumprimento das regras de SST^{124/125}.

Analisado este quadro geral, consideramos relevante salientar dois tipos de situações em que a configuração do AT e, conseqüentemente, do problema da responsabilidade pode ser vista de forma diferente. Em primeiro lugar, temos os casos em que o acidente é causado diretamente pela utilização da IA em equipamentos de trabalho. Quando a causa do acidente deriva diretamente desta utilização, será mais fácil de percorrer os requisitos supra expostos, quanto às obrigações de SST do empregador, sendo também mais evidente a ligação à obrigação de cumprimento os requisitos de segurança do DL n.º 50/2005, de 25 de Fevereiro (como sejam, a obrigação de verificar que os equipamentos são adequados à prestação de trabalho em causa, se respeitam as condições de segurança, e o dever de informar os trabalhadores sobre as regras de utilização).

No entanto, quando está em causa a utilização de algoritmos de gestão ou de monitorização que se substituem ao empregador, a determinação da responsabilidade é mais complexa, não só porque a delegação de poderes na máquina tem uma natureza diferente, mas também pela própria essência das tecnologias utilizadas, onde a utilização de

riscos trazidos pela utilização das NTIC foi também já levantada por alguns autores, como Ribeiro Costa, 2022a, pp. 157-158.

¹²⁴ A consideração deste tipo de deveres não obsta, ainda assim, às dificuldades que podem surgir em provar a culpa do empregador no seu (in)cumprimento. Ao contrário dos casos em que o AT flagrantemente ocorre por falta de fornecimento dos EPI ao trabalhador, como provar que o empregador utilizou um algoritmo acerca do qual não possuía um conhecimento suficiente para prever os resultados que da sua utilização pudessem advir? Esta falta de conhecimento sobre o funcionamento do algoritmo deriva dos chamados sistemas *black box*, sobre os quais não é possível obter informações profundas e precisas acerca do seu funcionamento interno, servindo a designação metafórica para demonstrar essa mesma opacidade do algoritmo – cfr. definição apresentada por Eastgate Software, 2024.

¹²⁵ A par da responsabilidade emergente de AT, podem levantar-se especificidades em sede de responsabilidade civil pela violação dos deveres do art. 15.º, da LSST, que surge independentemente da verificação de um AT. No âmbito da análise da responsabilidade pela utilização de robôs para prestação de cuidados de saúde, Rute Teixeira Pedro destaca a relevância dos seguintes deveres: deveres de cuidado na escolha e supervisão do robô, do grau de informação acerca do funcionamento do mesmo, da garantia de atualizações do *software*, da introdução correta dos dados do paciente, da atenção prestada às necessidades de manutenção dos equipamentos, da garantia de um sistema de fornecimento energético forte (por forma a evitar situações em que a paragem repentina de equipamentos possa provocar acidentes), de preservação do sigilo dos dados de acesso dos equipamentos (usando aplicações antivírus e *firewall*), da utilização de robôs certificados, entre outros¹²⁵. – Pedro, 2022, pp. 170-172. Ora, apesar de pensados para a responsabilidade dos prestadores de cuidados de saúde nos quadros do Direito Civil, parece que todos estes deveres podem ser transpostos para a esfera do empregador, que deve, da mesma forma, garantir o bom estado dos equipamentos, assim como um razoável domínio sobre o funcionamento dos algoritmos que utiliza (dando assim por cumpridas as obrigações de avaliação dos riscos, ou garantia de minimização dos mesmos, impostas pelo art. 15.º, n.º 2, da LSST).

sistemas de *machine learning* são mais recorrentes, o que aumenta a sua imprevisibilidade e, inversamente, diminui o nível de conhecimento que é possível obter. Nesta senda, sem prejuízo de equacionarmos a responsabilidade da própria entidade que fornece o algoritmo¹²⁶, somos remetidos para a aplicação do regime da responsabilidade pelo risco¹²⁷: a utilização destas tecnologias no local de trabalho pode representar uma atividade de risco¹²⁸, potencialmente causadora de danos, mas da qual, ainda assim, é possível extrair largas vantagens, o que justifica a sua utilização. Desta forma, imputam-se esses mesmos riscos associados à pessoa/entidade que usufrui da sua utilização¹²⁹ – o empregador. Face ao exposto, somos levados a concluir pela necessidade de uma evolução das obrigações do empregador em sede de SST.

Não se compreende, assim, que não se acautelem os casos danosos que possam ocorrer ainda antes da consagração de um regime específico nesta matéria, que derivem das especificidades que se colocam no campo das doenças profissionais e dos AT (com as novas doenças que podem surgir e as novas configurações de AT a que devemos atender). Sem prejuízo, estas especificidades não parecem determinar, quanto ao regime aplicável em sede de reparação (e responsabilidade pela reparação), alterações de grande relevo, na medida em que as doenças profissionais continuam a ser tratadas pelo regime de Seg. Social¹³⁰, e o regime da responsabilidade objetiva do empregador, nos termos do art. 7.º da LAT, continua a ser o mais indicado para a reparação dos AT (neste caso, associada também ao risco de utilização da IA).

¹²⁶ O Instituto Europeu de Sindicatos pronunciou-se sobre a necessidade de desenvolver um quadro jurídico que defina e clarifique a eventual partilha de responsabilidade entre os empregadores e os programadores, tendo em conta os diferentes riscos (psicossociais, físicos, mecânicos, entre outros) a que os trabalhadores estão expostos pela presença de sistemas de IA no local de trabalho – EU-OSHA, 2022a, p. 45.

¹²⁷ Alguns autores associam a teoria do risco ao regime geral de responsabilidade objetiva pela reparação dos AT, na medida em que “o empregador seria responsável pelos danos causados aos trabalhadores pelo risco próprio da atividade por estes desenvolvida” – Romano Martinez, 2023, pp. 857-859. No entanto, este entendimento não é consensual. Júlio Manuel Vieira Gomes identifica a atual responsabilidade pela reparação dos AT como objetiva, isto é, independente de culpa (por oposição ao regime do art. 18.º da LAT), sem, no entanto, trazer à colação a associação ao risco – Gomes, 2013, pp. 134-137 e Gomes, 2021, pp. 133-134.

¹²⁸ Como igualmente se comprova pelo *AI Act*, que classifica a utilização de sistemas de inteligência artificial no âmbito do emprego, gestão de trabalhadores e acesso ao trabalho por conta própria como de “risco elevado”.

¹²⁹ É também este o raciocínio seguido por alguns autores no âmbito da responsabilidade civil por danos causados por veículos autónomos, o que mostra a coerência da aplicação do regime da responsabilidade pelo risco (nestes casos, do art. 493.º CC) aquando da utilização de sistemas de IA – Moreira, 2022, pp. 136-137.

¹³⁰ No entanto, foi já suscitada por alguns autores a questão da sustentabilidade do sistema de contribuições para a Seg. Social, fruto do desaparecimento de vários trabalhadores (contribuintes) em consequência da automação – Fernández-Costales Muñiz, 2024, p. 26 e Cabello Roldán, 2024, p. 233.

6. Conclusão

Como refere Teresa Coelho Moreira, o desafio atualmente é, assim, o da adaptação prática dos regimes tradicionais em matéria de saúde e segurança no local de trabalho às novas formas de prestar trabalho que decorrem das tecnologias digitais e aos riscos profissionais inerentes (Coelho Moreira, 2023, p. 217). Sendo ainda parca a legislação laboral nacional no que concerne à utilização da IA no local de trabalho – e ainda menos significativas as disposições relacionadas com as preocupações de SST¹³¹ – faz sentido abordar não só os riscos possíveis, mas também aquilo que será expectável acontecer a nível regulatório¹³².

Com efeito, a introdução da IA como um aliado do poder de direção do empregador veio trazer novas considerações sobre os fatores de risco e riscos profissionais associados ao exercício das funções de monitorização dos trabalhadores no local de trabalho, contribuindo para o aumento das situações de *stress* e ansiedade nos trabalhadores, causadas por uma vigilância cada vez mais permanente. De igual forma, sem prejuízo das vantagens da substituição dos trabalhadores no exercício de tarefas que podem representar maiores prejuízos para a sua saúde, tornam-se ainda mais evidentes os riscos associados à automação. As tecnologias de *machine learning* têm cada vez mais capacidade de pensar por si só, tornando obsoletas algumas funções anteriormente desempenhadas pelos trabalhadores, criando nestes uma crescente insatisfação no trabalho, representando uma ameaça à estabilidade no emprego (por exemplo, com o aumento do risco de despedimento por inadaptação). Destacam-se também alguns riscos ambientais e psicossociais relevantes que afetam os trabalhadores das plataformas digitais, fruto da sua exposição a fatores climáticos adversos, que podem prejudicar a condução, e à falta de transparência do funcionamento do algoritmo das plataformas, suscetível de causar ansiedade em relação ao desempenho do serviço.

Neste sentido, em matéria de SST, deve prever-se a criação não só de normas genéricas, mas também normas que se adaptem às áreas em que a utilização destas tecnologias seja mais premente (como sejam, e como vimos, trabalhos fisicamente exigentes

¹³¹ Desde logo, na medida em que a nova Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, não faz qualquer alteração à redação da LSST e da LAT.

¹³² Olhando para a legislação europeia “em cima da mesa”, percebemos que o principal documento – Regulamento da Inteligência Artificial ou *AI Act* – aborda a temática do ponto de vista de identificação e classificação dos riscos que podem advir desta proximidade entre a IA e o ser humano, tecendo recomendações para cada um dos níveis de risco identificados. Na medida em que as relações laborais são um dos temas assinalados como sendo de “risco elevado”, e estabelecendo a comparação entre as exigências desta proposta e aquilo que atualmente existe na legislação nacional, é provável que os empregadores venham a ter de observar novas exigências nesta matéria – Abrantes & Dias, 2023, pp. 48-49.

ou tarefas repetitivas e minuciosas). Esta abordagem permite uma proteção mais completa e capaz de potencialmente cobrir todos os riscos que aqui possam existir, o que é sobretudo relevante se atendermos ao fator imprevisível que acompanha, por vezes, a utilização da IA, relacionada com os conceitos de *black box* e *machine learning*.

Desta forma, é importante reter as orientações destacadas a nível internacional para a regulamentação do uso da IA. Neste ponto, salientamos a importância de uma abordagem de controlo humano da IA, minimizando os casos em que as decisões no local de trabalho são tomadas com recurso a processos totalmente automatizados. Exige-se, deste modo, que o empregador ou pessoa por si designada desempenhe um papel ativo de supervisão, exercendo um olhar crítico sobre a decisão a aplicar pelos algoritmos.

Por outro lado, permitir que os trabalhadores conheçam os sistemas de IA a que são submetidos (no caso dos algoritmos utilizados para gestão dos trabalhadores) ou com os quais têm de trabalhar (incluindo-se aqui os novos EPI, aparelhos de recolha de dados de geolocalização, robôs colaborativos, entre outros) pode trazer resultados vantajosos. Quanto melhor informados estiverem os trabalhadores acerca destes mecanismos, mais facilmente passarão a percecioná-los como um aliado à prestação de trabalho, ao invés de uma ameaça ou desvantagem. Reforça-se, para este efeito, a importância do dever de informação previsto no artigo 106.º, n.º 3, al. s), do CT.

A fase embrionária em que se encontra atualmente a relação entre a IA e a SST não diminui a relevância do tema, nem tampouco a necessidade de regulação. Desta forma, reconhecemos que uma abordagem preventiva permitirá não só uma melhor proteção dos trabalhadores, como também, do lado destes, uma maior confiança na utilização da IA.

Bibliografia

- ABRANTES, J. J. & DIAS, I. V. (2023). Regulação do uso do algoritmo nas relações laborais. *Questões Laborais*, n.º 63, pp. 37-50. Coimbra: Almedina.
- ADAM, P. (2020). Association Française du Droit du Travail et de la Sécurité sociale – A.F.D.T. In Le Friant, M. & Tarasewicz, Y. *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail – Les travaux de l'AFDT*. Paris: Editions Dalloz.
- ADAMS-PRASSL, J. (2019). What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, pp. 123-146. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3661151.
- ADAMS-PRASSL, J. (2022). The challenges of management by algorithm. In T. Gyulavári & E. Menegatti (eds.). *Decent work in the digital age – European and comparative perspectives*, pp. 231-243. Oxford: Hart Publishing.
- AGÊNCIA Europeia para a Saúde e Segurança no Trabalho [EU-OSHA]. (2022). Artificial intelligence for worker management: An overview [Report]. https://osha.europa.eu/sites/default/files/artificial-intelligence-worker-management_en.pdf.
- AGÊNCIA Europeia para a Saúde e Segurança no Trabalho [EU-OSHA]. (2022). Artificial intelligence for worker management: Mapping definitions, uses and implications [Policy Brief]. https://osha.europa.eu/sites/default/files/artificial-intelligence-worker-management-regulations_en.pdf.
- AGÊNCIA Europeia para a Saúde e Segurança no Trabalho [EU-OSHA]. (2023). Temperaturas elevadas – Guia para os locais de trabalho [Orientações da UE]. <https://osha.europa.eu/pt/publications/heat-work-guidance-workplaces>.
- AGÊNCIA Europeia para a Saúde e Segurança no Trabalho [EU-OSHA]. (2024). Worker management through AI – From technology development to the impacts on workers and their safety and health [Discussion Paper]. <https://osha.europa.eu/en/publications/worker-management-through-ai-technology-development-impacts-workers-and-their-safety-and-health>.
- AGUILAR DEL CASTILLO, M. C. (2020). El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, no. 1, pp. 262-293. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7306922>.
- AJUNWA, I. (2018). Algorithms at work: Productivity monitoring applications and wearable technology as the new data-centric research agenda for employment and labor law. *St. Louis University Law Journal*, pp. 21-54. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3247286.
- AMADO, J. L. (2010). Flexisegurança: Free to hire, free to fire? In M. Andrade, M. J. Antunes & S. A. de Sousa (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, pp. 23-35. Coimbra: Coimbra Editora.
- AMADO, J. L. (2021). Inteligência artificial, plataformas digitais e robotização: Que futuro para o (direito do) trabalho humano? *Julgar*, no. 45, pp. 86-106.

- AMADO, J. L., ROUXINOL, M. S., VICENTE, J. N., COELHO MOREIRA, T. & SANTOS, C. G. (2023). *Direito do trabalho – Relação individual*, 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y. & GRAU RUIZ, M. A. (2020). Robotics and work – Labour and tax regulatory framework. In L. Mella Méndez (ed.). *Regulating the platform economy – International perspectives on the new forms of work*, pp. 116-131. Oxfordshire: Routledge.
- BÉRASTÉGUI, P. (2021). Exposure to psychosocial risk factors in the gig economy: A systematic review [Report]. *European Trade Union Institute*. <https://www.etui.org/sites/default/files/2021-02/Exposure%20to%20psychosocial%20risk%20factors%20in%20the%20gig%20economy-a%20systematic%20review-2021.pdf>.
- BIRGILLITO, G. & BIRGILLITO, M. (2018). Algorithms and ratings: Tools to manage labour relations. Proposals to renegotiate labour conditions for platform drivers. *Labour & Law Issues*, vol. 4, no. 2, pp. 26-50. <https://labourlaw.unibo.it/article/view/8798>.
- BOURA, M. (2023). Inteligência artificial. Quadro jurídico e reflexões sobre a proposta de regulamento de inteligência artificial. *Revista Eletrónica de Direito – RED*, no. 3, pp. 100-123. https://cij.up.pt/client/files/0000000001/5-marta-boura_2288.pdf.
- CABELLO ROLDÁN, A. (2024). El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: Especial mención al ámbito sociosanitario. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales e Derecho del Empleo*, vol. 12, no. 1, pp. 231-248. https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/issue/view/97.
- CARDOSO, A. I. M. (2020). *A precariedade laboral e as novas formas de trabalho: Impacto no indivíduo e nas organizações*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Gestão de Recursos Humanos na Universidade do Minho. <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/69978/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20Ana%20Isabel%20Marques%20Cardoso.pdf>.
- CAVALCANTE, J. Q. P. & COSTA, G. A. S. (2022). A saúde mental do trabalhador na 4.^a revolução tecnológica como um desafio para os sindicatos. *Trabalho na era digital: Que direito? | Work in a digital era: Legal challenges*, Estudos APODIT n.º 9, pp. 129-147. Lisboa: AAFDL Editora.
- CEFALIELLO, A. (2021). Occupational safety health and trade unions' role in the context of the IV industrial revolution: Between strategic litigation and participation. In Serrani, L. & Tiraboschi, M. (eds.). *El sistema de protección social y prevención de riesgos laborales frente a la IV Revolución Industrial*, pp. 427-443. ADAPT University Press. <https://salus.adapt.it/el-sistema-de-proteccion-social-y-prevencion-de-riesgos-laborales-frente-a-la-iv-revolucion-industrial/>.
- COELHO MOREIRA, T. (2023). *Direito do trabalho na era digital*, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- COELHO MOREIRA, T. (2021). Discriminação algorítmica. *Questões Laborais*, n.º 28, pp. 85-103.

- COELHO MOREIRA, T. & DRAY, G. (2021). Livro verde sobre o futuro do trabalho. Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social. http://www.gep.mtsss.gov.pt/documents/10182/55245/livro_verde_do_trabalho_2021.pdf/daa7a646-868a-4cdb-9651-08aa8b065e45.
- COLIM, A. *et al.* (17 abril 2020). Towards an ergonomic assessment framework for industrial assembly workstations — A case study. <https://www.dtx-colab.pt/wp-content/uploads/2020/04/Colim-et-al.-2020-Towards-an-Ergonomic-Assessment-Framework-for-Industrial-Assembly-Workstations-A-case-study.-compactado.pdf>.
- DE STEFANO, V. (2018) Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labour protection. International Labour Office. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_634157.pdf.
- DI MEO, R. (2020). Technologies and powers – Marginal notes on the Amazon wristband. In L. Mella Méndez (ed.). *Regulating the platform economy – International perspectives on the new forms of work*, pp. 147-159. Oxfordshire: Routledge.
- FARIA, C. *et al.* (2020). Safety requirements for the design of collaborative robotic workstations in Europe – A review. <https://www.dtx-colab.pt/wp-content/uploads/2020/08/Faria-C.-Colim-A.-Cunha-J.-Oliveira-J.-Costa-N.-Carneiro-P.-Monteiro-S.-Bicho-E.-Rocha-L.A.-Arezes-P.-Safety-Requirements-for-the-Design-of-Collaborative-Robotic-Workstations-in-Europ.pdf>.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (2024). Salud laboral, digitalización, nuevas tecnologías y su reflejo en la negociación colectiva. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, n.º 1, pp. 19-47. ADAPT University Press. https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/issue/view/97.
- EASTGATE Software. (26 janeiro 2024). Black box AI: What is it and how does it work? <https://eastgate-software.com/black-box-ai-what-is-it-and-how-does-it-work/>.
- EKBIA, H. R. (28 março 2024). In humans we trust: Rules, algorithms and judgment. In Ponce Del Castillo, A. (ed.). *Artificial intelligence, labour and society*, pp. 47-57. The European Trade Union Institute. <https://www.etui.org/publications/artificial-intelligence-labour-and-society>.
- GILBERT, A. (julho, 2023). Reframing automation: A new model for anticipating risks and impacts [Working Paper]. *The Pissarides Review into the Future of Work and Wellbeing*. Institute for the Future of Work. <https://static1.squarespace.com/static/61e471292531e621931e557d/t/6554cdde46fe1e073828fe30/1700056545338/Reframing+Automation+Nov+23.pdf>.
- GOMES, J. M. V. (2013). *Acidente de trabalho – O acidente in itinere e a sua descaracterização*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES, J. M. V. (2021). Algumas reflexões críticas sobre a responsabilidade civil por acidentes de trabalho. *Julgar Online*, n.º 43. <https://julgar.pt/algumas-reflexoes-criticas-sobre-a-responsabilidade-civil-por-acidentes-de-trabalho/>.

- JANSEN, A., VAN DER BEEK, D., CREMERS, A., NEERINCX, M. & VAN MIDDELAAR, J. (agosto, 2018). Emergent risks to workplace safety: Working in the same space as a cobot [Report for Ministry of Social Affairs and Employment]. <https://publications.tno.nl/publication/34627026/je8DYe/TNO-2018-R10742.pdf>.
- MACÍAS GARCÍA, M. C. (2022). La inteligencia artificial para el entorno laboral. Un enfoque en la predicción de accidentes. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. VII, n.º 1, pp. 84-101. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla. https://institucional.us.es/revistas/Prot_Social/7_1/Art_05.pdf.
- MANDINAUD, V. & PONCE DEL CASTILLO, A. (28 março 2024). AI systems, risks and working conditions. In Ponce Del Castillo, A. (Ed.), *Artificial intelligence, labour and society*, pp. 237-249. The European Trade Union Institute. Retirado de <https://www.etui.org/publications/artificial-intelligence-labour-and-society>.
- MENEZES LEITÃO, L. (2023). *Direito do trabalho*, 8.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2022). Labour relations in the era of robotics and artificial intelligence. *Trabalho na era digital: Que direito? | Work in a digital era: Legal challenges*. Estudos APODIT n.º 9, pp. 75-87. Lisboa: AAFDL Editora.
- MONTEIRO FERNANDES, A. (2023). *Direito do trabalho*, 22.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MOORE, P. V. (2019). OSH and the future of work: Benefits and risks of artificial intelligence tools in workplaces. In Duffy, V. (ed.). Digital human modeling and applications in health, safety, ergonomics and risk management. Human body and motion. *Lecture Notes in Computer Science*, vol. 11581, pp. 292-315. https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-22216-1_22#citeas.
- MOREIRA, S. (2022). Veículos autónomos – Propostas de solução no âmbito da responsabilidade civil. In Moreira, S. & Freitas, P. M. (coord.). *Inteligência Artificial e robótica – Desafios para o direito do século XXI*, 1.^a ed., pp. 127-149. <https://gestlegal.pt/wp-content/uploads/2022/11/ebook-inteligencia-artificial-e-robotica.pdf>.
- ORDEM dos Psicólogos Portugueses (fevereiro, 2014). Intervenção em riscos psicossociais e gestão do stress em contexto laboral e de saúde – Contributo dos psicólogos. Retirado de https://recursos.ordemdospsicologos.pt/files/artigos/interv_riscos_psicossoc.pdf.
- ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho [OIT]. (2019). Trabalhar para um futuro melhor – Comissão mundial sobre o futuro do trabalho. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_677383.pdf.
- ORTEGA LOZANO, P. G. & GUINDO MORALES, S. (2024). *Las relaciones sociolaborales en la era de la transición digital: Inteligencia artificial (IA), algoritmos, robótica, automatización, big data, compliance y tecnologías avanzadas*. Granada: Editorial Comares.
- PALMA RAMALHO, M. R. (2023). *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 9.^a ed. Coimbra: Almedina.

- PEDRO, R. T. (2022). Breves reflexões sobre a reparação de danos causados na prestação de cuidados de saúde com utilização de robots. *Inteligência artificial e robótica – Desafios para o direito do século XXI*, 1.^a ed., pp. 151-185. <https://gestlegal.pt/wp-content/uploads/2022/11/ebook-inteligencia-artificial-e-robotica.pdf>.
- PÉREZ LÓPEZ, J. I. (2023). Inteligencia artificial y contratación laboral. *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, n.º 7, pp. 186-205. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/17557/17575>.
- PONCE DEL CASTILLO, A. (28 março 2024). AI: The value of precaution and the need for human control. In Ponce del Castillo, A. (ed.). *Artificial intelligence, labour and society*, pp. 13-26. The European Trade Union Institute. <https://www.etui.org/publications/artificial-intelligence-labour-and-society>.
- PURIFICATO, I. (2021). Behind the scenes of Deliveroo's algorithm: The discriminatory effect of Frank's blindness. *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 14, pp. 169-194. <https://illej.unibo.it/article/view/12990>.
- QUINTAS, P. (2016). *Manual de direito e da segurança, higiene e saúde no trabalho*, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO COSTA, A. C. (2020). *Os riscos psicossociais na relação jurídico-laboral*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.
- RIBEIRO COSTA, A. C. (2022). A saúde e segurança no novo regime do teletrabalho: Reflexões sobre o sentido mais favorável aos trabalhadores. *Questões Laborais*, no. 60, pp. 153-179.
- RIBEIRO COSTA, A. C. (2022). Protection sociale et accès aux soins des travailleurs de plateformes au Portugal: Un débat indissociable de la question de la nature des relations de travail. *Revue de Droit Sanitaire et Social*, no. 5, pp. 1034-1041.
- RIVAS VALLEJO, P. (2020). *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*. Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi.
- ROHENKOHL, B. & CLARKE, J. (agosto, 2023). What do we know about automation at work and workers' wellbeing? [Working Paper]. *The Pissarides Review into the Future of Work and Wellbeing*. Institute for the Future of Work. <https://static1.squarespace.com/static/61e471292531e621931e557d/t/64e46f813c3b7a75491c4d04/1692692354639/Workstream+1+Literature+Review+-+Automation+and+Wellbeing.pdf>.
- ROMANO MARTINEZ, P. (2023). *Direito do trabalho*, 11.^a Ed. Coimbra: Almedina.
- ROUXINOL, M. (2008). *A obrigação de saúde e segurança no trabalho do empregador*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ROXO, M. M. (2011). *Direito da segurança e saúde no trabalho*. Coimbra: Almedina.
- SOFFIA, M. et al. (fevereiro, 2024). Does technology use impact UK workers' quality of life? A report on worker wellbeing [Working Paper]. *The Pissarides Review into the Future of Work and*

- Wellbeing*. Institute for the Future of Work. https://assets-global.website-files.com/64d5f73a7fc5e8a240310c4d/65eef23e188fb988d1f19e58_Tech%20Exposure%20and%20Worker%20Wellbeing%20-%20Full%20WP%20-%20Final.pdf.
- STACEY, N. *et al.* (2018). Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalization by 2025. European Risk Observatory Summary, European Agency for Safety and Health at Work. https://osha.europa.eu/sites/default/files/Foresight_new_OSH_risks_2025_summary.pdf.
- STEWART, H. (12 de março 2024). Workplace AI, robots and trackers are bad for quality of life, study finds. *The Guardian*. <https://amp-theguardian-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.theguardian.com/business/2024/mar/12/workplace-ai-robots-trackers-quality-of-life-institute-for-work>.
- TODOLÍ-SIGNES, A. (2019). Algorithms, artificial intelligence and automated decisions concerning workers and the risks of discrimination: The necessary collective governance of data protection. *European Review of Labour and Research*, no. 4, pp. 465-481. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3316666.
- TODOLÍ-SIGNES, A. (2019). En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo. *Labour & Law Issues*, vol. 5, no. 2, pp. C.1-C.38. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506584.
- TODOLÍ-SIGNES, A. (2021). Making algorithms safe for workers: Occupational risks associated with work managed by artificial intelligence. *European Review of Labour and Research*, no. 4, pp. 433-452. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3915718.
- TRAVIESO, M. M. (2020). Regulating technology at work. In L. Mella Méndez (ed.). *Regulating the platform economy – International perspectives on the new forms of work*, pp. 70-85. Oxfordshire: Routledge.
- UTS Climate Justice Centre (julho, 2019). Heat stress and on-demand work: The experience of food delivery and courier cyclists. <https://opus.lib.uts.edu.au/bitstream/10453/134736/1/On%20Demand%20cyclists%20UTS%20final.pdf>.
- VASCONCELOS, J. (2022). Automation and technological unemployment: Legal aspects. *Trabalho na era digital: Que direito? | Work in a digital era: Legal challenges*. Estudos APODIT n.º 9, pp. 87-93. Lisboa: AAFDL Editora.
- ZENHA MARTINS, J. (2021). Novos riscos profissionais na era digital. *Minerva: Revista de Estudos Laborais*, 4.^a série, no. 4, pp. 45-60. http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/6151/3/minerva_11_4_2.pdf.

A criminalização da violência obstétrica:
Uma necessidade jurídico-penal?

Marina Alexandra Bessa Sousa

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria

Vários momentos na História mostram-nos que só quando se radicaliza um assunto é que ele sai verdadeiramente para debate.

- Isabel Lindim e Ana Patrícia Silva.

Agradecimentos

À Professora Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria, pela orientação e ensinamentos,

Aos meus Pais, Irmãs e Cunhado, pela compreensão e paciência,

Ao Paulo, pelo carinho e motivação,

Aos meus amigos, pelas palavras de apoio,

Aos meus Patronos e Ilustres Colegas, pela disponibilidade e partilha.

Nota prévia

A presente dissertação de mestrado foi elaborada durante o ano letivo 2023/2024, tendo sido defendida publicamente em setembro de 2024. Até essa data, não existia qualquer diploma normativo português a consagrar a definição de violência obstétrica, ou sequer a assumir a sua existência.

Sucedendo que, em 2025, foi publicada a Lei n.º 33/2025, de 31 de março, que pretende promover os direitos na gravidez e no parto e alterar a Lei n.º 15/2014, de 21 de março.

Este diploma veio, assim, definir o conceito de violência obstétrica, bem como estabelecer uma série de obrigações (e consequências, como penalizações e inquéritos disciplinares) para os estabelecimentos e profissionais de saúde.

Importa, deste modo, denotar que a presente dissertação não se debruçou sobre a Lei n.º 33/2025, de 31 de março, atento o decurso temporal decorrido.

Resumo

A presente dissertação diz respeito a um tema que tem assoberbado os *media* e as redes sociais: a violência obstétrica. Esta forma de violência abarca um conjunto de condutas que violam direitos constitucionalmente protegidos da mulher. A nossa análise tem como base estudos nacionais e internacionais em que resultam relatos assustadores de práticas realizadas por profissionais de saúde nos estabelecimentos de saúde, a legislação vigente e as recomendações internacionais que têm surgido como resposta a este problema.

Pretendemos avaliar se existe em Portugal uma verdadeira necessidade jurídico-penal de criminalizar estas condutas ou se o nosso ordenamento jurídico já dispõe de mecanismos suficientes para garantir a tutela dos bens jurídicos em causa.

Palavras-chave: violência obstétrica; criminalização; direitos das mulheres.

Abstract

This dissertation aims to study an issue that has been flooding the media and social networks: obstetric violence. It portrays a series of behaviours that violate women's constitutionally protected rights. The analysis is based on national and international studies with frightening reports of practices carried out by health professionals in health facilities, as well as on international legislation and recommendations that have emerged as a response to this problem.

In this sense, it is intended to assess whether there is a legal-criminal need to criminalize these conducts in Portugal or whether our legal system already has sufficient mechanisms to guarantee the protection of the legal assets at stake.

Keywords: obstetric violence; criminalization; women's rights.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AR	Assembleia da República
APDMGP	Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e no Parto
BE	Bloco de Esquerda
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGS	Direção Geral da Saúde
MGF	Mutilação Genital Feminina
OJ	Ordenamento Jurídico
OM	Ordem dos Médicos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
EU	União Europeia
VO	Violência obstétrica

Índice

I. Introdução	8
II. Violência obstétrica	9
2.1. Definição	9
2.2. A realidade de muitos partos	12
2.2.1. Inquéritos APDMGP	14
2.2.2. Estudo <i>The Lancet</i>	15
2.2.3. Práticas desaconselhadas	15
III. Enquadramento jurídico	16
3.1. Internacional	16
3.1.1. Soluções América Latina	16
3.1.2. Respostas europeias	17
3.1.3. Relatório ONU e recomendações da OMS	18
3.2. Nacional	20
3.2.1. A Lei n.º 15/2014, direitos e deveres do utente dos serviços de saúde	20
3.2.2. Vias de enquadramento possível no direito penal	22
IV. A via da criminalização da violência obstétrica	29
4.1. Propostas legislativas	29
4.2. Necessidade da criminalização da violência obstétrica	33
VI. Conclusões	36
Referências bibliográficas	37
Jurisprudência	41

I. Introdução

A violência obstétrica ganhou um destaque especial nos últimos anos, com o aumento dos relatos de experiências pessoais partilhados nas redes sociais¹, mas também através dos estudos nacionais e internacionais sobre o problema². Uma realidade que até então era uma condição natural e aceitável do parto enquanto momento necessário de sofrimento para a mulher ganha agora uma nova perspetiva, que constitui também um passo revolucionário do movimento feminista. São inúmeras as descrições das condutas e procedimentos violentos e desnecessários realizados por profissionais de saúde sobre a mulher grávida, não só no momento do parto, mas também ao longo da gravidez. No entanto, é no momento do parto que a VO ganha maior impacto e é mais frequente, sendo esse o momento em que a presente dissertação se vai centrar.

Com o aumento da atenção sobre este tema, e apesar da recusa em reconhecer o fenómeno por parte da Ordem dos Médicos³, começa a ser discutida a possibilidade e necessidade de criminalizar a VO. Nesse sentido, têm surgido alguns projetos de lei e movimentos sociais que não só salientam a importância da questão, como destacam a necessidade da tutela penal dos bens jurídicos das mulheres numa situação de fragilidade e de especial vulnerabilidade, conferindo-lhes algum poder sobre o seu corpo.

Em alguns países, como a Venezuela, a VO encontra-se consagrada como um crime. Na Europa, este tipo legal de crime não existe. Porém, muitos estudos identificam Portugal como um dos países com as taxas mais elevadas de procedimentos desaconselhados.

Deste modo, e comparando os dados de Portugal com os dos restantes países da Europa, constatamos que as condutas e os procedimentos levados a cabo pelos profissionais de saúde nacionais não cumprem os parâmetros europeus nem as recomendações internacionais da OMS. Assim, urge questionar se efetivamente existe a necessidade de criar um tipo de ilícito específico ou se o nosso OJ já possui as ferramentas necessárias para garantir esta tutela.

Tem de se ter presente que o direito penal tem um carácter excecional e o próprio processo penal apresenta funções preventivas muito próprias e limitadas, pelo que não se deve cair no exagero, procurando punir bagatelas jurídico-penais. Se observarmos o fenómeno da VO de uma forma parcelar, podemos identificar diferentes bens jurídicos que são colocados sob ataque, nomeadamente, a integridade física e psíquica, a liberdade e a autonomia da mulher, que já encontram tutela jurídico-penal no nosso OJ. Contudo, se considerarmos a VO em termos globais e tivermos em conta que afeta um bem jurídico complexo, com diferentes camadas e formas de violência, e características muito próprias, dificilmente encontramos uma resposta jurídica suficiente, em especial no sistema penal.

¹ Porto, 2023.

² The Lancet e APDMGP.

³ Carvalho, 2021.

II. Violência obstétrica

2.1. Definição

A violência contra a mulher é persistente e complexa, assumindo diferentes formas no ambiente social. Não restam dúvidas de que a VO representa um problema de gênero⁴ que se relaciona com outros tipos de violência e abusos exercidos sobre a mulher. Segundo o entendimento da OMS, a VO não só consubstancia uma violação dos direitos das mulheres, como também traduz uma violação dos direitos humanos, nomeadamente, do direito à vida, à saúde, à integridade física e à não-discriminação⁵.

Apesar de a OMS não ter começado por utilizar diretamente o termo VO, em 2014 emitiu uma declaração sobre formas de desrespeito e de abuso contra mulheres durante o parto⁶ corporizadas através de uma série de procedimentos e comportamentos levados a cabo nos hospitais e maternidades num momento que deveria ser marcado por memórias positivas. Esta declaração representou o primeiro momento em que uma entidade internacional legitimou o problema da VO, mesmo não se lhe referindo enquanto tal, reconhecendo que um pouco por todo o mundo muitas mulheres vivenciam experiências de abusos, maus-tratos e negligência no parto, com consequências adversas diretas para a mãe e para a criança.

Mais tarde, a OMS⁷ emitiu recomendações que os Estados devem considerar, promover e adotar, nos seus estabelecimentos de saúde, para um parto seguro e sem violência. Nestas recomendações, a OMS esclarece que houve um aumento substancial no número de práticas destinadas a iniciar, acelerar, encerrar, regular ou monitorizar o processo fisiológico do trabalho de parto e que este aumento de medicalização mina a capacidade da mulher, impactando negativamente a sua experiência. Assim, estas recomendações visam estabelecer normas de boas práticas para o parto, de modo a garantir cuidados de parto de alta qualidade e melhores resultados centrados nas mulheres.

Não obstante, o termo “violência obstétrica” surge na América latina, em 2007, na Venezuela, no que foi seguida pela Argentina e pelo Chile, visando uma maior proteção da mulher durante a gravidez e parto. Assim, a Venezuela consagrou um diploma em que confere relevância jurídico-penal à VO, definindo-a como:

a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos femininos pelos profissionais de saúde, expresso num tratamento desumanizador, num abuso de medicalização e patologização de processos naturais, resultando na perda de autonomia e

⁴ Simões, 2016, p. 6.

⁵ OMS, 2014.

⁶ OMS, 2014.

⁷ World Health Organization, 2018.

capacidade de decidir livremente acerca dos seus corpos e sexualidade, com impacto negativo para a qualidade de vida das mulheres.⁸

Também a doutrina, ao longo dos anos, utilizou diferentes denominações para estabelecer os limites de um conceito que hoje facilmente identificamos como VO. É o caso de Freedman e Kruk (2014)⁹, para quem constituem desrespeito e abuso no parto todas as interações ou condições dos serviços de assistência obstétrica que se considerem humilhantes ou não dignificantes, ou que são percebidas enquanto tal.

Apesar de alguma discordância na comunidade médica, e da rejeição da parte da OM¹⁰, o conceito da VO encontra-se já bastante assente na comunidade, integrando legislação e projetos de lei. Em Portugal, com o aumento da discussão do tema, bem como em resultado de alguns estudos que apresentam Portugal como um dos países europeus com as taxas mais elevadas¹¹ de partos instrumentados¹² e com uma alta percentagem de procedimentos ultrapassados¹³, começa a discutir-se a criminalização deste fenómeno, surgindo o Projeto de Lei n.º 912/XIV/2.^a, que visa reforçar “a protecção das mulheres na gravidez e parto através da criminalização da violência obstétrica”¹⁴. Este projeto define a VO como

qualquer conduta direcionada à mulher, durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, praticada sem o seu consentimento, que, consubstanciando um ato de violência física ou psicológica, lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário ou limite o seu poder de escolha e de decisão.

Em suma, podemos entender a VO como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais que as acompanham, que se expressa num tratamento desumanizado e excesso de medicalização¹⁵ que, por sua vez, conduz à perda de autonomia e capacidade decisória das mulheres sobre os seus corpos. Por outras palavras, a VO retrata um conjunto de condutas levadas a cabo por profissionais de saúde que constituem uma violação da integridade e autonomia da pessoa em processo de concepção, gestante, parturiente ou puérpera, em qualquer dimensão que a constitua (física e emocional), em contexto de maternidade e pós-parto, cuidados durante as perdas gestacionais e cuidados de ginecologia. Durante toda a evolução da gravidez podemos ter situações de VO, contudo, é no momento do parto que ela é mais recorrente ou impactante, atendendo à especial vulnerabilidade da mulher nesse momento.

⁸ La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2007, Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (traduzido).

⁹ Freedman & Kruk, 2014.

¹⁰ Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia da OM, 2021.

¹¹ Notícia do Diário de Notícias, 10 fevereiro de 2022.

¹² Parto instrumentado: refere-se à aplicação de um instrumento obstétrico (ventosa, espátulas ou fórceps) para auxílio da extração fetal. <https://planodeparto.pt/o-parto/parto-instrumentado-ventosa-forceps/>.

¹³ The European Perinatal Health Report (2010).

¹⁴ Rodrigues, 2021.

¹⁵ Diogo, 2023.

Entende-se, assim, que podem existir inúmeras formas de VO, que podemos dividir essencialmente em violência física, psicológica e dirigida contra a autonomia e liberdade de escolha da pessoa. Em 2010, Diana Bowser e Kathleen Hill identificam sete formas de desrespeito e abuso no parto, nomeadamente abuso físico, cuidados não consentidos, cuidados não confidenciais, cuidado não digno, discriminação com base em atributos específicos do paciente, abandono de cuidados e detenção nas instalações¹⁶. Daqui retiramos que a VO pode consubstanciar-se em violência física, violência psicológica, violência sexual e violência institucional.

A violência física é a mais fácil de identificar agrupando todas as condutas que inflijam dor ou danos físicos à parturiente ou ao nascituro, assim como as que desrespeitam o ritmo biológico da parturiente e que, por esse motivo, configurem procedimentos invasivos. Podemos inserir aqui a manobra de Kristeller¹⁷, o jejum forçado, a restrição à liberdade de movimentos imposta à parturiente, amarrar a parturiente à maca, utilização de meios farmacológicos sem autorização, indução do parto, realização de uma episiotomia¹⁸ sem necessidade e/ou consentimento, agressões físicas, tricotomia (remoção de pelos púbicos), administração de ocitocina, cesariana sem indicação clínica, recusa dolosa ou negligente do alívio à dor, entre outras¹⁹.

Segue-se a violência psicológica, como a discriminação, a indução da grávida em erro com ameaças para que a mesma consinta a realização de uma prática, atendimento não empático, faltas de respeito e maus-tratos psicológicos, comentários inapropriados, menosprezo pelos pedidos da parturiente, e omissão de informação sobre o decorrer do parto²⁰.

Por sua vez, a violência sexual exprime-se em condutas que atentam contra os direitos sexuais das mulheres, isto é, que violam a sua intimidade/integridade física sexual e/ou reprodutiva. Os casos que ganham mais destaque são a realização de episiotomia de rotina sem necessidade clínica, sucessivos exames de toque invasivos e/ou agressivos, muitas vezes destinados a ensinar profissionais de saúde ainda em fase de formação, e o descolamento de membranas sem consentimento informado²¹. Temos ainda o chamado “ponto do marido”, associado à episiotomia, que tem como objetivo deixar a vagina da mulher mais estreita do que se apresentava antes do parto, com o pretexto de que com o parto a mulher poderá vir a apresentar algum tipo de disfunção sexual e prejudicar o prazer sexual masculino²².

¹⁶ Bowser & Hill, 2010.

¹⁷ Técnica obstétrica obsoleta, executada durante o parto, que consiste na aplicação de pressão na parte superior do útero com o objetivo de facilitar a saída do bebé.

¹⁸ Corte cirúrgico feito no períneo (região entre a vagina e o ânus), realizado durante o trabalho de parto, com o intuito de alargar a abertura do canal vaginal, para facilitar a saída do bebé.

¹⁹ Simões, 2016, p. 13.

²⁰ Simões, 2016, p. 14.

²¹ Simões, 2016, p. 15.

²² Simões, 2016, p. 16.

Por último, a violência institucional inclui todas os comportamentos de instituições públicas ou privadas que são responsáveis pelo cumprimento das suas normas profissionais, pelo respeito dos direitos dos seus utentes, que devem obedecer a boas práticas e não dificultar ou impedir as mulheres de aceder aos seus direitos²³. Surgem como exemplos o impedimento ao acesso a serviços de saúde, a obstrução à amamentação ou o não auxílio neste processo, a omissão dos direitos da grávida, nomeadamente, o direito a ter presente um acompanhante, entre outros, que, de certo modo, retratam a falta de condições para a prestação de cuidados de saúde obstétricos adequados, que devem ser garantidos pelas respetivas unidades de saúde²⁴. A violência institucional abrange assim o abuso exercido pelo próprio estabelecimento de saúde, ao permitir, ou até promover, a prática de condutas violentas e discriminatórias²⁵, bem como de procedimentos ultrapassados, de modo a acelerarem o trabalho de parto, visando um maior número de concretização dos mesmos.

Não obstante ser possível fazer esta divisão entre as diferentes formas de violência, importa denotar que todo o fenómeno da VO nos remete para um episódio com características muito específicas, atendendo à especial vulnerabilidade em que se encontra a mulher. Assim, existem diversas camadas de violência e de abusos, que nem sempre é possível enquadrar num grupo em concreto, o que implica observar este fenómeno de uma forma mais ampla.

2.2. A realidade de muitos partos

É difícil acreditar que estes cenários de terror têm lugar dentro dos nossos hospitais. O parto é uma ocasião que se rodeia de receios e medos, em relação ao qual existem grandes expectativas e durante o qual uma boa comunicação entre a mulher e os profissionais de saúde pode fazer uma diferença significativa. Muitas vezes ouvimos dizer que quando a mãe vê o bebé “tudo esquece”, procurando reforçar a imagem de que o parto, apesar de ser um processo doloroso sempre terá um final feliz, e que o sofrimento é um obstáculo a superar para se atingir aquela felicidade. Contudo, vemos nas redes sociais, nos media, nas ruas, uma crescente onda de revolta e de contestação contra certo tipo de comportamentos, com inúmeros testemunhos aterrorizantes que exigem melhoria e atualização dos serviços de saúde. As redes sociais e os media têm constituído um forte impulso para a revelação de momentos durante o parto que são passíveis de consubstanciar VO. O panorama atual, que se vem arrastando por longos anos, é marcado por momentos como o que se segue:

Dei entrada nas urgências da (...) às 19h15 no dia 23 de março de 2021. Até por volta das cinco horas da manhã correu tudo lindamente, a enfermeira que me acompanhou durante o trabalho de parto foi excelente profissional, deu-me

²³ Martins, 2023.

²⁴ Faria, 2023, p. 1767.

²⁵ Faria, 2023, p. 1767.

liberdade de movimentos, andar em pé, dançar, ouvir música. Durante as contrações adquiri variadíssimas posições na cama, em cadeiras, com a bola, etc. O problema começou quando por duas vezes apareceram duas médicas para ver como estava a evoluir o parto, e comecei a ouvir frases como ‘ela não consegue, já está cansada’. Quando me diziam para fazer força, e eu comecei a sentir-me incomodada com a pressão delas e com aquela conversa, eu não me sentia exausta, só me sentia observada e comecei a retrair-me, disse às médicas que conseguia com calma, ao que a médica mais experiente respondeu ‘pois, mas nós temos mais que fazer, não temos o dia todo e a senhora enfermeira também tem de ir embora daqui a pouco’. (...)

Fui levada para o bloco com a informação de que iria ter auxílio de ventosa para a minha bebé nascer (...). Já no bloco eu estava muito assustada, prenderam-me as pernas naqueles postes levantados [pernas em 90°] ao que eu pedi para soltarem e negaram.

A partir daí nada me foi questionado nem nenhum pedido de autorização fizeram. Nas contrações seguintes disseram para fazer força para tentar mais uma vez a expulsão, mas naquela posição horrível ainda menos consegui fazer força bem direcionada. Comecei então a sentir um ardor horrível, nem estava a perceber o que seria, gritei e questionei o que me estavam a fazer, ninguém respondeu, as minhas pernas mesmo presas começaram a tremer, até que uma perna se soltou e uma enfermeira agarrou-me a perna. Senti o frio dos ferros e a dor horrível continuava. A enfermeira que me tinha acompanhado da sala de parto deu-me mais duas doses de anestesia no cateter da epidural, mas não deu tempo de fazer efeito. Agarrei as mãos dela, apertava-a e gritava ‘o que é que elas [as médicas] me estão a fazer que me estão a magoar tanto?’ Só me diziam ‘a sua filha tem de nascer’. Às 6:09 nasceu a minha filha, com a marca de fórceps na cara. Depois percebi que a dor horrível tinha sido a episiotomia, e que a ventosa passou a fórceps. Não fui consultada nem informada. Ainda não me recuperei psicologicamente do parto, que estava a ser maravilhoso até à entrada das duas médicas na sala de parto. Tinham um timing a cumprir e no qual não estava incluído o respeito por mim e pelo meu timing e da minha bebé.²⁶

As experiências negativas, como esta, podem marcar a vida da mulher e de quem a acompanha de forma significativa. Estas podem ter um impacto profundo na autoestima das pessoas, na sua vida sexual, na relação com o companheiro ou companheira e sobre toda a sociedade, e podem também afetar a vinculação com o bebé e o estabelecimento da

²⁶ Lindim & Silva, 2022, relato de Magda Valente.

amamentação²⁷. Estes acontecimentos podem mesmo promover traumas, nomeadamente, o desenvolvimento de transtorno de stress pós-traumático e depressão pós-parto. Mesmo que não exista um quadro clínico diagnosticado, as memórias do evento podem provocar mal-estar e uma sensação de frustração, que acompanham as mulheres por muito tempo²⁸.

2.2.1. Inquéritos APDMGP

Para melhor observar este fenómeno, a Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e no Parto realizou dois inquéritos referentes a experiências de parto. O primeiro, intitulado de “Experiências de Parto em Portugal”, realizou-se em 2015, atendendo a partos ocorridos entre janeiro de 2012 e março de 2015, tendo como base a participação de mais de três mil mulheres²⁹. Este primeiro estudo revela que grande parte das mulheres teve alguma intervenção durante o parto, sendo a epidural a intervenção mais frequente, seguida da episiotomia e, logo a seguir, da administração de ocitocina³⁰. Além disso, verificou-se que mais de 40% dos partos por via vaginal foram instrumentados, dois terços através de ventosa e um terço com ajuda de fórceps. Resulta ainda deste estudo que mais de 40% das mulheres não prestou o seu consentimento para as intervenções realizadas durante o trabalho de parto e/ou não foram informadas sobre opções de parto. Quanto à posição em que o parto foi realizado, apurou-se que 25% das mulheres não se sentiu confortável na posição em que deu à luz.

O segundo inquérito adotou o mesmo título e constituiu uma segunda edição do primeiro, reportado a partos ocorridos entre 2015 e 2019, com a participação de mais de sete mil mulheres³¹. Este inquérito começou por revelar que 18% das mulheres viu violado o seu direito ao acompanhamento. Constatou-se de novo a prática recorrente da episiotomia, que foi realizada em 60% dos partos, apesar do expresse desaconselhamento desta técnica pela OMS. Apurou-se ainda que cerca de 30% das grávidas se sentiram desrespeitadas, abusadas ou discriminadas, principalmente através da execução de práticas não consentidas.

Do mais recente inquérito resulta que uma grande percentagem de mulheres sentiu que perdeu o controlo sobre a situação e quase metade afirmou não ter tido o parto que idealizou. Quando questionadas sobre as diferentes formas de abuso, elevadas percentagens de mulheres revelaram abusos verbais, físicos, cuidados ou intervenções não consentidas e uma relação deficiente com os prestadores de cuidados.

²⁷ Barata, 2022.

²⁸ Barata, 2022.

²⁹ Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e no Parto, 2015, Inquérito às mulheres sobre as suas experiências de parto.

³⁰ A ocitocina é uma hormona utilizada para induzir e acelerar o trabalho de parto e prevenir hemorragias.

³¹ Associação Portuguesa pelos Direitos das Mulheres na Gravidez e no Parto, 2019, Inquérito Experiências de Parto em Portugal | 2.^a edição.

2.2.2. Estudo The Lancet

Não obstante o impacto dos inquéritos referidos no nosso país, foi o estudo realizado pela revista The Lancet, com o título *Quality of facility-based maternal and newborn care around the time of childbirth during the COVID-19 pandemic: online survey investigating maternal perspectives in 12 countries of the WHO European Region*³², com resultados bastante desalentadores para Portugal, que marcou o início do debate da criminalização da VO em Portugal e que forçou os Estados a uma proceder a uma adaptação dos serviços de saúde, o que envolveu uma deterioração dos serviços obstétricos³³.

Este estudo, que teve por base os testemunhos de 21.027 (vinte e uma mil e vinte e sete) mulheres³⁴, confere um particular destaque à falta de consentimento para a realização de determinados atos médicos, à falta de comunicação entre a paciente e os profissionais de saúde e à falta de envolvimento da paciente no processo decisório. Segundo as conclusões a que chega, Portugal³⁵ é o país da Europa que apresenta a maior taxa de partos eutócicos instrumentais (com utilização de fórceps ou ventosas) e é o quinto país com a maior taxa de episiotomias, apenas ultrapassado por países como a Eslovénia, Croácia, Roménia e Sérvia. Além disso, também resulta deste estudo que Portugal é o país que mais utiliza a técnica de aplicação de pressão no fundo do útero.

Relativamente à realização de parto instrumentalizado sem consentimento, Portugal apresenta o pior resultado. Aliás, Portugal é destacado como um dos países que apresenta um número mais elevado de parturientes que sentiram que não foram parte ativa nas decisões que foram tomadas e que não foram tratadas com dignidade.

2.2.3. Práticas desaconselhadas

O OJ português dispõe no artigo 15.º-F da Lei n.º 15/2014, de 21 de março³⁶, que “os serviços de saúde devem seguir as recomendações da OMS para uma experiência positiva do parto”. Ora, como já mencionado, a OMS publicou em 2018 um documento com uma extensa lista de recomendações sobre as intervenções médicas durante o parto³⁷. Para este feito, dividiu o parto em 3 fases e, de forma fundamentada e autónoma, concluiu quais seriam as intervenções médicas recomendáveis e não recomendáveis. Durante a primeira fase do parto, a OMS não recomenda o recurso a amniotomias³⁸, nem a qualquer tipo de medicação que sirva

³² Lazzerini, et al., 2021, *Quality of facility-based maternal and newborn care around the time of childbirth during the COVID-19 pandemic: online survey investigating maternal perspectives in 12 countries of the WHO European Region*.

³³ Lazzerini, et al., 2021, op. cit., p. 2.

³⁴ Resultados de um inquérito online multinacional, que se deu em 12 países da OMS Região Europeia.

³⁵ Cerca de 1.685 (mil, seiscentos e oitenta e cinco) mulheres portuguesas participaram no referido inquérito.

³⁶ Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde.

³⁷ World Health Organization, 2018.

³⁸ Rutura artificial do saco amniótico ou bolsa amniótica, para acelerar o parto.

para alterar o ritmo natural do parto. Durante a segunda fase, também não recomenda o recurso a episiotomias de rotina ou a aplicação de pressão manual no útero da parturiente³⁹.

Ora, retomando os estudos acima mencionados, observamos que Portugal apresenta taxas muito elevadas da prática destes procedimentos não recomendados, encontrando-se, claramente, a contrariar as recomendações.

Temos, assim, um fenómeno preocupante, com um peso significativo em Portugal, com uma clara rejeição da OM de que existe qualquer tipo de VO, não obstante os estudos e os relatos, que continuam a surgir. Mas que respostas detém o nosso OJ para salvaguardar e proteger as mulheres e os seus direitos? As formas de violência mencionadas afetam uma série de bens jurídicos, como a integridade física e psíquica e a liberdade e autonomia da pessoa, que merecem uma tutela jurídica. O nosso OJ apresenta respostas suficientes e adequadas para os casos que acabámos de expor? Deve o direito penal intervir autonomamente como forma de prevenir estas condutas?

³⁹ Também conhecida por Manobra de Kristeller.

III. Enquadramento jurídico

3.1. Internacional

3.1.1. Soluções América Latina

Como vimos, o termo VO surgiu na América Latina, nomeadamente, na Venezuela, que em 2007 decidiu criminalizá-la como forma de proteger as mulheres. Temos, assim, a “Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”⁴⁰, que consagra a punição de variadas formas de violência sobre o género feminino (como a violência doméstica), no seu capítulo III. Este capítulo inicia-se com o artigo 14.º, que começa por definir o conceito de violência, seguindo-se o artigo 15.º, que define e estabelece as diferentes formas de violência contra a mulher, entre estas, a VO, que consta do n.º 13 do respetivo preceito. Nos artigos seguintes, são definidas políticas e medidas de prevenção, visando a erradicação das formas de violência contra as mulheres elencadas no diploma, e o Capítulo IV, corresponde à secção dos delitos. É no artigo 51.º da “Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”, que se encontra a verdadeira criminalização da VO, encontrando-se elencadas diversas condutas que podem consubstanciar esta violência e que, conseqüentemente, podem resultar em condenação no pagamento de uma multa, entre 250 e 500 unidades tributárias, condenação que é reencaminhada para o órgão profissional correspondente, para permitir o processo disciplinar, existindo, ainda, a possibilidade da aplicação de sanções acessórias (como a suspensão do exercício profissional⁴¹). Além disso, a vítima terá direito ao pagamento de uma indemnização civil, conforme disposto nos artigos 61.º e seguintes, do mesmo diploma.

Seguiu o mesmo caminho a Argentina, que apesar de não criminalizar a VO, publicou um diploma⁴² que reconhece a sua existência, e sustenta a defesa por uma vida sem violência para as mulheres, e a eliminação da discriminação entre homens e mulheres. Novamente, surge a definição de VO no artigo 6.º, alínea e) do respetivo diploma - que a define como a violência exercida pelos profissionais de saúde sobre o corpo e processo reprodutivo da mulher, através de um tratamento não humanizado e de um abuso da medicalização -, seguida por uma série de políticas e medidas que ambicionam a erradicação de qualquer forma de violência contra a mulher. A Argentina foi seguida pelo México com a “Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”⁴³.

Mais recentemente, surgiu um projeto de lei no Chile, a “Ley Adriana”⁴⁴, que reconhece uma série de direitos no domínio da gravidez, pré-parto, parto, pós-parto, aborto, saúde

⁴⁰ La Asamblea Nacional de La República Bolivariana de Venezuela, 2007.

⁴¹ Artigo 66.º, n.º 5 da Ley Orgánica Sobre El Derecho De Las Mujeres A Una Vida Libre De Violencia.

⁴² El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 11 de março de 2009, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

⁴³ Asamblea Legislativa Del Distrito Federal, IV Legislatura, 29 de janeiro de 2009.

⁴⁴ Projeto Lei do Parto Respeitado e pelo Fim da Violência Obstétrica e Ginecológica, Boletim N.º 12148-11.

ginecológica e sexual, e tem por objetivo a punição da violência gineco-obstétrica. Este projeto foi aprovado, inicialmente, pela Câmara Baja, em maio de 2022, passando para o Senado para procedimento parlamentar. Em 8 de março de 2023, a Comissão do Senado para Mulheres e Igualdade de Gênero iniciou a avaliação do projeto, mas esta avaliação foi posteriormente, suspensa. No entanto, a Comissão de Saúde do Senado retomou agora a discussão sobre a Lei Adriana⁴⁵.

3.1.2. Respostas europeias

Na Europa ainda não existem muitas respostas à VO, não obstante ser uma questão que afeta muito países. Com um âmbito mais geral, destaca-se a Convenção de Istambul⁴⁶, que visa a proteção das mulheres contra todas as formas de violência, determinando, para o efeito, uma série de medidas e políticas de prevenção. Como já referimos supra, a VO é uma forma de violência de gênero que tem a mulher como principal alvo. Assim, a Convenção de Istambul define violência contra as mulheres como a

violação dos direitos humanos e como uma forma de discriminação contra as mulheres e significa todos os actos de violência baseada no género que resultem, ou sejam passíveis de resultar, em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres, incluindo a ameaça do cometimento de tais actos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer na vida pública quer na vida privada.⁴⁷

Por conseguinte, podemos aplicar esta convenção à problemática da VO, já que se inclui nos seus objetivos, elencados no artigo 1.º “proteger as mulheres contra todas as formas de violência, e prevenir, processar criminalmente e eliminar a violência contra as mulheres”. Nesta linha, destaca-se, ainda, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres⁴⁸, de 12 de dezembro de 1979⁴⁹, que defende que a violência contra as mulheres constitui uma violação aos direitos humanos, que limita de forma total ou parcial, o exercício de todos os seus direitos fundamentais.

Merece também referência a Resolução 2306/2019 do Parlamento Europeu, intitulada de “Obstetric and gynaecological violence”, que começa por reportar que 1 em cada 3 mulheres na Europa é vítima de alguma forma de violência de gênero, ao que acresce um reconhecimento da VO, como uma forma de violência de gênero, muitas vezes ignorada. A Resolução faz referência à lei venezuelana e às recomendações da OMS como exemplos a seguir, denotando,

⁴⁵ Montes, 2024.

⁴⁶ Convenção do Conselho da Europa, de 11 de maio de 2011, para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, Série de Tratados do Conselho da Europa – N.º 210.

⁴⁷ Artigo 3.º, alínea a) da Convenção do Conselho da Europa, de 11 de maio de 2011, para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, Série de Tratados do Conselho da Europa – N.º 210.

⁴⁸ United Nations Human Rights, Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women.

⁴⁹ A convenção entrou em vigência na ordem internacional a 3 de setembro de 1981, tendo Portugal aderido à mesma em 1980.

ainda, a falta de menção desta forma de violência, na Convenção de Istambul. Deste modo, faz-se um apelo aos Estados Membros para que atentem nesta problemática, e procurem garantir os devidos cuidados e tratamentos médicos de modo a salvaguardar a dignidade e vida humana. Desta Resolução resulta um encorajamento ao cumprimento das recomendações da OMS para promover uma boa experiência de parto, bem como à dinamização de campanhas informativas sobre os direitos das pacientes.

Na sequência deste alerta, o Parlamento Europeu apresenta a Resolução de 24 de junho de 2021⁵⁰, sobre a situação da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos na UE, no contexto da saúde das mulheres, que, num capítulo próprio, intitulado de “Cuidados de maternidade, gravidez e parto para todos”⁵¹, insta os Estados Membros a adotarem medidas para garantirem o acesso de todos, sem discriminação, a cuidados de maternidade, gravidez e parto de elevada qualidade, acessíveis, baseados em dados concretos e respeitadores das atuais normas da OMS. Mais, esta Resolução exorta os Estados Membros a “envidarem todos os esforços possíveis para garantir o respeito dos direitos das mulheres e da sua dignidade no parto”, bem como a “condenarem veementemente e a combaterem a violência física e os abusos verbais, incluindo a violência ginecológica e obstétrica”. Estas resoluções do Parlamento Europeu marcam as primeiras referências à VO no âmbito do direito europeu.

3.1.3. Relatório ONU e recomendações da OMS

Ainda no âmbito internacional, a OMS começou em 2014 por publicar uma declaração⁵² que apesar de não utilizar expressamente o termo VO, reconhece que existe um acentuado número de abusos e maus-tratos praticados contra as mulheres nos estabelecimentos de saúde, que merece atenção. Nesta senda, a OMS apela a todos os países que apliquem algumas medidas destinadas a melhorar a prestação de serviços de saúde durante o parto e a erradicar situações de violência. Entre estas incluem-se medidas como um maior apoio dos governos para a pesquisa e ação contra o desrespeito e os maus-tratos, a iniciação de programas direcionados a melhorar a qualidade dos cuidados de saúde materna, com especial enfoque no “cuidado respeitoso”⁵³ e no reforço dos direitos das mulheres junto dos intervenientes no processo.

Em 2018, são publicadas as recomendações da OMS⁵⁴, relativas às três fases do trabalho de parto, mas também aos tratamentos e cuidados a ter no pré e pós-parto relativamente à mulher e ao bebé. Com efeito, são elencados uma série de procedimentos médicos, seguidos da sua recomendação ou não recomendação, sendo neste caso explicados os riscos inerentes às

⁵⁰ Resolução do Parlamento Europeu, 24 de junho de 2021, Saúde e direitos sexuais e reprodutivos na UE, no contexto da saúde das mulheres.

⁵¹ Resolução do Parlamento Europeu, 24 de junho de 2021, op. cit., Alínea f), C 81/57, p. 15.

⁵² OMS, 2014.

⁵³ OMS, 2014, p. 2.

⁵⁴ World Health Organization, 2018.

práticas desaconselhadas. Estas recomendações fazem uma análise comparativa, apresentando as vantagens e desvantagens da utilização do procedimento e de que modo pode afetar a experiência da mulher. Estas recomendações representam um marco importante para a prevenção da VO, pois representam uma análise científica completa, que fundamenta exaustivamente a não recomendação de determinadas práticas. Como tal, obrigam os estabelecimentos de saúde a justificarem as elevadas percentagens da prática destes procedimentos ultrapassados.

Em 2019, a ONU divulgou um relatório⁵⁵ que teve o intuito de analisar as inúmeras formas de violência praticadas contra as mulheres nos serviços de saúde dos vários países. O relatório começa por mencionar o aumento significativo e progressivo das denúncias efetuadas pelas mulheres, dos maus-tratos e abusos vivenciados em estabelecimento de saúde, durante o parto. Ao longo do relatório são abordadas as diferentes formas de violência vivenciadas pelas mulheres, como a falta de respeito pela privacidade e confidencialidade durante a prática de atos médicos. Após esta “listagem” a ONU faz um estudo sobre as possíveis causas destes atos de violência, e destaca as condições e constrangimentos dos sistemas de saúde, as dinâmicas de poder e o abuso resultante da doutrina da necessidade médica, assim como as leis e práticas discriminatórias e estereótipos de género prejudiciais⁵⁶. O relatório conclui fazendo um apelo aos Estados para que adotem medidas que promovam o respeito e proteção dos direitos das mulheres, em especial o acesso a cuidados de saúde reprodutiva e obstetra dignos e livres de violência.

Tanto a ONU como a OMS abordam diretamente o tema da VO, deixando bem claras as queixas apresentadas pelas mulheres e as práticas médicas desaconselhadas, despertando a responsabilidade dos Estados relativamente a esta problemática no sentido de criarem soluções para diminuir e eventualmente erradicar esta forma de violência de género.

3.2. Nacional

3.2.1. A Lei n.º 15/2014, direitos e deveres do utente dos serviços de saúde

No âmbito do direito nacional ainda não existem muitas normas que abordem a temática da VO, especialmente de forma específica. No entanto, com o aumento das denúncias e com o inquérito da APDMGP⁵⁷, a AR elaborou um conjunto de recomendações visando a melhoria da qualidade dos cuidados de maternidade e a promoção dos direitos das mulheres na gravidez e

⁵⁵ Simonovic, United Nations General Assembly, 11 de julho de 2019.

⁵⁶ Simonovic, United Nations General Assembly, 11 de julho de 2019, p. 16.

⁵⁷ Ferrão, et al., 2022.

no parto⁵⁸. Esta Resolução apela ao Governo no sentido da implementação de determinadas medidas, nomeadamente, que apoie programas que pretendam

melhorar a qualidade dos cuidados de saúde materna e assegurar o direito das mulheres a uma assistência digna e respeitosa, nomeadamente durante a gravidez e o parto, junto dos profissionais de saúde materna e obstetrícia.⁵⁹

Além disto, o diploma recomenda ao Governo que garanta melhores condições para os profissionais de saúde e que reforce as equipas com especialistas da área da saúde sexual e reprodutiva das mulheres, mas também que estabeleça um plano de parto⁶⁰ institucional que permita às mulheres contribuírem para a prestação de cuidados durante as suas gravidezes e partos.

Nesta sequência, foi publicada a Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, que vem alterar e aditar normas à Lei n.º 15/2014, de 21 de março, que consagra os Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde. Estas alterações vêm conferir direitos às mulheres no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, enquanto utentes, nas unidades de saúde públicas e privadas. Tal reforça a responsabilidade médica⁶¹, isto porque a violação destes direitos específicos atribuídos às mulheres faz surgir a responsabilidade civil⁶².

Com efeito, a Lei n.º 15/2014, de 21 de março, com as alterações introduzidas com a Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, passou a dispor de uma secção própria para os direitos na gravidez, parto e pós-parto, intitulada “regime de proteção na preconcepção, na procriação medicamente assistida, na gravidez, no parto, no nascimento e no puerpério”⁶³. Esta secção, além de enunciar princípios gerais, está dividida de acordo com as várias fases da gravidez, desde a preconcepção até ao puerpério, fazendo ainda múltiplas menções às recomendações da OMS, pugnando por uma atuação médica respeitante das mesmas. Por um lado, nos princípios gerais, encontramos o direito à informação, que inclui o consentimento informado e o direito de recusa, o direito à confidencialidade e privacidade, o direito a um tratamento digno e respeitoso, o direito à liberdade, autonomia e autodeterminação, e ainda o direito a receber os melhores cuidados de saúde, com respeito pela igualdade e não discriminação. Por outro lado, e agora em relação ao parto propriamente dito, este diploma vem valorizar o plano de parto, impondo o seu respeito e cumprimento, e promover a sua elaboração. A isto acresce o estabelecimento de uma regra de intervenção mínima, isto é, a mulher apenas deverá ser submetida às intervenções necessárias conforme as recomendações científicas e ainda, e a obrigatoriedade de disponibilizar métodos farmacológicos e não farmacológicos de alívio da

⁵⁸ Resolução da AR n.º 175/2017.

⁵⁹ Resolução da AR n.º 175/2017, recomendação n.º 1.

⁶⁰ Documento elaborado pela parturiente, com ajuda, ou não, de algum profissional de saúde, que visa determinar as condições e as intervenções que a grávida permite que seja aplicado, ou a que seja sujeita.

⁶¹ Ferrão, et al., 2022, p. 5.

⁶² Responsabilidade civil extracontratual, relativamente ao Estado, e responsabilidade civil por factos ilícitos, relativamente às unidades privadas.

⁶³ Artigos 15.º-A e seguintes do referido diploma.

dor que se coadunem com as preferências da mulher. Por último, num plano mais geral dos direitos dos utentes, este diploma salvaguarda o direito a acompanhante, na secção I do capítulo III, intitulado de “Acompanhamento do utente dos serviços de saúde”⁶⁴, que garante o direito ao acompanhamento de todos os utentes no serviço nacional de saúde. No entanto, no caso das grávidas, o diploma vai mais longe, dispondo que estas têm direito até três acompanhantes e que este acompanhamento pode dar-se ao longo de todas as fases do parto⁶⁵.

Daqui podemos concluir que a violação destas normas por parte dos profissionais de saúde, poderá resultar numa ação de processo comum, de natureza cível, que vise uma condenação ao pagamento de uma indemnização cível, pelos danos sofridos na decorrência da violação das referidas normas. Isto tanto poderá ser aplicado aos estabelecimentos de saúde públicos, regendo a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro⁶⁶, como aos privados, sob o encaixe geral das normas do Código Civil, nos termos da responsabilidade por factos ilícitos e da responsabilidade contratual⁶⁷.

Não obstante, a Lei n.º 15/2014, de 21 de março, mostra-se insuficiente para prevenir a VO, não só porque não prevê qualquer regime sancionatório para os profissionais de saúde⁶⁸, mas também porque ao longo do diploma surgem contradições ou limitações dos direitos das parturientes, que acabam por reduzir o objetivo primordial⁶⁹. Tome-se como exemplo o artigo 15.º-E do diploma, que promove a boa prática da elaboração de um plano de parto, sendo que no n.º 3 do mesmo artigo resulta uma exceção ao cumprimento deste plano, nomeadamente, quando “em situações clínicas que o desaconselhem”, com vista a preservação da segurança da mãe, do feto ou do recém-nascido, as quais devem ser sempre comunicadas à grávida ou ao casal. Apesar de percebermos que o objetivo desta exceção é a de proteger a vida e saúde da grávida na eventualidade de ocorrerem imprevistos e circunstâncias que nem sempre permitem um consentimento prévio da mesma, abre as portas aos profissionais de saúde para recorrerem a este fundamento como justificação para adotarem determinadas medidas sem o consentimento informado⁷⁰. Estas incoerências encontram-se presentes em variadas normas do diploma, não permitindo uma confiança absoluta de que as determinações estabelecidas serão efetivamente cumpridas.

Neste sentido, atente-se na Resolução da AR n.º 181/2021, de 28 de junho de 2021, que recomenda ao Governo que diligencie pela “eliminação de práticas de VO, como a manobra de Kristeller e a episiotomia de rotina” e, ainda, que promova um estudo sobre estas práticas,

⁶⁴ Artigos 12.º e ss. da Lei n.º 15/2014, de 21 de março.

⁶⁵ Artigo 12.º, n.ºs 1, alínea b), 2 e 3 e artigo 16.º do mesmo diploma.

⁶⁶ Regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas.

⁶⁷ Artigos 483.º e 798.º e ss., do CC.

⁶⁸ No que respeita à violação das normas concretamente previstas na Lei n.º 15/2014, de 21 de março. Sem prejuízo, sempre poderemos ter em causa uma eventual responsabilidade disciplinar, caso se verifiquem violação das *leges artis* e das boas práticas, conforme determinadas pelas respetivas Ordens profissionais.

⁶⁹ Negrão, 2020.

⁷⁰ Negrão, 2020.

incluindo sobre o “ponto do marido”⁷¹. Deste modo, urge analisar outros meios de resposta legislativa que forneçam a tutela necessária para as mulheres que dada a sua situação de gravidez merecem uma especial atenção e proteção, atendendo ao estado de vulnerabilidade que daí resulta.

3.2.2. Vias de enquadramento possível no direito penal

Aqui chegados, e esgotados os mecanismos da responsabilidade disciplinar e da responsabilidade civil, resta analisar quais são as respostas do direito penal português aos casos de abuso e de maus-tratos contra as mulheres durante a gravidez e parto. Atendendo às condicionantes da presente dissertação, não podemos abordar todas as eventuais respostas da lei penal portuguesa. Por isso, iremos focar a nossa atenção nos crimes capazes de apresentarem as respostas mais completas e adequadas para garantir a tutela dos bens jurídicos que o crime de VO afetaria, sem prejuízo de, *a posteriori*, existir a possibilidade de concluirmos pela sua insuficiência. Para esta análise, iremos prestar atenção às principais formas de agressão durante o trabalho de parto, que coincidem com as já mencionadas práticas desaconselhadas.

Destacam-se alguns crimes que reportam diretamente a atos de cariz médico, como é o caso do crime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, consagrado no artigo 156.º do CP e do crime referente a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, consagrado no artigo 150.º, n.º 2 do CP. Importa denotar que estes apenas tutelam a integridade física dos pacientes, deixando de lado a violência sexual ou psicológica⁷². Acresce que estes crimes responsabilizam não só as pessoas singulares, como pessoas coletivas, nos termos do artigo 11.º, n.º 2 do CP⁷³. O primeiro tipo ilícito reporta a todas as intervenções, levadas a cabo por médicos, ou pessoas legalmente autorizadas⁷⁴, sem o devido consentimento informado⁷⁵. O consentimento informado significa mais do que um mero formulário assinado, sendo exigido ao profissional de saúde que informe e esclareça a grávida sobre todos os procedimentos passíveis de serem executados, os eventuais riscos e complicações inerentes, as vantagens e benefícios, entre outras informações que lhe permitam uma escolha consciente e em pleno exercício do direito de escolha e de autodeterminação⁷⁶. Mais, esta prestação de informações não pode ser genérica, devendo sempre atender ao caso concreto e à situação clínica⁷⁷. Deste modo, um simples inquérito preenchido e assinado pela grávida, no momento da entrada no estabelecimento de saúde, não poderá nunca consubstanciar um legítimo

⁷¹ Resolução da AR n.º 181/2021.

⁷² Simões, 2016, p. 29.

⁷³ No entanto, o Estado encontra-se excluído enquanto pessoa coletiva, o que diminui a utilidade dos crimes relativos às intervenções médicas, visto que muitos partos ocorrem em estabelecimentos de saúde públicos.

⁷⁴ Remissão para o artigo 150.º do CP.

⁷⁵ Artigo 157.º do CP impõe o dever de esclarecimento, por parte do profissional de saúde.

⁷⁶ Negrão, 2021.

⁷⁷ Pereira, 2004, p. 117.

consentimento informado. Aliás, no caso da gravidez, em especial, do trabalho de parto, deve haver um momento prévio, em que o profissional de saúde explica à paciente as intervenções suscetíveis de serem propostas durante o trabalho de parto, para que esta possa antecipar alguns cenários, esclarecer as suas dúvidas e preparar-se para o parto⁷⁸. Na eventualidade de não ter sido realizado este trabalho prévio, podemos estar perante um crime de intervenções arbitrárias previsto pelo artigo 156.º do CP.

No entanto, durante o parto a mulher encontra-se numa posição de especial vulnerabilidade, pelo que muitas vezes, por pressão dos profissionais de saúde, acaba por “consentir” em determinadas intervenções⁷⁹. Deste modo, no que respeita à liberdade de escolha e autodeterminada, o artigo 156.º do CP apresenta uma resposta viável à problemática da VO. No entanto, na prática, havendo um formulário de consentimento informado assinado pela mulher, dificilmente se demonstra que os devidos esclarecimentos não foram prestados, ficando o tipo ilícito prejudicado pela dificuldade probatória.

Por sua vez, o crime referente a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, do artigo 150.º, n.º 2 do CP, dispõe que um médico, ou outra pessoa legalmente autorizada, que pratique tratamentos ou intervenções médicas, violando as *leges artis*, e criando, desse modo, um perigo para a vida ou um perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, será punido com pena de prisão até 2 anos, ou com pena de multa até 240 dias. Novamente, resulta deste artigo uma solução viável para uma das facetas da problemática da VO, no âmbito da tutela penal. No entanto, não só esta disposição apenas se aplica aos médicos e pessoas legalmente autorizadas⁸⁰, como obriga à demonstração da “violação das *leges artis*” e à criação de um perigo para a vida ou para a integridade física da mulher⁸¹. Acresce, ainda, que este crime é doloso e na maior parte dos casos de VO o médico não tem o objetivo (nem sequer eventual) de causar um perigo para a mulher.

Seguem-se os crimes contra a integridade física, mais especificamente, o crime de ofensas da integridade física (artigos 143.º a 149.º do CP). A violência física abrange as ofensas ao corpo ou à saúde de outra pessoa. Se tomarmos como exemplo a Manobra de Kristeller, esta forma de pressão no útero da mulher, pode facilmente consistir numa forma de agressão física do corpo da mulher que se encontra em trabalho de parto⁸², que sempre teria de ser qualificada, em virtude do artigo 132.º, n.º 2, alínea c), *ex vi*, artigo 145.º, n.º 2, ambos do CP, atendendo ao estado de gravidez. No caso da episiotomia, estaremos perante uma ofensa à integridade física grave, seja por estarmos perante uma desfiguração grave e permanente, ou

⁷⁸ Negrão, 2021.

⁷⁹ Estamos perante um consentimento obtido sob coação, pelo que não teria qualquer validade. No entanto, o profissional de saúde pode alegar que apenas atuou, por ter ocorrido este “consentimento”.

⁸⁰ Isto pode implicar que outros profissionais de saúde e pessoal administrativo não se encontrem incluídos neste preceito.

⁸¹ Mais uma vez, o tipo ilícito marca-se pela difícil obtenção e produção de prova.

⁸² Simões, 2016, p.16.

uma privação de um órgão/membro⁸³, seja pela afetação da capacidade de usar o corpo e/ou a afetação das capacidades de e procriação ou de fruição sexual⁸⁴. No entanto, a subsunção de agressões físicas no crime de ofensas à integridade física obriga a considerar a construção social da realidade⁸⁵ “ofensas corporais e parto”. Ora, o parto, por si só, é um episódio associado a dor e sofrimento, pelo que é difícil de enquadrar estas práticas no quadro das ofensas físicas uma vez podem ter uma justificação médica (mesmo que ultrapassada e desaconselhada) e reportam a um momento que socialmente se encontra ligado a essas mesmas condutas. De qualquer modo, consideramos que existem procedimentos que podem consubstanciar verdadeiras agressões físicas.

No caso concreto da episiotomia, e apesar de termos uma possível resposta penal nos tipos legais de crime referidos (ofensa à integridade física e intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários), surge ainda uma terceira alternativa, que seria a de integrar este procedimento não aconselhado no crime de mutilação genital feminina⁸⁶. A episiotomia é um procedimento médico que consiste num corte cirúrgico no períneo, para ampliar o canal de parto, realizado de forma rotineira, contrariamente às evidências científicas e às recomendações da OMS. A mutilação genital feminina por sua vez consiste numa prática de *remoção total ou parcial dos órgãos genitais femininos ou outras ofensas sobre os órgãos genitais femininos por razões culturais ou outras não terapêuticas*⁸⁷, existindo diversas formas de a realizar. A prática da MGF provoca alterações anatómicas e funcionais nos genitais externos femininos, suscetíveis de originar complicações, sendo que a sua gravidade varia consoante o tipo e extensão do corte, a existência ou não de condições de assepsia durante e após a realização do procedimento, entre outros aspetos⁸⁸. A Orientação n.º 008/2021, da Direção Geral da Saúde (DGS)⁸⁹ apresenta como complicações imediatas da MGF a dor intensa, hemorragia ou choque hipovolémico, infeções ou choque séptico e dificuldades em urinar ou defecar. A longo prazo, as complicações passam por alterações uro-ginecológicas⁹⁰, complicações psicológicas, como ansiedade e stress pós-traumático, complicações obstétricas e alterações de resposta sexual. A episiotomia apresenta riscos e complicações muito semelhantes aos da MGF, como dor crónica, secura vaginal, infeção, incontinência urinária, trauma perineal, e corte dos músculos, do esfíncter anal e do ânus, bem como as complicações do foro psicológico⁹¹. Além disso, após a episiotomia, esta tem de ser suturada (episiiorrafia), o

⁸³ Artigo 144.º, alínea a) do CP.

⁸⁴ Artigo 144.º, alínea b) do CP.

⁸⁵ Dias, 2007, p. 132.

⁸⁶ Negrão, 2023, p. 121.

⁸⁷ World Health Organization, 2008, *Eliminating female genital mutilation: an interagency statement*.

⁸⁸ DGS, 2021, Orientação n.º 008/2021, p. 2.

⁸⁹ DGS, 2021, Orientação n.º 008/2021.

⁹⁰ Como é o caso de que incluem quistos epidermóides de inclusão, quelóide, úlcera, obstrução vaginal, etc. – DGS, 2021, Orientação n.º 008/2021, p. 2.

⁹¹ Negrão, 2023, p. 129.

que ou intencionalmente, ou por negligência/falta de perícia médica, pode diminuir o espaço da entrada vaginal⁹².

Ora, o crime de MGF está previsto no nosso CP, em obediência às exigências impostas pela Convenção de Istambul, em 2015⁹³, no artigo 144.º-A, sob a epígrafe “Mutilação Genital Feminina”, sendo o bem jurídico protegido a integridade física, em concreto, o aparelho genital feminino. Neste sentido, e atendendo à proximidade do órgão afetado e das complicações possíveis que estão associadas à episiotomia e à MGF, seria possível incluir o primeiro procedimento no crime do artigo 144.º-A do CP. No entanto, há que atentar nos casos de urgência que, por razões médicas, a episiotomia é necessária, nomeadamente, quando perante sofrimento fetal, progressão insuficiente do trabalho de parto e ameaça de laceração de 3º grau⁹⁴. Os casos agora elencados não consubstanciam VO, pelo que nestes, qualquer solução de crime estará naturalmente excluída.

Além das ofensas à integridade física que podem ocorrer durante o parto, há também condutas que exprimem uma verdadeira violência sexual, mas que não encontram uma resposta penal tão direta no ordenamento positivo. Destacam-se aqui o toque vaginal e o “ponto do marido”. Estes procedimentos afetam a dinâmica do parto, desrespeitando o ritmo biológico da paciente⁹⁵ e atentam contra direitos sexuais das mulheres ao violar a sua intimidade e integridade física sexual e/ou reprodutiva. Como já vimos supra, o “ponto do marido”, que procede a episiotomia, pode ter repercussões sérias na vida sexual da mulher, nomeadamente, pela obstrução vaginal causada e correspondente dor, sentida no ato sexual penetrativo. Por outro lado, o toque vaginal pode ser um procedimento desconfortável e doloroso, que comporta um risco não despreciando de infeção⁹⁶. Segundo os relatos expostos pela Investigação 74⁹⁷, os profissionais de saúde, muitas vezes em contexto de ensino, realizam o toque vaginal na grávida sem qualquer consentimento ou cuidado. Esta é uma conduta claramente invasiva da intimidade da mulher, praticada excessivamente, e muitas vezes por profissionais de saúde que nem sequer estão a acompanhar o trabalho de parto da paciente. No que respeita à episiotomia e ao “ponto do marido” podemos eventualmente encontrar resposta no âmbito das ofensas à integridade física, não obstante tal desvalorizar por completo a verdadeira violência sexual em causa. Assim, a camada de violência contra a autodeterminação e liberdade sexual subjacente à VO não encontra no direito penal a tutela que merece.

⁹² Será aqui que entra o chamado “ponto do marido”, suturando mais do que o necessário, visando o aumento do prazer sexual masculino durante o sexo penetrativo.

⁹³ Negrão, 2023, p. 127.

⁹⁴ Negrão, 2023, p. 123.

⁹⁵ Simões, 2016, p.15.

⁹⁶ O Toque Vaginal, Plano de Parto, disponível em: <https://planodeparto.pt/trabalho-de-parto/o-toque-vaginal/>.

⁹⁷ Lindim & Silva, 2022.

Existem ainda outras formas de violência que não encontram resposta direta do nosso direito penal, como a violência psicológica e a violação da liberdade e autonomia da mulher. Incluem-se aqui os comentários dirigidos à mulher durante o parto, como, por exemplo, “Quanto mais chorar, pior é para si, o problema é seu”⁹⁸, “prontos, você é que vai sofrer”⁹⁹, “mas você acha que tem literacia para fazer um plano de parto?”¹⁰⁰ e “venha cá ver esta chorona, nem tem estofo para ser mãe”¹⁰¹, e condutas como amarrar a mulher à maca, impedir a liberdade de movimentos, obstruir o contacto com familiares, entre outras. Todos estes comportamentos têm um impacto extremamente negativo na mulher, pois não só a destabilizam emocionalmente, como impossibilitam uma experiência de parto positiva e marcam psicologicamente a mesma durante vários anos. O nosso direito penal não apresenta respostas diretas relativamente a estas condutas, não obstante afetarem bens jurídicos que merecem essa tutela, nomeadamente a liberdade e dignidade da pessoa humana.

No que respeita aos comentários e observações diminuidoras e humilhantes dirigidas à mulher em processo de parto, poderíamos considerar a hipótese de os inserir no crime da coação, artigo 154.º do CP, que pune quem constranger outrem, por meio de violência ou ameaça com mal importante, a uma ação ou omissão, ou a suportar uma atividade. A maioria dos comentários relatados acabam por ser uma forma de manipulação¹⁰², para forçar um consentimento para determinada prática médica, ou determinado desenvolvimento do parto, pelo que poderíamos aplicar o crime da coação. No entanto, estes comentários teriam de constituir um “meio de violência ou de ameaça com mal importante”, destinado a obrigar a vítima a suportar um mal importante ou a tolerar uma atividade, e nem sempre é esse o objetivo que está em causa.

Além desta possibilidade, temos ainda a incriminação pelo crime de ameaça previsto no artigo 153.º do CP, que nos diz que a pessoa que ameaçar outrem “com a prática de crime contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual”, será punida nos termos ali expostos. Mas estas afirmações não ameaçam a mulher da prática de um crime, muitas vezes são frases perfeitamente inócuas em termos criminais embora humilhantes e ofensivas. Quando muito, poderíamos recorrer ao crime de injúria, consagrado no artigo 181.º do CP, quando estes comentários sejam ofensivos da honra ou da consideração da pessoa afetada, considerando os padrões médios de valoração social¹⁰³. Atendendo ao teor destes comentários, não nos parece que falar em injúria seja viável, seja pela difícil produção de prova que este implica, seja porque muitos destes comentários não visam atacar

⁹⁸ Lindim & Silva, 2022, relato de Helena Coutinho.

⁹⁹ Lindim & Silva, 2022, relato de Virgínia Silva, depois de recusar uma episiotomia.

¹⁰⁰ Lindim & Silva, 2022, relato de Carla Pita Santos.

¹⁰¹ Lindim & Silva, 2022, relato de Ana Rita Catarino.

¹⁰² Simões, 2016, p.14.

¹⁰³ Ac. do STJ, de 12-01-2017, relator Souto de Moura, descritores: Recurso para fixação de jurisprudência, oposição de julgados, injúria.

diretamente a mulher, refletindo apenas um tratamento desumano, pouco simpático e pouco respeitador.

Condutas como amarrar a paciente à cama durante o trabalho de parto remetem-nos para a possibilidade de aplicação do crime de coação ou de sequestro. Na primeira hipótese, estamos perante uma forma de violência física destinada a fazer a paciente suportar o trabalho de parto. Logo, o crime de coação, previsto no artigo 154.º do CP pode efetivamente ser uma resposta para estes casos, em que a paciente se vê constrangida a uma cama, sem qualquer liberdade de movimentos ou opção de escolha. No segundo caso, o crime de sequestro, consagrado no artigo 158.º, n.º 1 do CP, haverá punição para quem “detiver, prender, mantiver presa ou detida outra pessoa ou de qualquer forma a privar da liberdade”. Aliás, o mesmo preceito prevê no seu n.º 2, alínea e) uma agravação, quando praticado contra pessoa particularmente indefesa, em razão de gravidez. Apesar de parecer excessivo a condenação por sequestro, a verdade é que amarrar a paciente à cama e privá-la de se movimentar, constitui uma verdadeira violação do direito à liberdade pessoal, que é o bem jurídico tutelado neste crime. Ademais, para efeitos do crime de sequestro, é irrelevante a duração do período de privação de liberdade¹⁰⁴, pelo que não se exclui completamente a hipótese de ser aplicado o crime de sequestro a esta forma de violência de amarrar, ou prender, a paciente à cama, durante o trabalho de parto, principalmente quando se destina a executar procedimentos não consentidos pela mesma.

Por último, destaca-se o crime de maus-tratos, consagrado no artigo 152.º-A do CP, que pode englobar todas as formas de violência obstétrica¹⁰⁵, por apresentar especificidades próprias que atentam diretamente na mulher grávida e na prestação de cuidados de saúde. Ora, o artigo 152.º-A do CP dispõe o seguinte:

1 - Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez, e:

a) Lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, ou a tratar cruelmente;

b) A empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou

c) A sobrecarregar com trabalhos excessivos;

é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Esta norma aplica-se especificamente às condutas praticadas contra mulheres grávidas, quando se encontram ao cuidado de outrem – pelo que podemos equacionar a

¹⁰⁴ Ac. do TRP, de 14-04-2004, relator António Gama, descritores: Sequestro, duração, maus tratos entre cônjuges, concurso real de infrações.

¹⁰⁵ Simões, 2016, p.31.

aplicação deste tipo ilícito às mulheres que se encontrem ao cuidado dos profissionais de saúde, nos respetivos estabelecimentos¹⁰⁶. A alínea a) destaca-se por mencionar diretamente as agressões sexuais e as agressões psíquicas que, como vimos, não encontram grandes respostas no nosso direito penal, fornecendo, assim, tutela para os comentários desrespeitosos que mencionámos, bem como relativamente a todas as humilhações, manipulações, e desvalorizações do direito de escolha. O crime de maus-tratos não se refere a um só bem jurídico, mas tutela uma série de direitos, como a integridade física e a liberdade em diferentes dimensões¹⁰⁷. Procede-se aqui à tutela da pessoa contra comportamentos lesivos da dignidade¹⁰⁸, englobando a lesão da sua saúde física, psíquica e mental¹⁰⁹. Deste modo, o crime de maus-tratos, previsto no artigo 152.º-A do CP permite uma tutela penal mais ampla e completa contra a VO no confronto com os demais tipos legais de crime abordados. Este artigo também permite a condenação da pessoa coletiva¹¹⁰, tal como disposto no artigo 11.º, n.º 2 do CP, o que é uma vantagem em relação a outras respostas penais que apenas permitem a condenação da pessoa individual¹¹¹. Porém, o Estado é uma exceção à aplicação deste preceito, o que pode levantar problemas, visto que muitos dos partos ocorrem em estabelecimentos de saúde de natureza pública, onde só se poderia aplicar o crime de maus-tratos aos profissionais de saúde. Contudo, continuam a existir outras formas de violência que podem não encontrar resposta nesta norma. Não obstante, este preceito orienta o caminho da possível criminalização da VO, revelando que esta constitui uma situação complexa, com diferentes características que compromete diferentes bens jurídicos.

¹⁰⁶ Não obstante, pode ser discutido se um/a utente se encontra efetivamente ao cuidado, ou sob a responsabilidade de um/a médico/a, ou enfermeiro/a, o que poderia afastar a aplicabilidade do crime de maus-tratos às situações de VO.

¹⁰⁷ Ac. do TRL, de 27-02-2008, relatores: Carlos de Almeida e Horácio Lucas; descritores: Crime de maus-tratos, bem jurídico protegido, maus tratos psíquicos, injúrias e ameaças, princípio da proporcionalidade.

¹⁰⁸ Simões, 2016, p. 31.

¹⁰⁹ Ac. do TRL, de 27-02-2008, op. cit.

¹¹⁰ Faria, 2023, p. 1790.

¹¹¹ Como é o caso dos crimes de ofensas à integridade física, ameaça, coação, sequestro e injúria.

IV. A via da criminalização da violência obstétrica

Aqui chegados, observamos que o nosso processo penal apresenta algumas respostas para algumas das formas de VO, umas mais adequadas do que outras. Importa agora verificar se estas respostas são suficientes para tutelar a problemática da VO, ou se, na prática, estas não têm aplicação ou efeito útil, deixando uma lacuna no nosso direito penal relativamente a atos que afetam vários bens jurídicos, como a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual, a dignidade da pessoa humana e a integridade física, psíquica e moral¹¹², que merecem essa tutela jurídico-penal. Também já dissemos que, atendendo aos vários bens jurídicos em causa, estamos perante um crime que comporta uma dimensão complexa que corresponde ao fenómeno da VO, e não a cada conduta individualizada.

4.1. Propostas legislativas

A possibilidade de criminalizar a VO surgiu na AR associada ao Projeto de Lei n.º 912/XIV/2.^a, apresentado pela deputada não inscrita Cristina Rodrigues¹¹³. Este projeto começa por expor o problema da VO, referenciado os diferentes estudos e inquéritos, nomeadamente da APDMGP, em confronto com as recomendações da OMS e as práticas desaconselhadas, alertando para a necessidade de uma resposta penal específica para a VO. Neste sentido, a deputada afirma que muitas mulheres têm vindo a apresentar queixas com base em crimes já previstos, mas considera que o facto de não existir uma previsão legal expressa da VO pode afastar muitas mulheres de denunciarem estas condutas, por acharem que as mesmas não são suscetíveis de configurar um crime¹¹⁴. Fazendo ainda referência às resoluções europeias e à Convenção de Istambul, no sentido de erradicação de todas as formas de violência contra a mulher, a deputada encontra aí o fundamento para a criminalização da VO, enquanto próximo passo a dar no sentido desta erradicação¹¹⁵. Assim, este projeto propõe a criminalização da VO, nomeadamente, de todos

os casos em que a mulher seja sujeita, durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, a violência física ou psicológica, que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário ou limite o seu poder de escolha e de decisão.¹¹⁶

Com efeito, resulta do projeto uma proposta de alteração ao artigo 144.º-A do CP, referente ao crime da mutilação genital feminina, que visa o acréscimo de um n.º 3 ao preceito, com a seguinte redação:

3 - As intervenções levadas a cabo por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada que resultem na mutilação genital de pessoa do sexo feminino, em

¹¹² Simões, 2016, p. 33.

¹¹³ Rodrigues, 2021.

¹¹⁴ Rodrigues, 2021, p. 11.

¹¹⁵ Rodrigues, 2021, p. 13.

¹¹⁶ Rodrigues, 2021, p. 14.

violação das *leges artis* e criando, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

Esta sugestão visa a concretização da ideia já tratada supra de que a episiotomia consubstancia uma forma de MGF, bem como a prática do “ponto do marido”, enquanto formas de ofensa à integridade física com características de foro sexual, que atingem a mulher de variadas formas. A isto acresce a proposta de um aditamento de um novo artigo, 166.º-A, a ser inserido no capítulo V – “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, secção I – “Crimes contra a liberdade sexual” do CP. Este seria intitulado de “Violência Obstétrica” que teria a seguinte redação:

- 1 - Quem, sujeitar mulher, durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, a violência física ou psicológica, que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário ou limite o seu poder de escolha e de decisão, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.
- 2 - O procedimento criminal depende de queixa.
- 3 - A pena é agravada de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o crime for praticado:
 - a) Na presença de feto morto ou de interrupção da gravidez;
 - b) Contra pessoas nos extremos da idade reprodutiva;
 - c) Contra mãe, nascituro ou criança com deficiência;
 - d) Contra vítimas de violência doméstica, de abuso sexual, de práticas nefastas ou tráfico de seres humanos;
 - e) Contra pessoas que vivam em situação de pobreza extrema, designadamente em situações de rendimentos abaixo do limiar da pobreza ou baixos níveis de literacia;
 - f) Contra pessoas migrantes e refugiadas.¹¹⁷

Esta sugestão inclui a violência física e psicológica, e aproxima-se do crime dos maus-tratos, previsto pelo artigo 152.º-A do CP. No entanto, nesta proposta não estamos apenas perante o bem jurídico da integridade física, psíquica e moral, mas também da liberdade e autodeterminação pessoal, quando se refere ao “poder de escolha e de decisão”. Nesse sentido, esta proposta apresenta-se mais completa do que o crime dos maus-tratos previsto no nosso OJ, tutelando mais condutas praticadas por profissionais de saúde. Contrariamente ao que seria expectável não existe uma referência direta à violência sexual no artigo 166.º-A proposto. Por outro lado, essa forma de violência é incluída aquando da proposta de alteração do crime da MGF.

¹¹⁷ Rodrigues, 2021, Projeto de Lei n.º 912/XIV/2.ª, p. 18.

Ademais, não obstante a complexidade e dimensão multidirecional da VO, enquadrar este novo crime no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual não nos parece o mais adequado. Ora, atendendo a que os bens jurídicos que se encontram no cerne da VO são a dignidade da pessoa humana e a integridade física, faria mais sentido a inserção deste novo crime no capítulo correspondente a estes bens jurídicos. Importa, ainda, atentar que este projeto não propõe a alteração do artigo 11.º do CP, que trata a responsabilidade criminal das pessoas singulares e coletivas. Sem uma eventual alteração deste preceito, não seria possível aplicar o artigo 166.º-A proposto aos estabelecimentos de saúde públicos (relembre-se a exceção de aplicabilidade do n.º 2 do respetivo preceito ao Estado), pelo que seria uma norma somente direcionada aos profissionais de saúde. Esta solução não traria por isso a segurança e tutela que uma criminalização da VO exige. Além disto, o Projeto de Lei n.º 912/XIV/2.^a ainda propõe uma alteração no diploma dos Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde¹¹⁸, visando a inserção da definição da VO, bem como das várias formas de violência.

Por sua vez, o Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia emitiu um parecer¹¹⁹, a reagir contra o Projeto de Lei n.º 912/XIV/2.^a, começando por afirmar que o termo “violência obstétrica” é inapropriado e não reflete a realidade dos serviços obstétricos em Portugal. O parecer prossegue dizendo que o referido projeto assenta em inquéritos que não devem ser considerados por respeitarem a “opiniões sobre a satisfação de expectativas de participação pessoal, conforto, relações com os profissionais e partilha social”¹²⁰, e que se refere a um patamar distinto do que é a VO. De forma taxativa, o Colégio da Especialidade nega a existência de VO em Portugal, alegando que a OM não tem registo de intervenções sem indicação médica ou sem consentimento informado – não obstante o estudo levado a cabo pela ONU¹²¹ e o relatório da UE¹²². O Colégio da Especialidade vai ainda mais longe e afirma que não é possível qualificar procedimentos como a episiotomia, o parto instrumentado com ventosa ou fórceps, manobras de manipulação abdominal e outros, como más práticas¹²³ – contrariando de forma clara as recomendações da OMS, em especial, a episiotomia, por estar demonstrando que são mais os riscos do que os benefícios. A OM finaliza o parecer, reiterando a rejeição do termos da VO e, apesar de reconhecer que pode promover-se uma melhoria dos serviços de saúde prestados, opõe-se ao Projeto de Lei n.º 912/XIV/2.^a, com o fundamento de que

O enquadramento de uma realidade na política criminal implica, em nosso entender, a existência de um problema que tenha ou possa significar potencialmente uma expressão social relevante já que devemos ter cautela na

¹¹⁸ Lei n.º 15/2014, de 21 de março.

¹¹⁹ Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia da OM, 2021.

¹²⁰ Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia da OM, 2021, ponto 2, p. 1.

¹²¹ Simonovic, United Nations General Assembly, 11 de julho de 2019.

¹²² The European Perinatal Health Report, 2010.

¹²³ Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia da OM, 2021, ponto 5, p. 2.

criação de normas penais que são sempre a *ultima ratio* da intervenção do direito na vida social.¹²⁴

Esta posição segue também o parecer apresentado pela Ordem dos Advogados, em 2021¹²⁵, que afirma que os profissionais de saúde já estão obrigados a atuar em conformidade com as *leges artis* aplicáveis, nomeadamente, no âmbito do artigo 156.º do CP, pelo que qualquer intervenção que não seja clinicamente necessária será suscetível de constituir má prática, e, assim, sancionável nos termos do preceito. Não obstante, a OA reconhece que os factos relatados são de elevada gravidade e merecem atenção, mas para que tal resulte numa criminalização, seria necessário um “debate sustentado por estudos técnicos e científicos aprofundados direccionados à realidade portuguesa”¹²⁶.

No seguimento do Projeto de Lei n.º 912/XIV/2.^a, o Bloco de Esquerda, em 2021, apresentou um anteprojeto¹²⁷ que promove a erradicação da VO. Neste projeto, é proposto ao Governo medidas de informação e proteção contra a VO, nomeadamente, pela inclusão de informação sobre VO nos conteúdos da Educação Sexual e, ainda, a formação de profissionais de saúde nesta área¹²⁸. O BE também apresenta propostas de alteração e de aditamento à Lei n.º 15/2014, de 21 de março, e outras medidas, em que se destacam a penalização no financiamento e sanções pecuniárias a aplicar aos hospitais, quando demonstrado o desrespeito pelas recomendações da OMS e dos parâmetros definidos pela DGS, e a criação de uma Comissão Nacional para os Direitos na Gravidez e no Parto, responsável por promover campanhas de informação e sensibilização para a VO¹²⁹.

Ainda no âmbito de projetos de lei, surge o projeto apresentado pelo Grupo Parlamentar Chega, em 2023¹³⁰, também sobre a VO, realçando, essencialmente a Lei n.º 15/2014, de 21 de março, com as alterações da Lei n.º 110/2019 e as recomendações da OMS. Este projeto visa a alteração da Lei n.º 15/2014, de 21 de março, visando um maior poder de escolha e controlo por parte da mulher no que concerne ao planeamento e conteúdo e modo da prestação de cuidados de saúde, ao que acresce a obrigatoriedade por parte dos serviços de saúde, dos fornecedores de bens ou de serviços de saúde e dos operadores de saúde, de reportar à DGS todas as queixas e reclamações apresentadas¹³¹.

¹²⁴ Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia da OM, 2021, p. 4.

¹²⁵ Ordem dos Advogados, 2021, parecer sobre o projeto de decreto-Lei n.º 912/XIV/2.º, que visa reforçar a proteção das mulheres na gravidez e parto através da criminalização da violência obstétrica.

¹²⁶ Ordem dos Advogados, 2021, p. 5.

¹²⁷ Grupo Parlamentar BE, 2021, Anteprojeto de Lei.

¹²⁸ Grupo Parlamentar BE, 2021, Anteprojeto de Lei, artigo 3.º e artigo 4.º.

¹²⁹ Grupo Parlamentar BE, 2021, Anteprojeto de Lei, artigos 8.º e 9.º.

¹³⁰ Grupo Parlamentar Chega, 2023, Projeto-Lei n.º 682/XV/1.^a.

¹³¹ Grupo Parlamentar Chega, 2023, Projeto-Lei n.º 682/XV/1.^a, artigo 2.º.

4.2. Necessidade da criminalização da violência obstétrica

Como vemos, apenas o Projeto de Lei n.º 912/XIV/2.^a visa a criminalização da VO, uma vez que as demais propostas limitam a sua intervenção ao diploma dos Direitos e Deveres dos Utentes dos Serviços de Saúde (Lei n.º 15/2014, de 21 de março) e a outras medidas visando a divulgação de informação sobre a VO com o objetivo de aumentar a sensibilidade sobre este tema. Apesar destas medidas serem positivas e até imprescindíveis para uma melhoria dos serviços de saúde, não são suficientes. A possibilidade de um processo de natureza civil, ou disciplinar, contra os estabelecimentos de saúde e contra os profissionais de saúde, não equivale a uma resposta suficiente e adequada do nosso OJ relativamente a este fenómeno, principalmente porque se trata de bens jurídicos constitucionalmente protegidos¹³². De facto, apesar das diversas recomendações da OMS, da ONU, das resoluções europeias e nacionais, até à data, estes meios têm apresentado resultados escassos no combate à VO¹³³.

Se atentarmos nas possíveis respostas penais abordadas supra, a grande maioria abarca somente um bem jurídico, não fornecendo uma tutela completa à problemática da VO. Não obstante, ao recorrer ao mecanismo processual do concurso de crimes, tal poderia ser solucionado. Através do concurso, podia ser possível aplicar para cada forma de violência o crime correspondente, garantindo a tutela que a VO procura atingir¹³⁴.

Sucedem que, estes comportamentos – os insultos, a humilhação, a manipulação, a restrição de liberdade de movimentos, e a prática de procedimentos ultrapassados e não consentidos – estão de tal modo normalizados na sociedade, como processos conaturais à gravidez e ao parto, que são desconsiderados e desvalorizados. Consequentemente, temos de encarar a VO não como uma série de condutas individualizadas e independentes entre si, mas sim como um todo, com diversas dimensões de violência interligadas entre si, “globalmente portadoras de um sentido próprio de danosidade social atentatório da dignidade da mulher”¹³⁵.

Tomemos como exemplo o crime da violência doméstica, consagrado no artigo 152.º do CP. Neste crime, estamos perante um bem jurídico complexo, que inclui a saúde física, psíquica e mental, que pode ser afetada por uma multiplicidade de comportamentos que atingem a dignidade da pessoa¹³⁶. Além disto, o crime da violência doméstica visa prevenir uma forma de violência de género, atendendo à gravidade individual e social que essas condutas comportam e visando a consciencialização da sua inadequação e gravidade. Existem, assim, pontos de proximidade entre o crime da violência doméstica e a VO¹³⁷, embora no caso da VO seja ainda

¹³² Artigos 25.º e 26.º da CRP.

¹³³ Faria, 2023, p. 1793.

¹³⁴ Sem prejuízo dos eventuais problemas de concurso a verificarem-se na prática. Isto porque, se considerarmos o crime de maus-tratos – que abarca as agressões físicas – poderíamos entrar em conflito com o crime de ofensas à integridade física, por exemplo.

¹³⁵ Faria, 2023, p. 1793.

¹³⁶ Ac. do TRE, de 11-07-2019, Relator: Carlos Berguete Coelho; descritores: violência doméstica, bem jurídico protegido, maus-tratos.

¹³⁷ Faria, 2023, p. 1793.

mais marcada a natureza de género da violência, bem como a desigualdade de forças entre paciente e médico¹³⁸, principalmente se considerarmos o estado de vulnerabilidade em que a mulher se encontra no momento de parto. Estes pontos de proximidade podem justificar e motivar a criminalização da VO como um crime de natureza complexa, referido a uma multiplicidade de bens jurídicos, que essencialmente decorrem da dignidade e liberdade da pessoa humana.

A nossa CRP consagra no seu artigo 18.º, n.º 2 que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias quando “necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. O processo penal português, em especial, o sistema sancionatório, assenta num princípio da necessidade/subsidiariedade da intervenção penal, isto é, as sanções penais constituem a *ultima ratio* da responsabilidade¹³⁹. Por outras palavras, o direito, enquanto instrumento de proteção de bens fundamentais¹⁴⁰ da sociedade, deve apenas atuar quando seja absolutamente necessário, por não existir outra forma eficaz e adequada de proteger esse bem¹⁴¹. A isto acrescem os critérios da prevenção geral e da prevenção especial, essenciais para a determinação da medida das penas¹⁴². O critério da prevenção especial diz, essencialmente, respeito ao criminoso e às suas características pessoais, tendo por objetivo a sua reintegração na sociedade. Por outro lado, o critério da prevenção geral dirige-se à sociedade em geral, visando transmitir a mensagem de que a prática de determinados atos constitui um crime e implica consequências sérias. Ora, a criminalização da VO pode justificar-se pelo critério da prevenção geral¹⁴³. Ademais, a tutela penal é legitimada quando observada uma danosidade social da conduta, isto é, quando perante uma lesão de bens jurídicos dignos desta tutela, que cause verdadeiros danos sociais¹⁴⁴.

Como vimos, as medidas existentes não apresentam resultados notórios que indiquem uma diminuição considerável desta forma de violência de género. Aliás, a própria posição da OM não transmite a segurança de que os profissionais e estabelecimentos de saúde estejam a trabalhar no sentido de melhorar os seus serviços e cuidados. A hipótese de criminalizar a VO deve ser avaliada no contexto português, pelo que se atentarmos nos resultados dos estudos mais recentes, mesmo que não se afirme uma necessidade absoluta de tutela, a verdade é que estão em causa bens jurídicos merecedores de proteção, que devem ser preservados como um todo. Deste modo, retomando o artigo 18.º, n.º 2 da CRP, o direito à integridade moral e física e restantes direitos pessoais¹⁴⁵, como a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação

¹³⁸ Faria, 2023, pp. 1795 e 1796.

¹³⁹ Antunes, 2021, p. 17.

¹⁴⁰ Cunha, 1995, pp. 24 e 25.

¹⁴¹ Cunha, 1995, p. 25.

¹⁴² Antunes, 2021, p. 18.

¹⁴³ O mecanismo do concurso de crimes não fomenta a prevenção geral da mesma forma, ou com o mesmo impacto, que um crime único, abrangente e completo, como seria o caso do crime de VO.

¹⁴⁴ Cunha, 1995, p. 141.

¹⁴⁵ Artigos 25.º e 26.º da CRP.

peçoal, justificam a necessidade de criminalizar a VO, principalmente sob o critério da prevenção geral, atendendo a que “o facto de uma conduta ser considerada ilícito criminal, já produz, por si só, efeitos sociais”¹⁴⁶ – o que sempre iria permitir a desconstrução social criada em torno da gravidez e do parto.

¹⁴⁶ Cunha, 1995, p. 242.

V. Conclusões

A VO constitui uma forma de violência de género que afeta mulheres um pouco por todo o mundo, e que representa um momento de abusos, agressões e maus-tratos. A VO também está associada a um problema sistémico dos estabelecimentos e serviços de saúde que a sua criminalização não conseguirá erradicar por completo. Para tal, teria de ocorrer uma reformulação dos estabelecimentos de saúde e de todos os estabelecimentos de ensino na área de saúde, para que as práticas desaconselhadas fossem eliminadas. As propostas legislativas que visam a promoção de formações dos profissionais de saúde são elementos essenciais para a eliminação dos abusos e agressões que se verificam em Portugal neste domínio. No entanto, o Estado não tem o poder de “entrar” nos hospitais, nas clínicas médicas e nas universidades, para impor um programa de serviços obstétricos e de ensino dos profissionais mais jovens.

Nesse sentido, as recomendações já existentes, bem como a Lei n.º 14/2015, de 21 de março, e as demais boas práticas, apesar de importantes no sentido de promover uma melhoria dos serviços de saúde, não mostram resultados suficientes de modo a erradicar esta forma de violência contra as mulheres. Cabe assim ao Estado promover o cumprimento das demais recomendações europeias e garantir uma experiência de parto positiva e livre de agressões para todas as mulheres nos estabelecimentos de saúde portugueses, públicos e privados.

A dignidade humana, a liberdade pessoal e sexual e a integridade física, são bens jurídicos constitucionalmente protegidos, merecedores de tutela jurídico-penal, pelo que o requisito da dignidade da tutela penal encontra-se preenchido. Apesar de esta tutela ser de *ultima ratio*, se atentarmos na nossa realidade, com base nos critérios de prevenção geral, justifica-se a criminalização da VO. Não podemos dizer que seja uma necessidade absoluta, visto existirem alguns tipos legais de crime passíveis de dar resposta a algumas formas de violência que marcam a VO – não obstante a isenção de responsabilidade do Estado, que retira os estabelecimentos de saúde públicos, enquanto pessoa coletiva, da equação. No entanto, os abusos e a violência praticados pelos profissionais de saúde vão além da categorização das diferentes formas de violência, sendo essencial e necessário desconstruir a realidade social de que o parto está interligado a momentos de sofrimento e de violência e proteger as mulheres de um episódio desta natureza – preenchendo-se, assim, o requisito da necessidade da tutela penal.

Referências bibliográficas

- ANTUNES, M.J. (2021). *Penas e medidas de segurança*. Edições Almedina.
- Asamblea Legislativa Del Distrito Federal, IV Legislatura, 29 de janeiro de 2009, Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. https://congresocdmx.gob.mx/archivos/transparencia/LEY_DE_ACCESO_DE_LAS_MUJERES_A_UNA_VIDA_LIBRE_DE_VIOLENCIA_DEL_DISTRITO_FEDERAL.pdf.
- Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e no Parto (2015). *Experiências de parto em Portugal. Inquérito às mulheres sobre as suas experiências de parto*. Lisboa. http://www.associacaogravidezparto.pt/wpcontent/uploads/2016/08/Experi%C3%Aancias_Partido_Portugal_2012-2015.pdf.
- Associação Portuguesa pelos Direitos das Mulheres na Gravidez e no Parto (2019). *Inquérito Experiências de Parto em Portugal | 2.ª Edição*, Lisboa. https://associacaogravidezparto.pt/wp-content/uploads/2020/12/Experi%C3%Aancias-de-Parto-em-Portugal_2edicao_2015-19-1.pdf.
- BARATA, C. (2022). A violência obstétrica existe em Portugal? *Setenta e Quatro*. <https://www.setentaequatro.pt/ensaio/violencia-obstetrica-existe-em-portugal>.
- BOWSER, D. & HILL K. (2010). Report of a landscape analysis. *Exploring evidence for disrespect and abuse in facility-based childbirth*. USAID-TRAction Project, Harvard School of Public Health University Research Co., LLC. https://www.hsph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2413/2014/05/Exploring-Evidence-RMC_Bowser_rep_2010.pdf.
- CARVALHO, C.R. (2021). O parto não tem que ser assim. *Observador*. <https://observador.pt/opiniao/o-parto-nao-tem-que-ser-assim/>.
- Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia da Ordem dos Médicos (2021). Parecer do Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia da OM sobre o Projeto de Lei n.º 912.XIV PAN 2021. <https://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/09/Parecer-Projeto-Lei-912XIV-2.pdf>.
- Conselho de Europa (11 de maio de 2011). Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica. *Série de Tratados do Conselho da Europa – N.º 21*. Convenção de Istambul (mai.gov.pt).
- CUNHA, M.C.D. (1995). Constituição e crime. *Uma perspetiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografia, Universidade Católica Portuguesa – Editora, Porto.
- DGS (2021). Orientação n.º 008/2021. <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2021/10/Orientacao-da-Direcao-Geral-da-Saude-sobre-MGF.pdf>.
- Diário de Notícias (2022). *Prevalência de parto instrumentado em Portugal é três vezes superior à média europeia*. <https://www.dn.pt/sociedade/prevalencia-de-parto-instrumentado-em-portugal-e-tres-vezes-superior-a-media-europeia-14575777.html>.
- DIAS, F. (2007). *Direito penal – Parte geral*, tomo I, 2.ª edição. Coimbra Editora.
- DIOGO, L.D. (2023). Violência obstétrica em Portugal. *LisbonPH*. <https://lisbonph.pt/blog/violencia-obstetrica-em-portugal/>.
- Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde, Lei n.º 15/2014, de 21 de março, alterada pela Lei 110/2019, de 9 de setembro.

- El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (11 de março de 2009). Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, *Ley* 26.485. servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm.
- FARIA, M.P.R. (2023). A criminalização da violência obstétrica e os limites constitucionais de intervenção do direito penal. In *Estudos em homenagem à Professora Doutora Maria da Glória F. P. D. Garcia*, vol. III, pp. 1763 ss. UCP Editora.
- FERRÃO, A.C., et al. (2022). Analysis of the concept of obstetric violence: Scoping review protocol. *Journal of Personalized Medicine*, vol. 12, no. 7, p. 1090. <https://doi.org/10.3390/jpm12071090>.
- FREEDMAN, L.P. KRUK, M. (2014). Disrespect and abuse of women in childbirth: Challenging the global quality and accountability agendas. *The Lancet*, vol. 384, no. 9948, pp. E42-E44. [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(14\)60859-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(14)60859-X/fulltext).
- Grupo Parlamentar Bloco de Esquerda (2021). Anteprojeto de Lei. Promove a erradicação da violência obstétrica. https://www.esquerda.net/sites/default/files/imagens/11-2021/anteprojeto_de_lei_-_violencia_obstetrica.pdf.
- Grupo Parlamentar Chega (2023). Projeto-Lei n.º 682/XV/1ª, Altera a Lei n.º15/2014, de 21 de março, procedendo à inclusão da normalização das boas práticas de Saúde Materna e Obstétrica e do papel do Enfermeiro Especialista em Saúde Materna e Obstetrícia na Rede de Cuidados Primários, Lisboa, disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595338344d7a6b344e6d45774e4330344e6a59334c54526b5a5459744f4759304e69316c597a49794d7a4531597a49794e6a4d755a47396a65413d3d&fich=83986a04-8667-4de6-8f46-ec22315c2263.docx&Inline=true>.
- La Asamblea Nacional De La República Bolivariana De Venezuela (23 de abril de 2007). Ley Orgánica Sobre El Derecho De Las Mujeres A Una Vida Libre De Violencia. *Gaceta Oficial De La República Bolivariana De Venezuela*, n.º 38.668. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>.
- LAZZERINI, M., et al. (2021). Quality of facility-based maternal and newborn care around the time of childbirth during the COVID-19 pandemic: Online survey investigating maternal perspectives in 12 countries of the WHO European Region. *The Lancet Regional Health – Europe* 2022, 13: 100268. <https://doi.org/10.1016/j.lanepe.2021.100268>.
- LINDIM, I. & SILVA, A.P. (2022). Acabar com o silêncio e com a culpa: Relatos de violência obstétrica. *Investigação* 74. <https://setentaequatro.pt/investigacao-74/acabar-com-o-silencio-e-com-culpa-relatos-de-violencia-obstetrica>.
- LINDIM, I. & SILVA, A.P. (2022). Violência obstétrica: A realidade traumática de muitos partos. *Investigação* 74. <https://www.setentaequatro.pt/investigacao-74/violencia-obstetrica-realidade-traumatica-de-muitos-partos>.
- MARTINS, M.B.C.S. (2023). *Violência obstétrica no direito penal português*. Dissertação de mestrado sob a orientação da Professora Doutora Sónia Mariza Florêncio Fidalgo. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

- https://estudogeral.uc.pt/retrieve/258990/Disserta%C3%A7%C3%A3o_M%C2%AABeatrizMartins.pdf.
- MONTES, A. (2024). Violência obstétrica: A lei que permanece pendente. *La Tercera*. <https://www.latercera.com/paula/violencia-obstetrica-las-leyes-que-siguen-pendientes/>.
- NEGRÃO, M. (2020). Direitos na gravidez, parto e pós-parto. *Dossier 312: Parto e parentalidades*, BE. <https://www.esquerda.net/dossier/direitos-na-gravidez-parto-e-pos-parto/66094#footnote-8>.
- NEGRÃO, M. (2021). O consentimento informado não é um papel assinado. *Nascer com direitos*. <https://nascercomdireitos.pt/consentimento-informado/>.
- NEGRÃO, M. (2023). A episiotomia como forma de mutilação genital feminina à luz do artigo 144.º-A do Código Penal. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 39, janeiro/junho, pp. 121 ss. https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas/revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%Bade-lex-medicinae-ano-20-n%C2%BA-39-janeirojunho_.
- Ordem dos Advogados (2021). Parecer da Ordem dos Advogados – sobre o projeto de decreto-Lei n.º 912/XIv/2.º, que visa reforçar a proteção das mulheres na gravidez e parto através da criminalização da violência obstétrica. Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas. <https://portal.oa.pt/media/134344/projeto-de-decreto-lei-n%C2%BA-912-xiv-2.pdf>.
- PEREIRA, A.D. (2004). O consentimento informado na relação médico-paciente. In *Estudos de Direito Civil*. Coimbra Editora.
- PORTO, S. (2023). Violência obstétrica. Dar à luz não se devia tornar num pesadelo. Nascer do Sol, Sapo. <https://sol.sapo.pt/2023/12/13/violencia-obstetrica-dar-a-luz-nao-se-devia-tornar-num-pesadelo/>.
- Projeto Lei do Parto Respeitado e pelo Fim da Violência Obstétrica e Ginecológica, também conhecida por *Ley Adriana*, Boletín n.º 12148-11. <https://www.senado.cl/ley-adriana-comision-especializada-aprueba-en-general-proyecto-contr>.
- Resolução da Assembleia da República n.º 175/2017, de 2 de agosto. Recomendação ao Governo para Melhorar a Qualidade dos Cuidados de Maternidade e Garantir os Direitos das Mulheres na Gravidez e Parto. *Diário da República* n.º 148/2017, Série I de 2017/08/02.
- Resolução da Assembleia da República n.º 181/2021, e 28 de junho. Recomenda ao Governo a eliminação de práticas de violência obstétrica e a realização de um estudo sobre as mesmas. *Diário da República* n.º 123/2021, Série I de 2021-06-28, Lisboa, Portugal.
- Resolução do Parlamento Europeu (24 de junho de 2021). Saúde e direitos sexuais e reprodutivos na UE, no contexto da saúde das mulheres, (2020/2215(INI). (2022/C 81/04).
- Resolução n.º 2306/2019 do Parlamento Europeu (3 de outubro de 2019). Obstetric and gynaecological violence.
- RODRIGUES, C. (2021). Projecto de Lei n.º 912/XIV/2.ª. Reforça a protecção das mulheres na gravidez e parto através da criminalização da violência obstétrica. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=121036>.

- SIMÕES, V. (2016). *A violência obstétrica: A violência institucionalizada contra o género*. Prémio Teresa Rosmaninho – Direitos Humanos, Direitos das Mulheres 2016. Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, Lisboa.
- SIMONOVIC, D., United Nations General Assembly (2019). A human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with focus on childbirth and obstetric violence. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on a human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with a focus on childbirth and obstetric violence*, A/74/137, Seventy-fourth session, Item 26 (a) of the preliminary list. <https://digitallibrary.un.org/record/3823698?v=pdf>.
- The European Perinatal Health Report (2010). <https://www.europeristat.com/reports/european-perinatal-health-report-2010.html>.
- United Nations Human Rights Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW).
- World Health Organization (2008). *Eliminating female genital mutilation: An interagency statement* – OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO. <https://www.who.int/publications/i/item/9789241596442>.
- World Health Organization (2018). WHO recommendations: Intrapartum care for a positive childbirth experience. *Transforming care of women and babies for improved health and well-being*. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

Jurisprudência

- Ac. do TRP, de 14-04-2004, relator António Gama, descritores: Sequestro, duração, maus tratos entre cônjuges, concurso real de infrações. Disponível em www.dgsi.pt.
- Ac. do TRL, de 27-02-2008, relatores: Carlos de Almeida e Horácio Lucas, descritores: Crime de maus tratos, bem jurídico protegido, maus tratos psíquicos, injúrias e ameaças, princípio da proporcionalidade. Disponível em www.pgdlisboa.pt.
- Ac. do STJ, de 12-01-2017, relator Souto de Moura, descritores: Recurso para fixação de jurisprudência, oposição de julgados, injúria. Disponível em www.dgsi.pt.
- Ac. do TRE, de 11-07-2019, relator Carlos Berguete Coelho, descritores: Violência doméstica, bem jurídico protegido, maus tratos. Disponível em www.dgsi.pt.

The international protection
regime in EU refugee law

Marta Carmezim Ferreira Saraiva de Aragão

Sob orientação da Professora
Doutora Benedita Menezes Queiroz

Acknowledgements

Firstly, I would like to thank my supervisor, Professor Benedita Menezes Queiroz, for all the support and assistance throughout the process of writing the dissertation. Without her help and orientation, I wouldn't be able to achieve the objectives proposed.

To my parents and sister Margarida, the most important people in my life, I owe them a huge thank you for their consistent presence, love, and support, for always listening to my doubts and appeals, and for contributing to my education, making it possible for me to be here writing this work.

I would also like to thank my grandparents for their comprehensiveness, support, and love, as well as my uncles, and cousins Rita and Teresinha for their presence and partnership during the dissertation.

To my friends, especially Beatriz Veloso, my work partner, who accompanied me from the beginning of this journey, always available to discuss ideas, hear my views on the subject, giving me very useful advice, and for always being a supportive friend.

Finally, for many more years of learning, acquiring knowledge and wisdom (I hope!) and my last wish is that in the future, we could all live in an upright, comprehensive, compassionate world, especially concerning the more vulnerable, in which they are included migrants and refugees, in Europe.

Resumo

A crise migratória de 2016 na Europa foi o resultado de um sistema de asilo ineficaz aliado à falta de cooperação entre os Estados Europeus, tendo por consequência dado origem a movimentos migratórios secundários por parte de requerentes de asilo que viram negados o estatuto de refugiados.

De acordo com o Regulamento de Dublin, o critério de referência usado para determinar o país responsável por analisar o pedido de asilo em questão é o critério do primeiro país de entrada do requerente de asilo.

Contudo, tal regra revelou-se ineficaz na medida em que, face ao elevado fluxo de refugiados na Europa, os sistemas de asilo dos países europeus, especialmente os do Mediterrâneo, ficaram sobrecarregados, o que levou a que os requerentes de asilo tivessem de requerer asilo mais do que uma vez noutros Estados que não o designado, conforme o critério estabelecido no Regulamento de Dublin.

A presente dissertação tem assim em vista analisar o Novo Pacto em matéria de Migração e Asilo, proposto pela Comissão Europeia em 2020, mais especificamente o Regulamento de Gestão do Asilo e da Migração, com foco na problemática da solidariedade, que é nos dias de hoje uma questão muito debatida no contexto europeu. Para além disso, a presente análise tem como objetivo aferir se o Pacto constitui uma resposta adequada e suficiente à proteção internacional.

Palavras-chave: refugiados; crise migratória; proteção internacional; direito da União Europeia; Sistema Europeu Comum de Asilo; Pacto da UE em matéria de migração e asilo.

Abstract

The 2016 migration crisis in Europe was the result of an ineffective asylum system combined with a lack of cooperation between European States which led to secondary migration movements of asylum seekers who were denied refugee status.

According to the Dublin Regulation, the reference criterion used to determine the country responsible for examining the asylum application in question is the criterion of the asylum seeker's first country of entry.

However, this rule proved to be ineffective as, faced with the high influx of refugees in Europe, the asylum systems of European countries, especially those in the Mediterranean, became overloaded, which led to asylum seekers having to apply for asylum more than once in States other than the designated by Dublin, according to the criteria established in the Regulation.

This dissertation thus aims to analyse the New Pact on Migration and Asylum, proposed by the European Commission in 2020, more specifically the Asylum and Migration Management Regulation, focusing on the problem of solidarity, which is nowadays a highly debated issue in the European context. In addition, this analysis aims to assess whether the Pact is an adequate and sufficient response to international protection.

Keywords: refugees; migration crisis; international protection; European Union law; Common European Asylum System; EU Pact on Migration and Asylum.

Acronyms and abbreviations

APD	Asylum Procedures Directive
AMMR	Asylum and Migration Management
CEAS	Common European Asylum System
EU	European Union
MS	Member States
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UN	United Nations

Table of contents

Introduction	7
1. International and European legal framework on refugee law	8
1.1. The CEAS and its fragilities. The failure of the Dublin System	8
1.2. The international protection in EU law	13
2. The New EU Pact on Migration and Asylum	15
2.1. General context	15
2.2. Analysis of the Asylum and Migration Management Regulation Proposal	20
2.3. The EU Proposal for a New Common Policy. The solution or a failed attempt for international protection?	24
2.4. Future prospects on migration for the EU	31
Conclusion	33
Bibliography	35
Case Law	40

Introduction

The International Protection Regime in EU Law has evolved much since several decades ago as it is crucial in respect to the recognition of asylum seekers and refugees' rights. Nowadays, this regime is present in many human rights diplomas, and regarding the European refugee law framework, is part of the Common European Asylum System.

However, the refugee regime has been facing a period of crisis, as its provisions are increasingly being put into question, as is its effectiveness. The complex challenges that refugees are constantly facing are due not only to conflicts, but also at many levels, namely, economic, social, and environmental effects of climate change. In this regard, it is up to the European Union and to the Member States to adopt the refugee law framework considering the reality of refugees and the issues that appear as a consequence of the failure of the actual asylum system.

There have been alternatives to the present regime, such as the EU Pact on Migration and Asylum, proposed by the European Commission in 2020. This new diploma is intended to reform the common European asylum system by establishing a new solidarity mechanism that aims to replace the already existing one. Also, it aims to solve the issue of the absence of solidarity among EU Member States and unequal distribution of responsibility.

The present dissertation is structured in several chapters. Firstly, I will refer to the importance of the international and European refugee law framework, the CEAS and its weaknesses, which were the main reason behind the failure of the Dublin system, followed by the analysis of the EU Pact on Migration and Asylum, more specifically the Asylum and Migration Management Regulation, concerning the issue of solidarity.

With the present work, I aim to provide a deep analysis on a crucial matter in the European Union, as the period of crisis we are now witnessing is characterized by absence of solidarity and distrust, as this has been the position of the European States towards refugees. It is also a period of uncertainty concerning the discussions that remain around the EU Pact on Migration and Asylum and its Regulations.

The answer to the questions "Is the New Pact on Migration and Asylum under the EU's legal framework a successful response to international protection of asylum seekers or refugees" and "What future prospects may be considered to improve the effectiveness of EU's policies towards refugees?" aims mostly to reflect upon the given current European context on the future of refugees in Europe.

1. International and European legal framework on refugee law

1.1. The CEAS and its fragilities. The failure of the Dublin System

The Common European Asylum System is a system that encompasses several EU legislations, including Directives such as the Temporary Protection Directive, the Asylum Procedures Directive, and the Reception Conditions Directive, among others, which will be further developed in the following section. Furthermore, a key element of the CEAS is the Dublin III Regulation¹, adopted in 2013, which, in accordance with Article 1, “lays down the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (‘the Member State responsible’)”².

Its objective falls on the establishment of a common framework for asylum in the EU, so as “to ensure quick access to the asylum procedures and the examination of an application on the merits by a single, clearly determined EU country”³. The main principle that this Regulation establishes is the first country of entry rule, as in accordance with Article 7 (2) of the present diploma “The Member State responsible (...) shall be determined on the basis of the situation obtaining when the applicant first lodged his or her application for international protection with a Member State”⁴.

However, within the refugee crisis in 2015, several flaws emerged which were also reflected in the European legal framework on refugees, as the present Regulation was the major contributor of the deficiencies of the European refugee system, namely, the absence of solidarity and responsibility-sharing among Member States (disrespecting the principle of solidarity and fair-sharing enshrined in Article 8 of the TFEU⁵), as in some cases the issue in establishing effective mechanisms to ensure so is due to the “increasingly xenophobic and nationalist politics”⁶ and the lack of concern by countries such as Greece and Italy⁷, and because “EU Member States were extremely reluctant to commit to more meaningful responsibility-sharing arrangements (...)”⁸.

Also, the fact that “(...) the Dublin system and its premise of the existence of equal standards in EU Member States is increasingly questioned by both national and European Courts from a human rights perspective (...)”⁹. In fact, one of the consequences of the crisis of the refugee system was the fact that it led to a huge discrepancy regarding

¹ Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013.

² *Ibidem*.

³ Country responsible for asylum application (Dublin Regulation).

⁴ Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013.

⁵ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2009.

⁶ Long, 2021, p. 1108.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, p. 1107.

⁹ Pollet, 2016, p. 95.

European countries' national asylum systems, more specifically, their migration procedures and their reception conditions. As a result, there has been an increasing number of secondary movements of asylum seekers and refugees, as "(...) asylum seekers as well as persons who have obtained a protection status in some Member States increasingly resort once more to smuggling networks to travel within the EU as they are not allowed to do so legally under the Dublin Regulation (...)"¹⁰.

These consequences led, furthermore, to a sense of lack of trust in European Member States and, thus, "The lack of a truly European response to the situation in the Mediterranean and the arrival of hundreds of thousands of refugees at the external borders is worrying in this respect and illustrates a disbelief in the viability of a common system"¹¹.

Since the 2015 crisis, some of the policies established by frontline countries involved closing their borders and implementing restrictive measures as a way of preventing the entrance of refugees in the countries in question, as these must include and take more into account their rights so as to subject several forms of assistance to third-countries, by destination and transit States on the establishment of a series of measures concerning the protection of the rights of refugees in its legislations¹².

Due to its structural weaknesses and inefficiency, the Dublin III Regulation was highly criticized. Several criticisms were made to the system, namely "A further cause of the poor implementation of the Dublin system appears to be insufficient cooperation among the Member States. That, too, has its cause deep in the structure and ethos of the Dublin system"¹³. This is one of the main issues associated with the Dublin system, especially regarding the cooperation within the framework of solidarity and burden sharing between EU Member States.

Also, the fact that "(...) the readiness of Member States to contribute to sustainable capacity-building through practical cooperation and other forms of EU solidarity has demonstrated limits, notably where other national interests are in play"¹⁴. This means that the sovereignty of States was one of the arguments used as a justification by EU Member States for closing the borders to the arrival of asylum seekers.

The fact that European Member States had distinct positions, as, for instance, Poland and Hungary, which are two of the countries that constitute the Visegrád Group are against accepting any kind of solidarity mechanism¹⁵, contrary to the position of, for example, Spain, France, beyond others, concerning the issue of "solidarity for asylum in

¹⁰ *Ibidem*, p. 94.

¹¹ *Ibidem*, p. 96.

¹² Frelick, Kysel, & Podkul, 2016.

¹³ Maiani, 2016, p. 110.

¹⁴ Garlick, 2016, p. 170.

¹⁵ Zachová, 2023.

the EU, included the circumstances where it is needed or deserved and the extent to which it should be conditioned upon a demonstration of readiness to assume responsibility for fulfilment of EU obligations”¹⁶. The EU Member States’ different points of view on this topic is one of the reasons that contributed to the failure of the CEAS, as it is reflected by the absence of cooperation among them and the clear disinterest that are manifested in their measures that run counter to the aim of establishing a common asylum policy based on values such as solidarity and mutual understanding.

The *M.S.S. v. Belgium and Greece* was an important ruling regarding the matter of the Dublin system’s fragilities for addressing the deficiencies of Greek asylum system in the present case ,namely, “(...) insufficient information for asylum seekers about the procedures to be followed; (...) no reliable system of communication between the authorities and the asylum seekers; (...) and excessively lengthy delays in receiving a decision”¹⁷. The Court concluded that Greece did not have an effective asylum system that would guarantee the safeguarding of the rights of asylum seekers, leading to the violation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, which enshrines the Prohibition of Torture¹⁸.

This ruling revealed the flaws of the Dublin Regulation, as demonstrated by the unequal burden sharing regarding certain countries, including Greece, and the absence of solidarity among Member States, which led to the violation of fundamental rights of asylum seekers, in the present case. Also,

(...) where the Dublin responsibility criteria designate another State as responsible, the system allows the hosting Member State to transfer the asylum-seeker to the responsible State – an entitlement that was considered to be unfettered, until the European Court of Human Rights (ECtHR) determined in *M.S.S.* that such an approach could lead to serious violations of human rights, including *refoulement*¹⁹.

This case is essential to refer to as it emphasized the call for reform of the European asylum system, and it shows how the first country of entry rule is not enough to guarantee the protection of the rights of asylum seekers.

Another ruling that was the reflection of the fragilities concerning the Dublin III Regulation was *CK and others v. Republika Slovenija*²⁰, which respects, on one side, C.K., H.F., and their child A.S., and, on the other side, the Republic of Slovenia, “(...)

¹⁶ Garlick, 2016, p. 160.

¹⁷ *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Judgment, 2011, paragraph 301.

¹⁸ European Convention on Human Rights, 1950.

¹⁹ Garlick, 2016, p. 165.

²⁰ *C.K. and others v. Republika Slovenija*, Judgment, 2017.

concerning the transfer of these persons to Croatia, designated as the Member State responsible for examining their application for international protection in accordance with the provisions of the Dublin Regulation”²¹, and in which the Court stated that in the situations in which a physically or mentally ill asylum seeker being relocated “(...) would result in a real and proven risk of a significant and permanent deterioration in the state of health of the person concerned, that transfer would constitute inhuman and degrading treatment, within the meaning of that article”²². This judgment was important as it demonstrated one of the main weaknesses of the present Regulation concerning its implementation.

As we can see from the past paragraphs, the Dublin system has failed due to many reasons, namely the unequal distribution of the burden regarding asylum seekers that were seeking protection in Mediterranean countries, mostly in Greece, Italy, Malta, Spain, beyond others. Also, the absence of solidarity among European Member States, especially the ones in Western Europe, led to the fact that the countries referred became overburdened with the sudden intense influx of refugees. The consequences for asylum seekers or refugees were catastrophic as the asylum applications began to fall behind a lot and asylum seekers had no choice but to apply in more than one country, in the hope of obtaining the status of refugee, and international protection.

Through the past years, however, efforts have been made by the States along with international institutions in providing a response to the impasse of managing refugee flows, by making European policies and laws that would address the issue of irregular migration. Several EU policies included the European Agenda on Migration (2015) that was created with the aim to tackle the refugee crisis, “addressing the asylum and migration challenges as well as defining steps to be taken to ensure strong borders, fair procedures and a sustainable system able to anticipate future problems (...)”²³. It also focuses on safeguarding European countries’ borders, preventing irregular migration and the need for “the EU to establish a truly common European asylum system based on harmonized procedures throughout the EU. This includes uniform asylum status and mutual recognition of asylum decisions, shared responsibility, and efforts with respect to relocation and resettlement (...)”²⁴.

In June 2016, there was the proposal by the European Commission on the establishment of a Partnership Framework on Migration with third countries under the European Agenda, as a proposed solution for the issue of irregular migration as “It

²¹ *Ibidem*, paragraph 2.

²² *Ibidem*, paragraph 96, second subparagraph.

²³ European Agenda on Migration, s.d.

²⁴ Opinion of the European Economic and Social Committee on the “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A European Agenda on Migration”, 2015.

should help develop safe and sustainable reception capacities and (...) must create genuine prospects of resettlement to the EU to discourage irregular and dangerous journeys”²⁵.

The proposal of the New Partnership Framework on Migration also referred to the EU-Turkey Agreement (March 2016), aimed at fighting against irregular migration by refugees that pass-through Turkey to reach to the EU. “Turkey was at the time the largest refugee-hosting country in the world (...) with the vast majority of its approximately 3 million refugees coming from Syria, though there were also large numbers of Iraqis, Iranians, and Afghans”²⁶. The 2015 refugee crisis resulted in frontline countries, such as Italy and Greece, which became overburdened by the huge number of refugees that were arriving from the Mediterranean Sea migratory route. The EU-Turkey Agreement in 2016 was an attempt by the EU to restrict migration especially in the countries referred, although it led to several issues, and criticisms by international actors.

Also, to refer to the importance of both the New York Declaration for Refugees and Migrants and the Global Compact on Refugees. These are two international agreements adopted by the EU in 2018, with the purpose of providing a comprehensive framework on refugees and both expressed the commitment and will of States, regarding solidarity and responsibility-sharing in this matter. Regarding the first, “States have accepted common responsibility for the management of great flows of refugees and migrants in a humanitarian sensitive and human-oriented way”²⁷. However, it also contained “(...) that the present legal solutions accepted by the international community are already insufficient, hence, it is necessary to develop new forms of sharing of burdens and responsibilities for migration issues”²⁸.

Finally, the instruments referred to not only were essential for the EU community to recognize the need for an in-depth discussion on the reform of the CEAS but also contributed to a major attention on the weaknesses of the European asylum regime. Through the years, States recognized the urgency to find an effective response to the large scale of refugees worldwide, addressing the complex challenges that stem from migration. Concerning the current refugee crisis, is ongoing a process of reform of the Common European Asylum System, as the ineffectiveness of the European instruments to mitigate the current crisis, the weaknesses of the EU’s system so as the lack of political will by European governments, led to the proposal by the European Commission of the

²⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council and the European Investment Bank on establishing a new Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration, 2016.

²⁶ Terry, 2021.

²⁷ Mikolajczyk, 2020, p. 174.

²⁸ Milner, 2016, cited in Mikolajczyk, 2020, p. 175.

New Pact on Migration and Asylum in 2020, which will be discussed and deeply analysed in the further chapter.

1.2. The international protection in EU law

Since the Second World War, in the light of the exponential flow of refugees, mainly in Europe, International and European legal instruments regarding refugee law were created with a view to the international protection of asylum seekers as each time more they must be constantly updated due to the necessity to respond to the complex and challenging issues that refugees are facing worldwide.

Concerning the European legal framework on refugee law, it is important to highlight several instruments such as the European Charter of Fundamental Rights, in which there are enshrined the main rights and values such as, the right to asylum in Article 18., and also Article 51 (1), which enshrines the scope of the provisions of the Charter that are applicable to not only European institutions but also Member States in the situations in which they act under EU Law, as is their obligation to observe the principles and rights stipulated in the Charter²⁹.; the European Convention of Human Rights in which there are present the core principles of the European Union; the Treaty of the Functioning of the European Union, more specifically, Articles 67 (2), 78 and 80, as in the latter is enshrined the principle of solidarity and fair-sharing, among European Member States³⁰. These referred articles are important to refer to as they give the EU the authority to legislate in this matter.

Also, to refer the significant contribution of the Common European Asylum System to the development of the EU refugee regime, namely, the Qualification Directive 2011/95/EU that respects the “standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees and or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted”³¹. There are certain provisions of this directive to recall namely, Article 2 (d) and (a), in which there is the definition of refugee and international protection, respectively³², in which the refugee status is part of this definition, referred in line (e), and subsidiary protection is enshrined in line (g) of the provision³³.

Between 1999 and 2005, there was the adoption of many European legal instruments regarding the protection of refugees, as seen earlier, as many of them were part of the Common European Asylum System, including the Temporary Protection

²⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000.

³⁰ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2009.

³¹ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

Directive. The first was initially created with the aim of managing the entrance of refugees in EU countries, as it “is based on the understanding that the EU is an area where countries share the same fundamental values and therefore need to have a common approach to implement transparent, effective and equitable procedures”³⁴.

In connection with present diploma, there is the Directive 2013/32/EU, as in accordance with Article 1, “establish common procedures for granting and withdrawing international protection pursuant to Directive 2011/95/EU”³⁵. In accordance with Article 3 (1), the provisions of the present Directive concerns asylum seekers applications “(...) made in the territory, including at the border, in the territorial waters or in the transit zones of the Member States, and to the withdrawal of international protection”³⁶.

The Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 concerns “minimum standards for the procedures for granting and withdrawing refugee status in order to reduce the disparities between national examining procedures and to safeguard the quality of decision-making in European Union (EU) countries”³⁷. Some articles are important to state, such as Article 3 in which there is present the scope of this Directive. In accordance with (1), “This Directive shall apply to all applications for asylum made in the territory, including at the border or in the transit zones of the Member States, and to the withdrawal of refugee status”³⁸.

In this diploma, there is enshrined in Article 26, two situations, in (a) and (b), for a country to be considered as the first country of asylum for asylum seekers³⁹. This Article is connected to Article 27 (1) of the present Directive⁴⁰, as stated in the previous Article, which concerns the safe third country concept, especially the condition that Member States are subjected to, as they must apply for this concept only in case that they are certain that the asylum seeker in question will be treated in that country, accordingly to the principles stated in (1), (a) to (d)⁴¹. Article 27 (2)⁴² claims that the application for this concept must contain the rules that are present in the country’s own legislation, which comprises (a) to (c). It is relevant to note that in accordance to point (c), the rules that may “(...) allowing an individual examination of whether the third country concerned is safe for a particular applicant (...)”⁴³.

³⁴ Nunzio, 2023, p. 42.

³⁵ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast).

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

The present legislation has also established in Article 36 the possibility that Member States have in decline an asylum seeker's application in case of the country's authorities have confirmed that the applicant for protection "is seeking to enter or has entered illegally into its territory from a safe third country according to paragraph 2"⁴⁴., with the example of countries namely "Croatia, Albania, Russian Federation, Serbia, Turkey, Ukraine, beyond others, that adopted asylum laws but restricted implementation and can't provide access to an adequate procedure"⁴⁵.

The Common European Asylum System, regarding the EU refugee law framework, by containing for instance the EU Directives already referred, is extending the scope of international protection, by establishing in these instruments, provisions that contain minimum conditions that aim to ensure the international protection of refugees so as their rights.

The International and European Refugee Law legal framework with its several legal instruments, including the EU Directives and its provisions, had a considerable impact on the protection of asylum seekers and refugees, worldwide, as the present legislation was the result of a profound commitment of Member States in ensure and recognize that the rights and legal safeguards of this vulnerable group are enshrined in International and European legal instruments, that aim to consolidate them, so as to delimit their responsibilities towards the asylum seekers that are applying for international protection.

2. The New EU Pact on Migration and Asylum

2.1. General context

In September 2020, after more than a decade of discussions, the European Commission presented a range of proposals, that constitute the New EU Pact on Migration and Asylum, including its five regulations, namely, the Asylum Procedures Regulation, the Screening Regulation, the Crisis, and Force Majeure Regulation, the EURODAC Regulation and the Asylum and Migration Management Regulation⁴⁶.

The present EU's instrument "is a set of regulations and policies to create a fairer, efficient, and more sustainable migration and asylum process for the European Union. The Pact, (...) is designed to manage and normalise migration for the long term, providing certainty, clarity and decent conditions for people arriving in the EU. (...)"⁴⁷. The goal of the Commission by presenting the Pact was the establishment of a new

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ EU Human Rights: Multiple sources, 2015.

⁴⁶ European Commission, Migration and Home Affairs, s.d.

⁴⁷ European Commission, Migration and Home Affairs, s.d.

system of asylum that would address the creation of more efficient and uniform procedures for the examination of asylum seekers' applications and the granting of asylum⁴⁸, as it also recognized the importance of taking a step forward a European common policy, in its internal and external dimensions.

Also, "The Pact on Migration and Asylum (...) is based on four main pillars: (1) a mandatory solidarity mechanism, (2) more comprehensive security procedures, (3) new criteria for the distribution of migrants and (4) increased cooperation with third countries"⁴⁹. Regarding the last strand, it respects the external dimension of the EU Pact, which concerns the strengthening of the relationships between EU Member States and third countries, especially in the reception conditions of asylum seekers.

In December 2023, both the European Parliament and Council reached a political agreement on the regulations of the New Pact, as it is a step towards its implementation which is scheduled for about two years, i.e., in early 2025, after its adoption. However, there have been discussions among not only the Commission and Council which concerns their different positions on several issues around migration, but also between EU Member States as they have distinct positions especially regarding their interests and will of sharing responsibilities, also, as "It is true that Member States, (...) do see a need for better governance of migration and refugee crisis but, nevertheless, their positions are different"⁵⁰. On the one hand, States have the right and duty to protect their borders and to establish mechanisms capable of ensuring it, and on the other hand, they may have the ability to provide asylum, to those in need⁵¹.

The New Pact on Migration and Asylum emerged during the Covid-19 pandemic, when the European countries were facing one more heavily than others, its effects, and consequences on many levels, such as social, political, and economic. Regarding refugees, several countries took measures such as borders closure and strict policies, diminishing the rights of asylum seekers and their families in being granted protection. Although there was a decrease regarding asylum applications, there was, on the contrary, a significant increase in people crossing the European borders, which led to the recognition by the Commission of the urgency of reforming the asylum system⁵².

In the creation of a new common asylum policy, "(...) a balance is to be achieved between the demand for responsibility and solidarity in the implementation of a comprehensive policy towards migrants"⁵³. This is the current challenge to the

⁴⁸ As stated by Fabienne Keller, Member of the European Parliament, Renew Group, on European Policy Centre. *The New Pact on Migration and Asylum: What's next?*

⁴⁹ Kuzelewska & Piekutowska, 2021, p. 32.

⁵⁰ Kuzelewska & Piekutowska, 2021, p. 33.

⁵¹ As stated by Monique Pariat, Director-General DG Home, European Commission, in the European Policy Centre. *The New Pact on Migration and Asylum: What's next?*

⁵² Doliwa-Klepacka, 2021, p. 10.

⁵³ *Ibidem*, p.14.

implementation of this new system, proposed by the European Commission, in cooperation with the European Council and EU Member States.

In this regard, the EU Pact on Migration and Asylum, by establishing a new approach of a broader solidarity mechanism and responsibility-sharing among EU Member States, intended to be a more efficient response to the current issues the EU is facing, in respect to the mixed migration flows and the lack of security asylum seekers go through in an attempt to reach the European countries borders. Also, this new diploma aims to replace the Dublin III Regulation, as after the failure in the implementation of the current system, several issues were raised as a result of the absence of effectiveness and the weakness of the Dublin Regulation.

The EU Pact has provoked a controversial discussion in respect to the measures proposed by the European Commission and what will be done in the future in case it is adopted, as in accordance with many authors, it seems that EU Member States cannot reach a consensus regarding asylum matters⁵⁴, as they have different positions and have their own interests. One of the main challenges to the implementation of the Pact will be “The need to find an adequate balance between the respect for the right to asylum guaranteed in article 18 of the European *Charta* on Fundamental Rights, (...) and the national interests of Member States (...)”⁵⁵.

Nowadays, new complex challenges are evolving in the migration and asylum field. The main obstacle that the EU is confronting is attempting to, with the present proposal, overcome the “(...) stability of this policy core, as well as (...) the continuation of the regulatory path of integration in the field of asylum as opposed to institutional capacity building”⁵⁶. Furthermore, the EU Institutions aim, with this Pact, to provide a common framework whose purpose is to simplify the procedures regarding asylum applications for international protection.

The EU Pact acknowledges these challenges when stating that a “new, durable European framework is needed, to manage the interdependence between Member States’ policies and decisions and to offer a proper response to the opportunities and challenges in normal times, in situations of pressure and in crisis situations (...)”⁵⁷. To concretize this necessity, it proposes a “comprehensive governance at EU level for better management and implementation of asylum and migration policies”⁵⁸.

⁵⁴ Hein, 2022, p. 54.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁵⁶ Abdou, 2021, pp. 4-5.

⁵⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

⁵⁸ *Ibidem*.

The New Pact focuses mostly on establishing “mutually beneficial partnerships with key third countries of transit and origin”⁵⁹., as throughout this diploma, and more specifically in the Section 6, in which the European Commission highlights the need of cooperation between “Frontex border guards (...) with national border guards on the territory of a partner country”⁶⁰. Furthermore, the Commission recognizes that “currently, one of the key gaps in European migration management is the difficulty to effectively return those who do not take up this action”⁶¹. For that purpose, the EU Pact sustains the need of “working closely with countries of origin and transit is a prerequisite for a well-functioning system of returns, readmission and reintegration”⁶². Concerning the partnerships, the development of legal pathways is one of the objectives proposed in the EU Pact⁶³, it “should contribute to the reduction of irregular migration, which often leads to undeclared work and labour exploitation in the EU”⁶⁴.

As stated earlier, the EU Pact has the goal of ensuring a fair sharing of responsibility and enhancing solidarity among European Member States. In respect to the latter, the European Commission proposed several measures that aim to establish a “mandatory”⁶⁵ and “flexible solidarity mechanism”⁶⁶. This mechanism proposed in the new Pact has its roots on the divergent political positions Member States assumed regarding the relocation mechanism as with this tool, the present institution “(...) was thus expected to bring forth in the New Pact, a proposal that could be the object of a consensus to overcome the profound divisions created by the relocation decision of the Council of 22 September 2015”⁶⁷.

In respect to the new solidarity mechanism proposed by the Pact, first, it is essential to refer to the main issue that is now prevalent as its origins go back to 2016 with the reform of the Dublin Regulation, namely, solidarity towards asylum seekers and refugees. This issue has been discussed in the past years as the EU Commission found an opportunity with the present diploma to propose a new mechanism.

In the Pact, the European Commission proposed several options for Member States to choose regarding this issue, as they “can choose either to relocate asylum seekers, either to sponsor return or to provide other types of help or funding and even external cooperation for migration management in countries of origin or of transit of migrants”⁶⁸.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Council decision 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy. (2020). Official Journal of the European Union, L 248. Cited in Bruycker, 2022, p. 35.

⁶⁸ *Ibidem*.

Relocations are a current solidarity contribution that has originated in the past years, discussions among Member States, as there has also been a lack of commitment by many of them in respect to its implementation in the practice and at the same time, these measures “(...) were one of the main stumbling blocks in finding a solution that would be acceptable to all Member States and EU institutions”⁶⁹. The sponsorship return is a newly solidarity aid proposed in the Pact as it will be further discussed.

Finally, in respect to the steps to be followed in the future, the Commission reinforces the commitment by EU Member States on concretizing the Pact, reinforces the importance and necessity of partnerships with third countries with the support of the EU budget and the reference to the fact that “(...) a strong legal framework able to give the clarity and focus needed for mutual confidence, with robust and fair rules for those in need of international protection and those who do not have the right to stay”⁷⁰.

The EU Pact is a non-binding legal instrument that “provides a comprehensive approach, bringing together policy in the areas of migration, asylum, integration and border management, (...)”⁷¹, as well as to establish a common legal framework on migration and asylum, a step forward to the reduction of illegal migration and to promote cooperation with countries of origin and of transit⁷². There must also be a balance in the interests of both EU Member States and the right to asylum of asylum seekers or refugees.

The EU Pact contains five Regulations, as the one that specifically concerns the matter of solidarity, is the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Asylum and Migration Management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund]⁷³, that will be analyzed in the further chapter.

2.2. Analysis of the Asylum and Migration Management Regulation Proposal

The Asylum and Migration Management Regulation is one of the five Regulations that are part of the EU Pact. The purpose of the present diploma is “(...) replacing the current Dublin Regulation and relaunches the reform of the Common European Asylum

⁶⁹ Lang, 2022, p. 251.

⁷⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Asylum and Migration Management and Amending Council Directive (EC) 2003/109 and the Proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], COM (2020) 0279, 2020.

System (CEAS) through the establishment of a common framework that contributes to the comprehensive approach to migration management (...)”⁷⁴.

Contrarily to the EU Proposal on Asylum and Migration Management Regulation, “Regulation (EU) No 604/2013 (Dublin Regulation) does not provide, in its current form, for tools to address situations where Member States are faced with migratory pressure.”⁷⁵. Also, “Nor does it take into account the situation of migration management of mixed migratory flows and the consequent pressure these flows put on Member States’ migration system”⁷⁶. Thus, the EU Proposal on Asylum and Migration Management Regulation focuses on search and rescue operations and the securitization of the migration, and the fact that “(...) a solidarity mechanism that is applied (...) in cases of persons disembarked following search and rescue operations”⁷⁷.

One of the main objectives of the Asylum and Migration Management Regulation is to, in accordance with Article 1, “(a) sets out a common framework for the management of asylum and migration in the Union;”⁷⁸, present in Article 3 of the current legislation. In accordance with the latter, both the EU and Member States may act along each other in a comprehensive approach of migration management, as that consist in, namely, partnerships and cooperation with third countries “including on legal pathways for third-country nationals in need of international protection and for those otherwise admitted to reside legally in the Member States (...)”⁷⁹., between the EU institutions, Member States and organizations; also the prevention of irregular migration movements and the protection of EU’s borders, beyond others.

Also, part of the objective established in the EU Pact concerning the comprehensive approach on migration is to enhance the assistance by Member States on search and rescue operations of refugees that are obliged to go through dangerous routes, along with the “increased operational and technical support”⁸⁰ of Frontex, as in accordance with the European Commission in the EU Pact, “Assisting those in distress at sea is a moral duty and an obligation under international law”⁸¹.

Equally to the Dublin III Regulation, the present instrument contains in its provisions, the scope of family reunification but introduces unaccompanied minors⁸² as “the proposal clarifies that the Member State where the minor first lodged his or her

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Enshrined in Article 15 of the Asylum and Migration Management Regulation Proposal.

application for international protection will be responsible, unless it is demonstrated that this is not in the best interests of the minor”⁸³.

This is an important provision as in reality there are millions of minors crossing the borders without their family or even being accompanied at all, as it also involves the cooperation among Member States, as in accordance to the Regulation, “(...) the transferring Member State shall make sure that that Member State will take the necessary measures under the Asylum Procedure Regulation and the Reception Conditions Directive (...)”⁸⁴. Also, Article 2 (g) (v) of the Asylum and Migration Management Regulation Proposal introduces siblings of the applicant for international protection, considered as part of family.

Regarding the issue of solidarity, according to the European Parliament and Council, this Regulation proposes an innovative and system concerning solidarity as it encompasses simplified procedures “(...) for determining the Member State responsible for examining an application for international protection”⁸⁵. The criterion in question is enshrined in Articles 14 to 23 of the Regulation as the principles and safeguards that are inherent to it are present in Articles 8 to 13 of the diploma.⁸⁶

Concerning the solidarity mechanism and respective conditions, the Part IV of the Asylum and Migration Management Regulation, as the purpose of the EU Pact is to be an alternative to the country of first entry rule enshrined in the Dublin III Regulation, by proposing a new solidarity mechanism, and to be a response to the failure of the Dublin system, however, the mechanism in question does not seem to address the absence of amendment of the rule in question. The new solidarity mechanism is crucial as it would address the question of the unequal distribution of responsibilities and the lack of cooperation among Member States. Yet, the Pact is not clear on how to solve this issue in practice.

Articles 45 to 61, addresses the various forms of contributions in respect to solidarity by Member States, as in Article 45 (1) ⁸⁷ of the diploma are enshrined the main solidarity contributions that States may choose, namely, relocation of applicants, return sponsorship of third-country nationals that are staying illegally in the country in question, relocation of refugees and “(...) capacity-building measures, (...) operational support and measures aimed at responding to migratory trends affecting the benefitting

⁸³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Asylum and Migration Management and Amending Council Directive (EC) 2003/109 and the Proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], COM (2020) 0279, 2020.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

Member State (...)”⁸⁸. These measures aim to facilitate and enhance the effectiveness of the application procedures.

The return sponsorship is a new solidarity measure that requires a cooperation between the sponsoring Member State and the benefitting one with the aim to establish the support measures that are “(...) necessary for carrying out the return of individually identified illegally staying third-country nationals from the territory of the benefitting Member State”⁸⁹. These measures may be implemented in eight months, as in the case there is a situation of migratory pressure, “(...) the Commission adopts an implementing act on solidarity (...)”⁹⁰. However, in January 2023 a draft by the European Council on the Asylum and Migration Management Regulation withdrawn return sponsorship.⁹¹ Also, it proposed several changes as it can be seen regarding mostly the solidarity mechanism.

Another form of solidarity contribution is the voluntary solidarity as “Any Member State may make voluntary contributions for the benefit of that Member State, including by means of relocation of applicants for international protection (...)”⁹², or they can contribute with the purpose of “strengthening the capacity of Member States in the field of asylum, reception and return and in the external dimension”⁹³. They may also notify the Commission through the sending of a Solidarity Support Plan if planning to contribute. This type of solidarity mechanism is applicable when EU Member States are under migratory pressure, as its purpose is for other Member States to assist them, having the possibility to choose how they want to contribute: through relocations or through financial or operational support, for instance.

In the implementation of these solidarity contributions, the European Commission has a proactive role as it will monitor Member States migratory situation and assist them as “will identify the overall needs of the Member State that receives an unexpected influx of migrants and set out in a report the measures needed to address the situation, after close consultation with the Member State concerned”⁹⁴.

The Commission has also a role of supervising solidarity measures in the context of disembarkations following search and rescue operations and in the implementation of acts for these operations, present in Articles 47 and 48 of the Asylum and Migration Management Proposal respectively.⁹⁵ Furthermore, the Commission adopts acts

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Tracking the Pact: Unaccountable new decision-making bodies and “adaptable responsibility”, 2023.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Vara, 2022, p. 1254.

⁹⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Asylum and Migration Management and Amending Council Directive (EC) 2003/109 and the Proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], COM (2020) 0279, 2020.

concerning solidarity in situations of migratory pressure, as present in Article 53 of the diploma.⁹⁶

The EU Pact on Migration and Asylum also introduces a mechanism called Voluntary Return and Reintegration Strategy as it “(...) sets out measures to improve voluntary return mechanisms, from outreach activities to increase migrants’ awareness of the return and reintegration assistance available, to better counselling on their legal options. (...)”⁹⁷. The Pact intended to emphasize the need to establish a mechanism that would contribute to a more humane and comprehensive approach on the return of migrants, enhancing the simplification of reintegration of returnees through “setting out new approaches in third countries (...)”⁹⁸.

However, in my perspective, the European Commission has not developed this strategy, especially concerning its implementation. It only refers to the fact that one of the main components of this mechanism will be the cooperation with third countries and Frontex⁹⁹. It is not much said on how this will work in practice.

Furthermore, the Asylum and Migration Management Regulation Proposal does not add any amendment nor changes the Dublin Regulation criterion of the first country of entry, proposing a new solidarity mechanism. The fact that no innovation is present in this Regulation, maintaining the same criterion, means that it does not answer the issue of the ineffectiveness of the European asylum system. Thus, at the same time it does not truly get to the core of the issue. Therefore, this Regulation Proposal does not fulfill the expectations of refugees towards their freedom of asylum choice.

The Migration Pact is being discussed for its proposals, especially concerning the new solidarity mechanism it aims to implement. However, it has been criticized by several academics since the innovations presented in the Pact are fewer than the measures already existing, such as for instance the case of relocations. On the following chapter, it will be addressed the debate around whether the New Pact is a solution for the current European refugee crisis or an attempt for the achievement of the goal of international protection.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Moraru, 2022.

⁹⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

⁹⁹ *Ibidem*.

2.3. The EU Proposal for a New Common Policy. The solution or a failed attempt for international protection?

Since the Commission's Proposal of the New EU Pact, high expectations around the diploma started to appear, although many criticisms were made by academics in general as it has been mainly stated that it is not the solution for the European crisis as it does not seem to address the main obstacles the EU has been facing in the past decades, namely, the issue of solidarity and the responsibility-sharing, the increasing number of irregular migratory movements and the root causes of it.

In the present chapter, I will first address the features of the EU Pact and the criticisms that are made to it. Furthermore, I will approach the objectives of the Asylum and Migration Management Regulation, as well as the critiques that are also made to the present Regulation. In the end of the chapter, I will conclude by answering the question that is now on debate that is, "Is the EU Proposal for a New Common Policy the Solution or a Failed Attempt for International Protection?"

When the European Commission proposed the New Pact on Migration and Asylum in 2020, it was stated that, concerning the purpose of "(...) build a system that manages and normalizes migration for the long term and which is fully grounded in European values and international law"¹⁰⁰, by EU Member States, "The New Pact on Migration and Asylum offers a fresh start to address this task"¹⁰¹.

In the introduction of the EU Pact, the EU Commission recognizes the issues that Member States faced with the refugee crisis and refers the requirement of establishing a European framework "(...) to offer a proper response to the opportunities and challenges in normal times, in situations of pressure and in crisis situations (...) "¹⁰². The EU Commission also highlights the need for the EU to closely cooperate with third countries and fighting against migrant smuggling¹⁰³, and the fact that "The interdependency of Member States also makes it indispensable to ensure full, transparent and consistent implementation on the ground"¹⁰⁴.

With the EU Pact, the European Commission proposed a "fresh start"¹⁰⁵, as stated before, especially concerning the new solidarity mechanism and fair sharing of responsibilities among Member States. In fact, the Pact refers to several aspects that are currently a concern of the EU, as one of them is the solidarity issue. In the diploma, we

¹⁰⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

see that the EU Commission, in the measures or objectives proposed, exhaustively refers to the need for a new mechanism of solidarity and for that it proposes “a pool of projected solidarity measures”¹⁰⁶.

In respect to this common framework that the Pact aims to establish, the present diploma highlights the importance of protecting the most vulnerable persons by establishing measures such as, not only relocation but also “(...) vulnerability assessments during the pre-entry screening process and exemptions of some groups from border procedures”¹⁰⁷. In fact, in Section 2.4., the EU Commission refers that it is its intention to, by reforming the EU system, and considering the risks that women and children face every day considering human trafficking, it aims to reinforce the rights of children, especially unaccompanied minors.¹⁰⁸ For that purpose, the EU Commission intends to provide “(...) adequate accommodation and assistance, including legal assistance, throughout the status determination procedures”¹⁰⁹.

Furthermore, the EU Commission refers to the role of Frontex, regarding the purpose of the Commission to enhance its support to EU Member States, concerning return systems, through operational support¹¹⁰ as “Embedding return in national strategies under the common framework should result in better planning, resourcing and infrastructure for return and readmission operations”¹¹¹., as for the system to be effective, it will require an active participation and partnership by the EU and its Member States. This purpose of enhancing cooperation is also applicable to the objective by the Commission of combatting migrant smuggling, as “The new EU Action Plan (...) will include support for countries of origin and transit in capacity-building both in terms of law enforcement frameworks and operational capacity (...)”¹¹². Frontex should adopt a position of more proximity with EU Member States, as it should be present in more rescue operations as each time more, there is an increasing level of migrants, searching for asylum by sea.

Finally, another key feature present in the EU Pact that is relevant to describe is the objective of this instrument to strengthen the partnerships between the EU Member States with third countries of origin and transit, so as with EU agencies¹¹³ as “The Commission and the High Representative will immediately start work, together with Member States, to put this approach into practice through dialogue and cooperation with

¹⁰⁶ Gazi, 2021, p. 167.

¹⁰⁷ Gazi, 2021, p. 168.

¹⁰⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

our partners”¹¹⁴. This refers to the external dimension of the Pact that is currently highly discussed and is one of the objectives more emphasized by the EU Commission, throughout the Pact.

However, there have been numerous critiques by academics to the EU Pact, regarding its key features, that are relevant to address in order to assess whether the Pact is a step towards a new beginning to the European reform or not. The criticisms that will be discussed ahead in the present section focus on, essentially, the solidarity measures, the external dimension of the diploma, the instrumentalization of European refugee strategies as well as the institutionalization of the measures proposed by the EU Commission, to achieve the desired goal of reforming the European system by establishing a new, comprehensive framework.

The EU Pact is being criticized by the instrumentalization of the reception conditions, as in accordance with Amnesty International, “rather than investing in dignified reception within the EU and expanding safe and regular pathways to allow people to reach protection in Europe, (...) this amounts to a further step towards externalizing border control (...)”¹¹⁵. EU Member States have shown an unwillingness to provide refugees adequate treatment when they reach the borders, as it seems that “The document does not guarantee the improvement of conditions and standards in places of reception for asylum seekers”¹¹⁶.

In fact, instead of establishing in their migration policies measures in order to establish better conditions for refugees, EU Member States decide to “(...) intensify the external dimension of migration policies (...)”¹¹⁷. The external dimension of the EU Pact concerns for instance the reinforcement of measures, namely the closure of borders by States, as a way to prevent the entrance of asylum seekers to EU countries’ borders. The use and intensification of this type of measure seems contradictory with the purpose of the Commission in establishing a more inclusive common framework, respecting fundamental rights of refugees.

Another criticism made to the EU Pact concerns the “mutually beneficial partnerships with key third countries of origin and transit”¹¹⁸, which the Pact emphasizes as in accordance with the EU Commission, it contributes to the “well-functioning system of returns, readmission and reintegration”¹¹⁹. The EU has in fact been assisting other Member States, as exemplified by the Agreement with Tunisia¹²⁰, for instance. However,

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ EU: Migration Pact agreement will lead to a “surge in suffering”, 2023.

¹¹⁶ Kuzelewska & Piekutowska, 2021, p. 33.

¹¹⁷ Vara, 2022, p. 1262.

¹¹⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ The European Union and Tunisia come to an agreement on a EUR 150 million programme, 2023.

several academics criticized by stating that “If the EU wants to develop authentic partnerships to ensure the cooperation of third states, it must stop pretending that the fight against irregular migration is the starting point as a shared concern”¹²¹. One of the main priorities of the EU Commission with the EU Pact is fighting against migrants smuggling as enshrined in the diploma.¹²²

This concern with the reinforcement of the securitization suggests that “the Commission legitimizes the externalization of EU borders through a humanitarian discourse arguing that the increased restrictions and shifting of responsibilities to third countries are necessary to protect migrants from human smugglers”¹²³. It appears, in fact, that the security of migrants is a priority of the Commission, although it seems contradictory with the measure of reinforcement of borders security that is also a measure proposed by the present institution.

The Commission also presents in the EU Pact the objective of developing legal and safe pathways for migrants as in accordance with it, it “(...) should contribute to the reduction of irregular migration (...)”¹²⁴., although the diploma does not foresee the ways in which it would be concretized in practice, as it is said that “The Pact is not however very specific on the actions through which the Union will accomplish these objectives, apart from proving funding as well as reinforcing support and mobilizing national efforts both on resettlement and legal migration schemes”¹²⁵. The same is said about cooperation, as “(...) detailed attention has not however been paid to clarify the set of instruments the EU and its Member States have at their disposal to implement this external dimension”¹²⁶.

Finally, concerning the goal by the Commission on establishing a “new solidarity mechanism for situations of search and rescue, pressure and crisis”¹²⁷ in the EU Pact, it is also been said by several academics that the New Pact does not address the issue solidarity in the sense that the measures proposed are viewed as a choice by EU Member States and “Yet, the solidarity is not systematized in the pact as a core of the agreement. (...)”¹²⁸.

The solidarity and fair sharing are an issue that led to the EU establishing the New Pact as the response to the lack of will by EU Member States in investing in its migration policies, the absence of a proper European migration system and effective measures, that

¹²¹ Bruycker, 2022, p. 40.

¹²² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

¹²³ Nissander, 2021, p. 1.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Andrade, 2022, p. 229, referring to “section 6.6.” [of the EU Pact on Migration and Asylum].

¹²⁶ *Ibidem*, p. 230.

¹²⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

¹²⁸ Kuzelewska & Piekutowska, 2021, p. 34.

had negative repercussions in all the European Union. The EU Commission referred in the Pact that the Asylum and Migration Management Regulation Proposal is a new framework “(...) which ensures a fair sharing of responsibility and addresses effectively mixed arrivals of persons in need of international protection and those who are not”¹²⁹.

The Asylum and Migration Management Proposal has been criticized mainly by the solidarity mechanism that is proposed. As referred in the previous section, this mechanism allows Member States flexibility in choosing solidarity measures that they can use in order to assist other Member States, that are under migratory pressure¹³⁰. It seems that “It is foreseen as a choice open to Member States between two opposite options – relocation and return sponsorship. (...)”¹³¹. Also, regarding the solidarity measures, “(...) the most recent experiences of relocations adopted in the EU show a lack of willingness to contribute to relocations”¹³². This was one of the reasons that contributed to the failure of the Dublin system and the discussion around its reform.

Concerning the fair sharing of responsibility, which is one of the current concerns, the EU Commission stated that “Through the principles of integrated policy-making and those relating to solidarity and fair sharing of responsibility, Member States have a shared interest to ensure the coherent implementation of migration management at EU level.”¹³³ In order to achieve an efficient system regarding migration, the EU Commission refers to the need of enhancing cooperation with third countries and between Member States and EU agencies. However, academics such as Francesco Maiani stated that “(...) operational cooperation has proven useful but cannot tackle all the relevant aspects of the unequal distribution of responsibilities among Member States; (...)”¹³⁴.

The proposed solidarity contributions so as “(...) a new and more comprehensive mechanism for solidarity to ensure the normal functioning of the migration system, (...)”¹³⁵, do not seem to be realistic and achievable, as in the reality it depends much on the interests of the EU Member States as well as their compromise on, first, to restructure their national systems and then, assuming to reform the common European migration system, as “Without substantial corrections, without true and workable innovations, the “new” Pact will be a reform only in the name. It will leave the CEAS and its inhabitants

¹²⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Kuzelewska & Piekutowska, 2021, p. 34.

¹³² Vara, 2022, p. 1256).

¹³³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Asylum and Migration Management and Amending Council Directive (EC) 2003/109 and the Proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund]', COM (2020) 0279, 2020.

¹³⁴ Maiani, 2022, p. 51.

¹³⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Asylum and Migration Management and Amending Council Directive (EC) 2003/109 and the Proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund]', COM (2020) 0279, 2020.

in their current straits and fail to solve even just one of its structural flaws, while degrading legal protection in many aspects”¹³⁶.

From my perspective, the EU Pact on Migration and Asylum, so as the Asylum and Migration Management Regulation Proposal, are the result of a thoughtful, considered proposal and an effort by the Commission to come up with a solution in light of the current European crisis, as they are in line with the international protection for several reasons such as, the enhancing the protection of refugees’ rights and an alternative for the Dublin Regulation, by introducing new solidarity mechanism is mandatory and flexible, giving the possibility for Member States to choose among the solidarity contributions, the one they want to recur in order to support others Member States that are under migratory pressure or in situations of search and rescue operations.¹³⁷ Besides, it gives special attention to the necessity of establishing legal pathways in order to reduce migration, which is one of the priorities of the European Union’s system, and the enhancing of the cooperation not only among EU Member States but also between them with third countries of origin and transit.¹³⁸

In addition, the fact that the new solidarity mechanism aims to assist countries that are subjected to migratory pressure, is, under my point of view, a measure by the EU Commission that was much needed as, considering the background of the refugee crisis in 2015/16, frontline countries were overburdened due to the influx of refugees, as this new mechanism considers this, as at first sight, there must be given priority to support the countries that are more affected to the entrance of refugees in their countries.

The EU Pact is the proposed solution for the replacement of the Dublin Regulation and consequently, the reform of the European asylum system, which is a complex process that not only depends on the European institutions but also on Member States themselves. Considering the current challenges that the EU is facing in migration matter, the EU institutions recognize that there is a sense of urgency that is also implicit in the Pact when it highlights that it will address the root causes of migration.¹³⁹

However, in view of the criticisms that have been made to the EU Pact and the Asylum and Migration Management Regulation that must be taken into account, a suggestion to achieving the goal of international protection would be for instance, to focus “(...) in the indispensable task of securing the full implementation of EU standards and rules as they stand, in line with the values and principles enshrined in the Treaty and the Charter”¹⁴⁰.

¹³⁶ Maiani, 2022, p. 60.

¹³⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, 2020.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Maiani, 2022, p. 60.

Under my point of view, the EU Pact is not sufficient to respond to the challenges regarding the refugee crisis that has been ongoing in Europe for several years, as it does not address what should really be a priority to the European Union, concerning the purpose of establishing the diploma in question. The Pact is not the solution or is not effective mitigate the consequences that result of mainly, wars in countries, such as the recent case of the Ukrainian war, that often leads to secondary movements by asylum seekers and refugees.

As each time more new and complex issues seem to be increasing, the EU Pact is not effective enough to respond to the refugee concerns and needs. Thus, the question of solidarity will remain for many more years if the Member States do not cooperate with each other and do not really address the gaps behind the refugee system that did not disappear with the proposed solution by the Commission.

One of the intentions by the Commission in presenting the Pact was to establish clear and simplified asylum procedures as well as “(...) much faster and uniform procedures for the examination, granting of asylum appeal”¹⁴¹, and a fairer distribution of the responsibility among EU Member States. However, the Pact is not explicit in the ways in which these procedures will proceed and be more effective. It also does not address the concrete implementation of the cooperation not only among Member States but also with third countries.

In the following subchapter, considering what has been discussed on the EU Pact and the conclusion on whether it is the solution or a failed attempt at international protection in the European Union, the prospects on migration for the European Union will be addressed, considering the contemporary issues of the refugee regime.

2.4. Future prospects on migration for the EU

As stated in the previous chapter, there are currently several issues that asylum seekers and refugees are facing in Europe, at many levels, namely political, economic, and social, such as irregular migratory movements due to conflicts ongoing in asylum seekers’ countries, restrictive measures taken by European countries that are part of their policies, that aim to prevent the entrance of asylum seekers in the countries in question.

The future of migration in the EU is, given the current context, uncertain, although several academics or actors have been making predictions, based on several factors such as, for instance, demography. The fact that the main issue on migration is the growing number of refugee flows in European countries, due to the lack of a common European asylum system effective enough to diminish these situations, it is a fact that “(...)

¹⁴¹ As said by Fabienne Keller, in “The New Pact on Migration and Asylum: What’s next?”, September 2023, European Policy Centre, <https://www.youtube.com/watch?v=LrgfGLEGZNU>.

migration governance itself functions (often) as a fundamental, yet uncertain driver of large-scale migration movements”¹⁴².

Regarding the future of migration, there are assumptions that the governments must consider, “such as global and local economic development, political or social crises in various countries of origin, slowly but steadily progressing demographic or climatic developments, or sudden-onset developments and stocks that are difficult to forecast”¹⁴³., however it is important to recognize that are certain factors that are difficult to predict, such as the future ongoing conflicts, as well “(...) as conflicts and environmental disasters, may come as sudden ‘shocks’ that are hard to anticipate”¹⁴⁴.

The tendency is that governments of EU Member States tend to restrict migration by establishing policies or measures that are against the idea of asylum seekers to look for asylum, as it is demonstrated by the closure of the countries’ borders, as well as “(...) by changing laws and regulations towards more restrictive arrangements”¹⁴⁵.

The national asylum systems of European States need to be reformed into better systems, so as to effectively respond to unpredictable situations that may appear, “(...) for example, in the case of humanitarian emergencies – pose institutional challenges regarding reception capacities, health systems, housing, education, and training programs amongst others”¹⁴⁶. If States proceed to take smaller steps to concretize the reform that their system needs, at long term, it will be easier to deal with the consequences resulting from any unforeseen events that arise at any time.

With the hope to improve the status of future migration flows, there are several methods developed by many academics “(...) aim to describe potential volumes of people moving, but increasingly also include characteristics of those on the move”¹⁴⁷. These methods are part of what is called “migration forecasting”¹⁴⁸, that constitutes “(...) an important tool to estimate future migration flows”¹⁴⁹.

An aspect to consider concerning migration is the fact that, as thousands of refugees arrive in European countries, from countries where the cultures are distinct from Europe, so as the language, their setting up in EU countries would involve changes or adaptation in respect to European values. On the contrary, host countries will also have to reflect on being more comprehensive in the integration of refugees, although this process is not easy as “Migration poses questions of social and cultural (not only economic) integration, raises tensions about dominant values or prevailing traditions,

¹⁴² Czaika, Bohnet, Zardo & Bijak, 2022, p. 4.

¹⁴³ Czaika, Bohnet, Zardo & Bijak, 2022, p. 13.

¹⁴⁴ de Valk, et al., 2022, p. 464.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹⁴⁶ de Valk, et al., 2022, p. 463.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 464.

¹⁴⁸ A term much used by academics.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

stresses the limits of the institutional make up of receiving countries with the quest of accommodating new populations with different cultures and needs”¹⁵⁰.

In conclusion, the future of migration to the EU is a process that involves cooperation among EU Member States, through for instance the establishment of partnerships between countries of origin and receiving countries. This will also involve the will of governments to invest in their asylum systems, and the change of a paradigm in respect to the perception that unfortunately many States have regarding refugees: seeing them as a burden and not as contributors to societies, in a positive way. Furthermore, the evolution of technology as we know, especially the AI, can be used for, namely, “(...) designing and implementing better integration strategies, countries must also be well-equipped to take advantage of what digital innovation can offer”¹⁵¹.

¹⁵⁰ Pozzo, Boubtane, D’Albis, Tonegutti, & Paravati, 2022, p. 491.

¹⁵¹ Villa, 2020.

Conclusion

The European Refugee law framework has been evolving in the last decades. The EU legislation that was adopted and is still in place nowadays contributed to the protection of the asylum seekers and refugees' rights. The CEAS revealed to be a major contribution to this purpose, and a significant step towards a better future, in which refugees would feel included.

However, with the 2015 refugee crisis, this system became ineffective and incapable of responding to the mass asylum applications, that suddenly led to the failure of the European countries' asylum systems and consequently to secondary migratory movements in Europe.

The EU Pact on Migration and Asylum was proposed with the aim of enhancing solidarity among Member States and European Institutions, such as the European Commission for instance, to answer the question of the absence of a fair and equal distribution of responsibilities, among EU States, that existed until then. One of the major innovations of the Pact was the proposal of a new solidarity mechanism.

Nevertheless, it has been criticized, for the fact that the present diploma does not really address the issue of solidarity and fair sharing of responsibilities among Member States, not clarifying it, nor establishing a concrete solution and the means that would lead to it, especially regarding the implementation of the solidarity mechanism, for instance, proposed.

It is important to recognize the impact that the EU Pact has in Europe, as it is a joint effort, criticized or not, by the European Institutions, namely the Commission and the European Parliament in addressing in this diploma their main priorities regarding refugees, namely, fighting against migrant smuggling.

The Pact also reiterates the need for stronger and closer cooperation among EU Member States, as it mostly depends on their will and reaches a consensus on the matter of migration. It is inevitable that the issues that migrants face nowadays will remain in the future if there is not any unanimity in the positions of EU Member States on important questions regarding asylum.

In conclusion, there is much to be done after the adoption of the Pact and its Regulations, especially what concerns to its implementation, as there are many aspects to be taken into consideration, such as for instance the referred measures for the management of migration in Europe, as proposed by several academics, so as the criticisms made to the Pact must be considered as several of them demonstrate that the future on migration for the EU must be a priority for the EU Member States to consider on its policies having into account the fact that the matter of migration and asylum is an

issue that involves a deep understanding on its roots by all European States and engaging conversations on the issues that may be discussed.

Bibliography

- ABDOU, L. H. (2021, February). From the migration crisis to the New Pact on Migration and Asylum – The status quo problem. *BRIDGE Network, Working Paper*, pp. 1-13. Retrieved from <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/73657/SSRN-id3786906.pdf>.
- ANDRADE, P. G. (2022). EU cooperation with third countries within the New Pact on Migration and Asylum: New instruments for a “change of paradigm”? In D. Thym, & D. Thym (eds.). *Reforming the Common European Asylum System: Opportunities, pitfalls, and downsides of the Commission proposals for a new pact on migration and asylum*, vol. 38, pp. 223-238.
- BRUYCKER, P. D. (2022). The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been. In O. A. Network, & D. Thym (eds.). *Reforming the Common European Asylum System: Opportunities, pitfalls, and downsides of the Commission proposals for a new pact on migration and asylum*, vol. 38, pp. 33-42. Nomos Verlagsgesellschaft MbH & Co.
- Charter of Fundamental Rights of the European Union*. (2000). Retrieved from European Parliament: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum*. (2020, September 23). Retrieved from EUR-Lex: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:85ff8b4f-ff13-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_3&format=PDF.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council and the European Investment Bank on establishing a new Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration*. (2016, June 7). Retrieved from EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0385>.
- Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*. (2009). Retrieved from EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>.
- Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status*. (n.d.). Retrieved from EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=celex:32005L0085>.
- Country responsible for asylum application (Dublin Regulation)*. (n.d.). Retrieved from European Commission – Migration and Home Affairs: <https://home->

affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/common-european-asylum-system/country-responsible-asylum-application-dublin-regulation_en.

CZAIKA, M., BOHNET, H., ZARDO, F., & BIJAK, J. (2022). European migration governance in the context of uncertainty. *QuantMig*, pp. 1-29. Retrieved from QuantMig Deliverable 1.5.: <https://www.quantmig.eu/res/files/QuantMig%20D1.5%20Uncertain%20Migration%20Governance%20V1.2%2022February2023.pdf>.

De VALK, H. A., ACOSTAMADIEDO, E., QING, G., MELDE, S., MOOYAART, J., SOHST, R. R., & TJADEN, J. (2022). How to predict future migration: Different methods explained and compared. In P. Scholten. *Introduction to migration studies: An interactive guide to the literatures on migration and diversity*, pp. 463-482. Springer.

Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011. (n.d.). Retrieved from EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:en:PDF>.

Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast). (n.d.). Retrieved from EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32013L0032>.

DOLIWA-KLEPACKA, A. (2021). The New Pact on Migration and Asylum as a response to the current migration challenges – Selected issues. *Bialostockie Studia Prawnicze*, vol. 26, no. 1, pp. 9-21. Retrieved from <https://sciendo.com/article/10.15290/bsp>.

EU Human Rights: Multiple sources. (2015). In C. Costello. *The human rights of migrants and refugees in European Law*. Oxford University Press.

EU: Migration Pact agreement will lead to a “surge in suffering”. (2023, December 20). Retrieved from Amnesty International: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2023/12/eu-migration-pact-agreement-will-lead-to-a-surge-in-suffering/>.

European Agenda on Migration. (n.d.). Retrieved January 15, 2024, from European Commission, Migration and Home Affairs: https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/european-agenda-migration_en.

European Commission, Migration and Home Affairs. (n.d.). *What is the New Pact on Migration and Asylum of the EU?* Retrieved February 5, 2024, from European Commission, Migration and Home Affairs: <https://home->

affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/new-pact-migration-and-asylum_en.

European Convention on Human Rights. (1950). Retrieved from ECHR – European Court of Human Rights: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG.

European Policy Centre (2023). *The New Pact on Migration and Asylum: What's next?* Policy Dialog, September 26, 2023. Retrieved from YouTube.

FRELICK, B., KYSEL, I. M., & PODKUL, J. (2016, December). *The impact of externalization of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants*. Retrieved from Human Rights Watch: <https://www.hrw.org/news/2016/12/06/impact-externalization-migration-controls-rights-asylum-seekers-and-other-migrants>.

GARLICK, M. (2016). The Dublin System, solidarity and individual rights. In V. Chetail, P. De Bruycker, & F. Maiani (eds.). *Reforming the Common European Asylum System: The new European refugee law*, pp. 159-164.

GAZI, T. (2021, May). The New Pact on Migration and Asylum: Supporting or constraining rights of vulnerable groups? *European Papers*, vol. 6, pp. 167-175. Retrieved from https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2021_I_017_Theodora_Gazi_00460.pdf.

HEIN, C. (2022). Monitoring the New Pact on Migration and Asylum. *Optime Albanian University*, vol. 26, no. 1, pp. 41-57. Retrieved from <https://albanica.al/optime/article/view/371>.

Historically bad: New EU pact on migration and asylum normalises rights violations and endangers children. (2023, December 20). Retrieved from Reliefweb: <https://reliefweb.int/report/world/historically-bad-new-eu-pact-migration-and-asylum-normalises-rights-violations-and-endangers-children>.

KUZELEWSKA, E. & PIEKUTOWSKA, A. (2021). The EU Member States' diverging experiences and policies on refugees and the New Pact on Migration and Asylum. *Białostockie Studia Prawnicze*, vol. 26, no. 1, pp. 23-36. Retrieved from https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/10676/1/BSP_26_1_E_Kuzelewska_A_Piekutowska_The_EU_Member_States'_Diverging_Experiences_and_Policies.pdf.

LANG, I. G. (2022). Financial aspects of the EU's New Pact on Migration and Asylum: Towards stronger EU-funded policy implementation? In O. A. Network & D. Thym (Eds.). *Reforming the Common European Asylum System: Opportunities, pitfalls,*

- and downsides of the Commission proposals for a New Pact on Migration and Asylum* (vol. 38, pp. 239-255). Nomos Verlagsgesellschaft MbH & Co.
- LONG, K. (2021). Onward migration. In C. Costello, M. Foster, & J. McAdam. *The Oxford handbook of international refugee law*.
- MAIANI, F. (2016). The Dublin III Regulation: A new legal framework for a more humane system? In V. Chetail, P. De Bruycker, & F. Maiani (eds.). *Reforming the Common European Asylum System: A new European refugee law* (pp. 101-142).
- MAIANI, F. (2022). Into the Loop: The doomed Reform of Dublin and solidarity in the New Pact. In O. A. Network, *Reforming the Common European Asylum System: Opportunities, pitfalls, and downsides of the Commission Proposals on the New Pact on Migration and Asylum* (vol. 38, pp. 43-60).
- MIKOLAJCZYK, B. (2020). The migrant crisis and refugees – A crisis of EU solidarity. *Polish Review of International and European Law*, pp. 169-197. Retrieved from <https://czasopisma.uksw.edu.pl/index.php/priel/article/view/7178>.
- MORARU, M. (2022). The future architecture of the EU's return system following the Pact on Asylum and Migration: Added value and shortcomings. In D. Thym, *Reforming the Common European Asylum System: Opportunities, pitfalls, and downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum* (vol. 38, pp. 187-208).
- NISSANDER, S. (2021). Pushing the border outwards: A critical discourse analysis of the European Commission's securitisation of migration and the right to asylum. Master's Thesis in Human Rights. *Publications from Uppsala University*, 1-74. Uppsala Universitet.
- NUNZIO, P. D. (2023, March). The crisis of the Common European European Asylum System: Rethinking solidarity in light of Human Rights. *UNIO – EU Law Journal*, pp. 40-50.
- Opinion of the European Economic and Social Committee on the “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A European Agenda on Migration”*. (2015). Retrieved from EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015AE4319>.
- POLLET, K. (2016). A Common European Asylum System under construction: Remaining gaps, challenges and next steps. In *Reforming the Common European Asylum System: The new European refugee law* (pp. 74-97).
- POZZO, R., BOUBTANE, E., D'ALBIS, H., TONEGUTTI, R. G., & PARAVATI, C. (2022). A future agenda for migration studies. In P. Scholten, *Introduction to migration*

studies: An interactive guide to the literatures on migration and diversity (pp. 483-500). Springer.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Asylum and Migration Management and Amending Council Directive (EC) 2003/109 and the Proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], COM (2020) 0279. (2020, September 23). Retrieved from EUR-Lex: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2a12bbba-ff62-11ea-b31a-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF.

Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013. (n.d.). Retrieved from EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604>.

TERRY, K. (2021, April 8). The EU-Turkey Deal, five years on: A frayed and controversial but enduring blueprint. *The Online Journal of the Migration Policy Institute*. Retrieved from <https://www.migrationpolicy.org/article/eu-turkey-deal-five-years-on>.

The European Union and Tunisia come to an agreement on a EUR 150 million programme (2023, December 20). Retrieved from European Commission: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6784.

Tracking the Pact: Unaccountable new decision-making bodies and “adaptable responsibility” (2023, January). Retrieved from Statewatch: <https://www.statewatch.org/media/3693/eu-council-ammr-revised-presidency-draft-5165-23.pdf>.

VARA, J. S. (2022). Flexible solidarity in the New Pact on Migration and Asylum: A new form of differentiated integration? *European Papers*, vol. 7, no. 3, pp. 1243-1263. Retrieved from https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_eJ_2022_3_SS1_7_Juan_Santos_Vara_00613.pdf.

VILLA, M. (2020). *The future of migration to Europe*. ISPI – Italian Institute for International Political Studies. Retrieved from https://www.ispionline.it/sites/default/files/pubblicazioni/ispi_futureofmigration_web.pdf.

ZACHOVÁ, A. (2023, July 6). *Visegrad divided on migration policy despite past alliances*. Retrieved from EURACTIV: <https://www.euractiv.com/section/politics/news/visegrad-divided-on-migration-policy-despite-past-alliances/>.

Case law

M.S.S. v. Belgium and Greece, Judgment, 30696/09 (European Court of Human Rights, The Grand Chamber January 21, 2011).

C.K. and others v. Republika Slovenija, Judgment, C-578/16 (CJEU, Fifth Chamber February 16, 2017).

O silêncio da testemunha-vítima de violência doméstica

Análise ao artigo 134.º do CPP

Matilde Maio Veloso e Vasques

Sob orientação da Professora
Doutora Maria Elisabete Ferreira

“A violência doméstica é difícil de provar. Reside aqui um dos maiores paradoxos de um drama que se repercute em todas as dimensões da sociedade. De tão ostensiva, a violência escapa-se, esconde-se, nega-se, assume múltiplos disfarces.”

In *Em nome da filha – Retratos de violência na intimidade*

Catarina Almeida

Agradecimentos

À minha mãe, cuja crença em mim foi um farol nos momentos de insegurança.

À minha irmã, por segurar com firmeza a minha mão em todos os momentos.

À minha avó, minha segunda mãe.

Aos meus amigos, que comigo compartilharam risos e lágrimas.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira, pela orientação, sabedoria e apoio incansável.

À Universidade Católica Portuguesa, pela formação de excelência que me proporcionou.

Resumo

A presente dissertação visa analisar os desafios probatórios que se verificam quando em causa estão crimes de violência doméstica (previstos e punidos pelo artigo 152.º do Código Penal), mais concretamente quando os obstáculos probatórios advêm do silêncio das testemunhas-vítimas de violência doméstica que, simultaneamente, possuem com o arguido uma das relações elencadas no artigo 134.º do Código de Processo Penal.

O nosso estudo centrar-se-á na interpretação da susodita norma, refletindo sobre os seus alicerces, bem como levando a cabo uma análise crítica acerca da sua atual redação legal.

Abordaremos também o Projeto de Lei n.º 1148/XII/4.^a, que apresentava como desiderato vedar o recurso ao artigo 134.º do Código de Processo Penal por parte das testemunhas-vítimas de violência doméstica.

Dedicaremos algumas linhas à apreciação da legislação vigente noutros ordenamentos jurídicos, no que concerne ao silêncio das testemunhas-vítimas de violência doméstica.

Por fim, terminaremos discorrendo acerca de quais, em nosso entender, serão as soluções mais viáveis para superar os entraves probatórios emergentes do normativo *sub judice*.

Palavras-chave: prova; silêncio; testemunha-vítima; violência doméstica.

Abstract

This dissertation aims to analyse the evidentiary challenges that arise in the case of crimes of domestic violence (provided and punishable by article 152 of the Portuguese Criminal Code), more specifically when the evidentiary obstacles arise from the silence of the witnesses-victims of domestic violence who simultaneously have one of the relationships listed in article 134 of the Portuguese Code of Criminal Procedure with the defendant.

Our study will focus on the aforementioned rule, article 134 of the Code of Criminal Procedure, reflecting upon its foundations and carrying out a critical analysis of its current legal wording.

We will explore Bill no. 1148/XII/4.^a, whose aim was to prohibit domestic violence victim-witnesses from using article 134 of the Code of Criminal Procedure.

Furthermore, we will dedicate a few lines to analysing the legislation in force in other legal systems in relation to the silence of victim-witnesses of domestic violence.

Ultimately, we will conclude by discussing what we believe to be the most viable solutions for overcoming the evidential obstacles arising from the use of article 134 of the Code of Criminal Procedure by victim-witnesses of domestic violence.

Keywords: domestic violence; evidence; silence; victim-witness.

Advertências

Todas as citações, bem como as ideias provenientes de fontes redigidas em língua estrangeira foram livremente traduzidas. No entanto, optámos por fazer constar, nas notas de rodapé, as versões originais quando não se vislumbrou idêntica tradução em língua portuguesa.

As referências bibliográficas constantes das notas de rodapé seguem a seguinte forma: “sobrenome do autor, ano, página(s)”, encontrando-se as referências completas listadas na secção denominada “Referências bibliográficas”.

Os acórdãos mencionados ao longo da presente dissertação seguem o formato “tribunal, número do processo”, podendo ser consultadas as demais informações, bem como os *links* de acesso às respetivas decisões, no final da presente dissertação, na lista de jurisprudência.

Por último, os *links* de acesso aos dados estatísticos indicados ao longo da presente dissertação podem ser encontrados na secção intitulada “Dados estatísticos”.

Lista de siglas e abreviaturas

§	Parágrafo(s)
Ac(s).	Acórdão(s)
Al(s).	Alínea(s)
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
APMJ	Associação Portuguesa de Mulheres Juristas
AR	Assembleia da República
Art(s).	Artigo(s)
BE	Bloco de Esquerda
Cfr.	Confrontar
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSMP	Conselho Superior do Ministério Público
DL	Decreto-Lei
MP	Ministério Público
N.º	Número
Org.	Organizador
<i>P. e p.</i>	Previsto e punido
PGR	Procuradoria-Geral da República
Proc.	Processo
<i>S.d.</i>	<i>Sine data</i>
Ss.	Seguintes
TC	Tribunal Constitucional
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Índice

I. Introdução	9
II. O problema da prova no âmbito do crime de violência doméstica	11
A. A prova pericial no crime de violência doméstica	13
III. O artigo 134.º do CPP	15
A. A ratio do artigo 134.º do CPP	15
B. Posição adotada	17
IV. Críticas ao artigo 134.º do CPP	20
V. O Projeto de Lei n.º 1148/XII/4. ^a e respetivos pareceres	21
(i) Parecer da APAV	21
(ii) Parecer da PGR em articulação com o CSMP	21
(iii) Parecer da APMJ	23
VI. Possíveis soluções legais	24
VII. Soluções comparadas	26
(i) Itália	26
(ii) Cabo Verde	26
VIII. O elenco subjetivo do artigo 134.º do CPP	27
A. Convivência em condições análogas às dos cônjuges	27
(i) União de facto	28
(ii) União sem comunhão de habitação	28
(iii) Concubinato duradouro	29
(iv) Namorados	30
IX. Posição adotada	32
X. Conclusão	38
Referências bibliográficas	41
Dados estatísticos	43
Jurisprudência	43

I. Introdução

A família é, não raras vezes, percebida como um local sagrado, envolto numa auréola intransponível por aqueles que fora dela habitam. Tendemos a romantizar o seio familiar, enxergando-o como um local seguro, confortável e no qual impera o amor. Esperançosos de que esta seja a realidade vivida pela grande maioria das famílias, contudo, não ignorando que não será, infelizmente, a verdade de todos. A violência no seio familiar transcende as fronteiras nacionais, estendendo-se pelo mundo como uma erva daninha que teima em não se deixar matar.

Face ao exposto, damos nota de que do total de vítimas mulheres de homicídio, no mundo, no ano de 2022, cerca de 55% foram mortas às mãos dos seus parceiros íntimos ou membros da sua família¹.

Em Portugal, de acordo com o Relatório Anual de Segurança Interna², no ano de 2022, a segunda categoria de crimes com maior frequência relativa foi a dos crimes contra as pessoas, destacando-se os crimes de violência doméstica contra cônjuge ou análogo. No mesmo ano, registaram-se 30.488 participações de crimes de violência doméstica, o que representou um aumento de 3.968 casos (+15%)³. Do mencionado relatório retira-se também que durante o ano de 2022, 72,4% das vítimas de violência doméstica eram mulheres e 27,6% homens, sendo 80,2% dos denunciados homens e 19,8% mulheres⁴.

Tendo por base a realidade *supra* apresentada, somos assoberbados por algumas interrogações: e quando o lugar mais perigoso se torna o nosso próprio lar? Também nestas situações será a palavra de prata e o silêncio de ouro?

Partindo das questões formuladas, centraremos o nosso estudo nos obstáculos probatórios que surgem quando em causa estão crimes de violência doméstica, nomeadamente nas hipóteses em que as testemunhas-vítimas de violência doméstica se remetem ao silêncio. Destarte, analisaremos o art. 134.º do CPP, que consagra a possibilidade de os familiares, afins, cônjuges ou ex-cônjuges do arguido ou, ainda, quem com este conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges recusarem, nas situações consagradas na norma, prestar depoimento. Daremos maior destaque às hipóteses em que a testemunha é, simultaneamente, vítima de violência doméstica e lança mão da referida norma a fim de recusar prestar declarações sobre os factos criminosos.

Meditaremos sobre a *ratio* do aludido art. 134.º, bem como acerca do Projeto de Lei n.º 1148/XII/4.^a que suscitou, no ordenamento jurídico pátrio, a discussão jurídica relativa à legitimidade de se incluírem as testemunhas-vítimas de violência doméstica no raio de

¹ Gender-related killings of women and girls (femicide/feminicide) – Global estimates of female intimate partner/family-related homicides. UNODC and UN Women (2022), p. 8.

² *Cfr.* pp. 32 e 49-50.

³ O mencionado aumento tem por referência o ano de 2021.

⁴ A presente dissertação terá como desiderato o estudo do silêncio das testemunhas-vítimas de violência doméstica, independentemente de serem mulheres ou homens.

incidência normativa deste preceito. Analisaremos, ainda, os respectivos pareceres apresentados por várias entidades acerca do mencionado Projeto de Lei.

Levaremos a cabo uma breve análise sobre a legislação existente noutros ordenamentos jurídicos relativamente a este tema. Uma vez dadas a conhecer diversas, mas não únicas, soluções legais para ultrapassar o obstáculo probatório que emerge do art. 134.º, quando em causa estão crimes de violência doméstica, terminaremos apresentando a posição por nós adotada nesta contenda. Ressaltamos que, ao longo da presente dissertação, não se pretende defender verdades absolutas, nem tampouco possuímos certezas inabaláveis.

II. O problema da prova no âmbito do crime de violência doméstica

O crime violência doméstica, *p. e p.* pelo art. 152.º do CP, consiste num crime público, o que significa que compete ao MP a promoção do processo penal, quando adquire notícia do crime. Ressaltamos que uma vez iniciado o procedimento criminal, o ofendido não poderá colocar fim ao mesmo recorrendo à desistência de queixa, podendo, no entanto, constituir-se assistente (art. 68.º, n.º 1, al. a) do CPP). Contudo, apesar de não possuir legitimidade para desistir da queixa-crime, poderá requerer a suspensão provisória do processo (art. 281.º, n.º 8 do CPP).

Aqui chegados, cumpre constatar que pese embora o ofendido assuma um papel passivo no âmbito do processo, uma vez que o curso deste não depende da sua vontade, sempre assumirá especial relevância no que à produção de prova diz respeito, tarefa que se afigura hercúlea.

Assim, importa trazer à colação o Relatório Anual de Monitorização do ano de 2021, acerca do crime de violência doméstica. Ora, no aludido relatório consta que, no referido ano, mais de metade dos inquéritos foram arquivados por ausência de prova. Neste sentido, no relatório em análise, pode ler-se o seguinte:

Em 2021, 81,8% do total de inquéritos foram arquivados por falta de prova (art. 277.º, n.º 2 do Código do Processo Penal – CPP), 10,4% foi arquivado uma vez que foi recolhida prova bastante de se não ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento (art. 277.º, n.º 1 do CPP) e 7,8% de todos os inquéritos considerados foram arquivados na sequência do arguido ter cumprido as injunções e regras de conduta determinadas, chegando ao fim o prazo da suspensão provisória do processo (art. 282.º, n.º 3 do CPP) [...]⁵.

No mesmo sentido encontramos um estudo⁶, realizado em 2019, que levou a cabo uma cuidadosa investigação acerca de 130 processos judiciais relativos a crimes de violência doméstica. Ora, na maioria dos casos que chegaram à fase de julgamento, registando uma percentagem de 53,1%⁷, ocorreu a absolvição do arguido. Acresce que “[...] em cerca de 41% dos processos, os julgadores consideraram ‘ausência de prova’”⁸. Assim, conclui-se que “[a]s absolvições baseadas em ‘ausência de prova’ precisam, urgentemente, de serem mitigadas sob pena de mais mortes ocorrerem às mãos deste fenómeno”⁹.

⁵ Violência Doméstica – Relatório Anual de Monitorização (2021). p. 39. | “As amostras agora consideradas decorrem das comunicações rececionadas pela Secretaria-geral do Ministério da Administração Interna (SGMAI), ao abrigo do art. 37.º da Lei 112/2009, de 16 de setembro [...]” *Ibidem*, p. 2.

⁶ Brito, 2019.

⁷ Brito, 2019, p. 63. Cfr. Tabela 33.

⁸ *Ibidem*, p. 65. Cfr. Tabela 39.

⁹ *Ibidem*, p. 9.

A dificuldade na produção de prova no caso de crimes de violência doméstica reside, na maior parte das vezes, no facto de se tratar de um delito que é, regra geral, perpetrado no seio da intimidade privada, ou seja, longe do olhar de terceiros¹⁰. Deste modo, na maioria dos casos, não existirão testemunhas oculares, tal significando que apenas as vítimas poderão narrar o que efetivamente ocorreu.

Conforme se expôs, não serão raras as vezes em que a única pessoa que assistiu ao crime de violência doméstica terá sido a própria vítima¹¹. Neste sentido, Borja Muñoz qualifica a vítima de violência de género¹² como uma “testemunha privilegiada”¹³.

Ora, relativamente à relevância do depoimento da vítima para a condenação do arguido, o estudo supramencionado refere o seguinte: “[o]s resultados permitiram concluir que existe uma proporção significativamente mais elevada de condenados quando as vítimas prestaram depoimento”.^{14 15}

Importa mencionar que se verifica uma tendência no sentido da desistência por parte das vítimas de violência em colaborar com a justiça ao longo do desenrolar do processo-crime. De modo a corroborar o que se afirmou, atentemos aos seguintes dados:

Na fase de inquérito, em 86,9% dos casos, a vítima prestou depoimento e 7,7% remeteram-se ao silêncio.¹⁶ Na fase de julgamento, [...] o depoimento da vítima decai para 51,5% (do inquérito para o julgamento, regista-se uma diferença de 35,4%) e o uso de silêncio aumenta para 38,5% (diferença de 30,8%)¹⁷.

Face ao que se referiu, arriscamos avançar com uma das possíveis justificações para o facto de, à medida que o processo avança, a colaboração da vítima decair. Julgamos que o relatado fenómeno poderá dever-se ao facto de a violência doméstica assumir natureza cíclica, verificando-se as fases do denominado “ciclo da violência doméstica”¹⁸. O aludido ciclo desenvolve-se em três fases, iniciando-se com o aumento da tensão, passando para o ataque

¹⁰ Os dados estatísticos fornecidos pela APAV, face ao ano de 2021, acerca do crime de violência doméstica, dão nota de que o local mais referenciado para a prática do mencionado crime foi a residência comum da vítima e do autor do crime (63,1%). In Estatísticas APAV – Violência Doméstica. APAV (2021), p. 5.

¹¹ Veja-se a definição de vítima no art. 2.º da Lei n.º 112/2009.

¹² Apesar de frequentemente se utilizarem os termos “violência doméstica” e “violência de género” como sinónimos, importa sublinhar que, na realidade, não o são. Sobre esta questão: (Leite, 2015, pp. 4-6). | No entanto, ressalta-se que Borja Muñoz analisa o ordenamento jurídico espanhol, no qual “[...] o conceito de violência doméstica [...] está necessária e estruturalmente inserido no conceito de vítima de *violência de género*, isto é, dentro do conceito de violência que se produz na sociedade contra as mulheres no geral, pelo simples facto de serem mulheres [...]”. Itálico do autor. In Relatório Penélope sobre Violência Doméstica no Sul da Europa. APAV, p. 33.

¹³ “A vítima de violência de género é uma testemunha privilegiada relativamente aos acontecimentos denunciados, dado que num bom número de casos, estes são realizados fora do alcance de terceiros, sendo em muitos casos o local dos acontecimentos o domicílio comum ou da própria vítima”. (Muñoz, 2011, p. 29).

¹⁴ Brito, 2019, p. 68. | Violência Doméstica – Estudo Avaliativo das Decisões Judiciais (2016). Ora, o referido estudo concluiu que, por um lado, em 76,2% das situações em que a vítima se recusou a depor houve uma decisão absolutória e, por outro, em 94,2% dos julgamentos em que a vítima corroborou integralmente as declarações ocorreu a condenação do arguido. p. 211. Cfr. Gráfico 24.

¹⁵ O ac. do TRE de 10/05/2016, proc. 73/11.OJAPTM.E2, tornou evidente a relevância do depoimento da vítima de violência doméstica. | Ac. do TRE de 09/03/2004, proc. 1503/03-1.

¹⁶ Brito, 2019, p. 56. Cfr. Tabela 13.

¹⁷ *Ibidem*. Cfr. Tabela 14.

¹⁸ O modelo apresentado não é único, existindo outras abordagens desenvolvidas que exploram as idiossincrasias deste fenómeno, *exempli gratia*: Farias, 2014, pp. 29-30.

violento e acabando por desaguar na fase da lua-de-mel¹⁹. O padrão descrito oscila entre abusos e períodos de carinho.

Face ao exposto, entendemos que o julgamento do arguido poderá coincidir, não raras vezes, com a fase da lua-de-mel. Assim, o agressor astuto poderá ter aprisionado, novamente, a vítima na sua teia de manipulações e enganar, não conseguindo esta última libertar-se dela. Tal situação fará com que a vítima já não pretenda a condenação do agressor, uma vez que crê, efetivamente, na mudança deste²⁰.

A. A prova pericial no crime de violência doméstica

Socorrendo-nos, uma vez mais, do estudo Violência Doméstica – O Contributo das Ciências Forenses²¹, podemos afirmar que o relatório de exame médico-legal e forense da vítima, enquanto prova pericial, constitui um meio de prova extremamente relevante no âmbito dos crimes de violência doméstica. O estudo em análise dá nota de que nos 130 processos de violência doméstica analisados, o relatório de exame médico-legal e forense da vítima foi a prova pericial mais utilizada, tanto no âmbito do inquérito, como na fase de julgamento²². Outro ponto a destacar prende-se com o seguinte: [q]uando é apresentada prova pericial no julgamento (particularmente, relatório de exame médico-legal e forense da vítima) a pena concreta é significativamente mais elevada do que quando não é apresentada [...].”²³

Contudo, importa frisar que, embora o relatório médico-legal e forense da vítima conclua que esta última sofreu, efetivamente, ofensas na sua integridade física, tal prova, *per se*, poderá não ser suficiente. Será necessária a demonstração da existência de um nexo de causalidade entre os danos constantes do mencionado relatório e as agressões infligidas pelo arguido. Por outras palavras, terá de se demonstrar ao julgador que os danos observados na vítima foram provocados pelos comportamentos do arguido²⁴. Assim sendo, o depoimento desta assumirá carácter indispensável no sentido do estabelecimento do nexo de causalidade entre os danos constantes da prova pericial e o comportamento criminoso do arguido.

No entanto, não existindo o depoimento da vítima ou de terceiro que tenha tido contacto direto com os factos e que demonstre que as agressões perpetradas pelo arguido são a causa dos danos observados na vítima, e não havendo outro meio de prova suscetível de demonstrar

¹⁹ Disponível em: <https://apav.pt/lgbt/menudom.htm>.

²⁰ Em Robinson & Cook, 2006, p. 203 encontramos um estudo acerca das motivações que levam as vítimas a desistir de colaborar no âmbito do processo-crime: 1. Reconciliação (27%); 2. Preocupação com o facto de o processo se revelar excessivamente punitivo, sem prestar atenção à reabilitação do agressor (14%); 3. Preocupações relacionadas com os filhos (8%); 4. Vítima sente culpa pelo ocorrido (7%); 5. Vontade de esquecer o assunto e seguir em frente (6%); Resolução da questão noutra local, por exemplo, através de uma injunção civil (4%); 6. Pressão cultural ou medo de repercussões por parte da família (3%).

²¹ Brito, 2019.

²² Brito, 2019, pp. 60-61. Cfr. Tabelas 23 e 24.

²³ *Ibidem*. p. 61. Cfr. Tabela 26. | “[q]uando é apresentada prova pericial em inquérito (designadamente, relatório de exame médico-legal e forense da vítima) a pena concreta é mais elevada, em meses ou em indemnização em euros) embora as diferenças não sejam estatisticamente significativas [...]” *Ibidem*. Cfr. Tabela 25.

²⁴ No mesmo sentido: Brito, 2019, p. 73 e Veríssimo, 2013, pp. 76-77.

o referido nexo de causalidade, provavelmente não se conseguirá afastar a dúvida razoável. Desta feita, o julgador fará uso do princípio *in dubio pro reo*, absolvendo o arguido por ausência de prova suficiente.

A este respeito, atentemos aos ensinamentos de Pinto de Albuquerque:

O direito de recusa de depor também não pode ser subvertido pela sujeição a exame ou perícia da testemunha que recusa depor, nem pelo aproveitamento na audiência de julgamento do exame ou da perícia realizado a uma testemunha que recusa depor na data da audiência, mesmo que ela tenha na data do exame ou da perícia consentido na sua realização²⁵.

Neste conspecto, seguindo a esteira do pensamento susodito, caso a testemunha-vítima de violência doméstica lance mão da prerrogativa que lhe é concedida pelo art. 134.º, então, mesmo que em momento anterior se tenha sujeitado a um exame ou perícia, dando o seu consentimento, as referidas provas não poderão valer em audiência de julgamento.

Todavia, com *data venia*, não podemos sufragar a posição supratranscrita. Não consideramos que o âmbito de aplicação do art. 134.º possua um alcance tão vasto, desde logo, porque não se vislumbra na letra da lei qualquer intenção reveladora do espírito do legislador²⁶ no sentido de proibir a produção de prova por exame ou perícia quando a vítima se remeteu ao silêncio. Aliás, essa nem configura a *ratio* da norma, como melhor se verá adiante. Ora, o aludido preceito visa, em primeira linha, proteger a testemunha-vítima do conflito moral com o qual se possa ver confrontada por ter de depor contra um ente querido. Para além do referido, o art. 134.º pretende, ainda, preservar os laços de solidariedade e confiança existentes entre a vítima e o arguido. Neste sentido, consideramos que, mesmo que a vítima não fale, o seu corpo poderá falar por si.

²⁵ Albuquerque, P. P., 2009, p. 359.

²⁶ Veríssimo, 2013, p. 46.

III. O artigo 134.º do CPP

Uma vez concretizado um breve e superficial enquadramento sobre a matéria probatória no âmbito de processos judiciais relativos a crimes de violência doméstica, foquemo-nos, agora, no art. 134.º, mais concretamente, na possibilidade de os familiares e afins do arguido, bem como quem com ele convive ou conviveu em relação análoga à dos cônjuges recusarem depor.

A primeira versão do art. 134.º, surgiu em 1987, através do DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro, que aprovou o nosso CPP. Na sua redação original, o art. 134.º, sob epígrafe “recusa de parentes e afins”, dispunha no seguinte sentido:

1. Podem recusar-se a depor como testemunhas:
 - a) Os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2.º grau, os adoptantes, os adoptados e o cônjuge do arguido.
 - b) Quem tiver sido cônjuge do arguido, ou quem com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação.
2. A entidade competente para receber o depoimento adverte, sob pena de nulidade, as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de recusarem o depoimento.

Acerca do preceito supracitado, apraz referir o seguinte:

O artigo 134.º do Código de Processo Penal de 1987 surgiu na sequência da supressão da distinção entre figuras de testemunha e de declarante, que existia no direito anterior (cfr. artigo 214.º e segs. do Código de Processo Penal de 1929), e do alargamento do princípio geral de que todas as pessoas poderão depor como testemunha, com exclusão dos interditos por anomalia psíquica, nos termos do artigo 131.º, e daqueles que estão legalmente impedidos de prestar testemunho, em função do seu posicionamento processual [...]²⁷.

No ano de 2007, a norma em estudo sofreu uma alteração legislativa, através da aprovação da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, passando a abranger, no n.º 1 al. b), os indivíduos de outro ou do mesmo sexo. Mais recentemente, a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, introduziu uma nova al. c) ao art. 134.º, consagrando que pode recusar depor como testemunha o membro do órgão de pessoa coletiva ou entidade equiparada que não é representante da mesma no processo em que ela seja arguida.

²⁷ Gaspar, 2014, p. 530. | Marques da Silva, 2002, p. 144.

A. A *ratio* do artigo 134.º do CPP

Ora, o art. 134.^{o28} consagra, assim, o denominado privilégio familiar²⁹. Deste modo, as pessoas referidas no n.º 1 da aludida norma possuem a faculdade de, caso pretendam, recusarem depor na qualidade de testemunha. Neste contexto, cumpre analisar, mais detalhadamente, os fundamentos que deram origem à consagração do art. 134.º.

São apontados, desde logo, como fundamentos para a consagração da possibilidade de recusar prestar o depoimento, a necessidade de evitar que os indivíduos listados no art. 134.º se vejam confrontados com um dilema moral de complexa resolução, assim como a salvaguarda das relações de confiança e solidariedade subjacentes às relações familiares.

Com efeito, o TC fundamentou a existência do normativo *sub judicio* do seguinte modo:

Aceite a ideia de que a razão de ser da norma é, não só a de obstar ao conflito de consciência que resultaria para a testemunha de ter de responder com verdade sobre os factos imputados a um seu familiar ou afim, mas também e sobretudo proteger as relações de confiança e solidariedade, essenciais à instituição familiar – verdadeiramente, é esta a sua raiz última [...] A possibilidade de um familiar próximo vir a ser constrangido a testemunhar contra outro perturba a confiança, fundada no afecto ou nas projecções sociais sobre o afecto devido, que é o cimento da coesão desse elemento básico da sociedade³⁰.

Do exposto, extraímos que no entender do TC³¹ o art. 134.º visa, em primeira linha, evitar que os indivíduos que com arguido possuem uma das relações constantes do elenco da norma se vejam confrontados perante um conflito de consciência de difícil resolução. Assim, de modo a não incriminarem o arguido, será possível que se sintam pressionados a infringirem a obrigação de falar com verdade que sobre eles impende (art. 132.º, n.º 1, als. b) e d) do CPP), em virtude do juramento prestado (art. 91.º, n.º 1 do CPP). Tal comportamento poderá conduzir à instauração de um processo-crime por falsidade de testemunho³² contra as pessoas listadas no art. 134.º, nos termos do art. 360.º do CP. Em contrapartida, de forma a evitar futura responsabilidade criminal, a testemunha poderá optar por falar a verdade, podendo contribuir para a condenação do arguido.

Na conceção do TC, em última linha, repousa na *ratio* do art. 134.º a necessidade de proteção da confiança e da solidariedade existente no âmbito das relações familiares. Nesta senda, este Tribunal sustenta a sua argumentação no cumprimento de preceitos constitucionais, a saber: o art. 67.º, n.º 1, bem como o art. 26.º, n.º 1, ambos da CRP.

²⁸ Quando nos referimos ao art. 134.º pretendemos cingir a nossa análise às als. a) e b) do seu n.º 1.

²⁹ Acerca da expressão “privilégio familiar”, Bucho, 2015, p. 4.

³⁰ Ac. do TC n.º 154/2009, proc. 1063/07.

³¹ No mesmo sentido, Andrade, 2009, p. 110.

³² “Sem prejuízo da responsabilidade penal, a prestação de falsas declarações no âmbito do estatuto de vítima determina a cessação das prestações económicas e sociais previstas na lei” (art. 52.º da Lei n.º 112/2009).

Para além dos fundamentos *supra* explanados, encontramos quem considere que em causa está a proteção do arguido. Neste sentido, deparamo-nos com a seguinte decisão do TRP:

O artigo 134 do Código de Processo Penal não impede qualquer parente do arguido de depor, o que se deduz da expressão ‘podem’ deixar de depor, com isso se pretendendo que o arguido não seja prejudicado pelo depoimento de um parente muito próximo³³.

Rejeitando a proteção do arguido como alicerce do art. 134.º, e enquanto manifestação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, encontramos Cruz Bucho:

[...] o exercício do direito de recusa encontra-se na livre disponibilidade da testemunha, mesmo no caso de se tratar de testemunha arrolada pelo próprio arguido³⁴. É evidente que quando o parente ou o familiar do arguido, não obstante ter conhecimento dos factos e de o seu depoimento se poder revelar de extrema importância para a descoberta da verdade, se remete ao silêncio, recusando-se a depor, o arguido pode ser favorecido pelo silêncio do seu familiar. Mas esta é a consequência e não o fundamento da recusa de depor por parte dos familiares do arguido³⁵.

Uma outra razão de ser apontada, prende-se com o facto de o aludido preceito ter por objeto a busca pela verdade material, impedindo-se a contaminação da prova: “[n]ão havendo recusa, isso significará que a testemunha quererá mesmo dizer a verdade, o que não deixa de reflectir a permanência do princípio da verdade material”.³⁶

Com efeito, salienta Cruz Bucho que tal entendimento “[...] parte do pressuposto de que a maior parte das testemunhas familiares têm tendência a mentir em julgamento para proteger os seus familiares (ou para os prejudicar, movidos pela raiva ou inimizade)”.³⁷

A este respeito, o TC³⁸ concluiu que, ao consagrar o art. 134.º, o legislador optou por priorizar o interesse da testemunha em não ser confrontada com um dilema moral de complexa resolução, em detrimento do interesse público na descoberta da verdade material.

³³ Ac. do TRP de 19/01/1994, proc. 9211070.

³⁴ “Pode ainda acrescentar-se que, obrigar a testemunha a prestar depoimento quando é indicada pelo arguido, pode reverter numa forma de pressão sobre a testemunha que, não querendo contribuir para a condenação do seu familiar, pode sentir-se compelida a mentir”. Ac. do TC n.º 154/2009, proc. 1063/07.

³⁵ Bucho, 2015, p. 21.

³⁶ Leal-Henriques & Santos, 2008, p. 957.

³⁷ Bucho, 2015, p. 21.

³⁸ Ac. do TC n.º 154/2009, proc. 1063/07.

B. Posição adotada

Face ao susodito, concluímos que a *ratio* da norma *sub judice* se prende com a necessidade de proteção da integridade moral da testemunha, bem como com a proteção dos laços de solidariedade, de intimidade e de confiança que entre o arguido e as pessoas elencadas no art. 134.º se estabelecem. Conquanto, em nossa opinião, a faculdade de recusar depor não assenta exclusivamente na salvaguarda das relações familiares, *id est*, da instituição família. A norma inclui, também, no seu âmbito de aplicação relações parafamiliares³⁹, como é o caso da união de facto⁴⁰ (enquanto relação análoga à dos cônjuges⁴¹). Dessarte, consideramos que o art. 134.º não se esgota na proteção das relações familiares, abarcando também relações parafamiliares.

Inobstante, rejeitamos a tese segundo a qual o aludido preceito visa proteger o arguido⁴². Julgamos não ser este o escopo da norma, uma vez que, se assim fosse, sendo a testemunha arrolada pelo arguido deveria cessar a possibilidade de recusa⁴³. Sublinhamos que se o substrato do preceito fosse a proteção do arguido, o legislador teria consagrado a possibilidade de este último solicitar, de *motu proprio*, a aplicação do art. 134.º quando tivesse conhecimento de que a testemunha iria prestar depoimento que lhe seria desfavorável. Isto é, se o objetivo da norma passasse pela proteção do arguido, afigurar-se-ia lógico ser este a dispor da prerrogativa consagrada no art. 134.º, e não a testemunha, tratando-se, assim, de um direito concedido ao arguido ao invés de ao depoente.

Quanto à busca pela verdade material e consequente prevenção da contaminação da prova, não cremos que sejam estes os pilares do art. 134.º. Justificamos a posição assumida argumentando que o risco de contaminação da prova e de fuga à verdade nos depoimentos prestados pelas testemunhas encontra-se sempre presente. Compreendemos que os testemunhos dos indivíduos listados no art. 134.º, em virtude da relação que mantêm com o arguido e em comparação com outras testemunhas, são suscetíveis de gerar maiores suspeitas acerca da sua veracidade e credibilidade. Todavia, existem várias outras relações pessoais, não abrangidas pelo elenco subjetivo do artigo *sub judicio*, que podem, também, suscitar

³⁹ “As relações mencionadas no art. 1576.º CCiv são verdadeiras e próprias relações de família [...] Ao lado delas, porém, há outras que não merecendo essa qualificação, são conexas com relações de família, estão equiparadas a elas para determinados efeitos ou são condição de que dependem, em certos casos, os efeitos que a lei atribui à relação conjugal e às relações de parentesco, afinidade e adoção. São estas relações, a que chamamos ‘parafamiliares’ [...]” Coelho & Oliveira, 2016, pp. 36-37.

⁴⁰ Passinhas, 2019, p. 115.

⁴¹ Art. 1.º, n.º 2 da Lei n.º 7/2001.

⁴² “O parente ou afim é o único senhor deste direito e exerce-o sem qualquer restrição”. (Albuquerque P. P., 2009, p. 358).

⁴³ “Deste modo, há, pois, que concluir que a norma do artigo 134.º, n.º 1, alínea a) do Código de Processo Penal, interpretado no sentido de permitir a recusa a depor por parte da irmã do arguido, arrolada por este como testemunha, tem um fundamento razoável, não atingindo, de forma intolerável, desproporcionada ou manifestamente opressiva, o direito de defesa do arguido. Por isso, não havendo um *encurtamento inadmissível do direito de defesa* do arguido, o Tribunal considera que a norma em causa não viola a garantia de que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, consagrada no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição”. Itálico do autor. Ac. do TC n.º 154/2009, proc. 1063/07.

desconfiança. Pensemos, *exempli gratia*, no caso dos primos, dos amigos que se percebem como “irmãos”, dos namorados que não se enquadram no regime das relações análogas às dos cônjuges⁴⁴.

Ora, se o objetivo da norma consiste na não contaminação da prova, através de depoimentos falsos, então, o elenco subjetivo plasmado no art. 134.º peca por defeito. Reiteramos que independentemente da relação que a testemunha possui com o arguido, o risco de a primeira faltar à verdade está sempre presente. O falso testemunho pode até emergir do facto de a testemunha ter medo do arguido ou ter receio de represálias caso conte a verdade⁴⁵ e não da relação de proximidade que se estabelece entre ambos. Neste enlace, é importante observar que o princípio da livre apreciação da prova, conforme estabelecido no art. 127.º do CPP, vigora no âmbito da valoração da prova testemunhal justamente para se evitar a contaminação da prova e se alcançar a verdade material⁴⁶. Aliás, não são raras as vezes, como já tivemos oportunidade de demonstrar *supra*, que o que compromete a descoberta da verdade material é, precisamente, o facto de a testemunha-vítima não prestar depoimento.

⁴⁴ Ressalta-se que estamos perante uma norma de carácter excecional, logo os indivíduos referidos e não contemplados no art. 134.º não poderão usufruir desta prerrogativa através do recurso à analogia. *Cfr.* art. 11.º do CC.

⁴⁵ Temos presente, evidentemente, que vigora, entre nós, legislação que visa a proteção das testemunhas. Vejam-se, *exempli gratia*, a Lei n.º 93/99, bem como a Lei n.º 112/2009. Acerca das medidas protetoras das vítimas: Freitas, 2019, pp. 42-43.

⁴⁶ Veríssimo, 2013, pp. 72-73.

IV. Críticas ao artigo 134.º do CPP

Enfatizamos que o art. 134.º não é, naturalmente, imune a críticas. Neste sentido, leiam-se as palavras de Santos Cabral:

Sem embargo dos superiores interesses tutelados pela norma, nomeadamente os relacionados com a protecção da relação familiar, resta-nos alguma perplexidade sobre a forma de os conciliar com as necessidades inerentes à existência de um processo penal eficaz e funcional, nomeadamente no que toca à punição da criminalidade mais grave muitas vezes cometida no âmbito do restrito círculo familiar⁴⁷.

Ainda acerca da possibilidade de a disposição legal *sub judice* se revelar um obstáculo à produção de prova no âmbito do processo penal, encontramos a seguinte reflexão da autoria de Moreira das Neves:

[...] quer ainda, mesmo que por portas travessas, as consequência perniciosas advenientes da crónica recusa de depoimento em audiência, por via do exercício do direito previsto no artigo 134.º CPP. Como sabido, os familiares próximos do agressor gozam do direito de não prestar declarações (direito esse que tem de lhes ser recordado, sob pena de nulidade), e muitas vezes (por razões tão diversas quanto complexas) recusam prestá-las, desse modo comprometendo a prova de factos essenciais (sendo suficiente nalguns casos para determinar a absolvição)⁴⁸.

Ora, Cristina Cardoso alerta para o facto de o direito atribuído se afigurar suscetível de retirar efeito útil à natureza pública do crime de violência doméstica:

[...] a intenção do legislador de punir o infractor de violência doméstica, tornando irrelevante o perdão da vítima por estarmos no âmbito de um crime público, sai frustrada e traz consigo consequências graves ao nível da credibilidade da justiça – que escasseia cada vez mais entre a população – aumentando o descrédito da mesma, tornando incompreensível para o cidadão comum – sem qualquer formação jurídica – a razão pela qual um agente que mal tratou a sua mulher, provocando-lhe muitas vezes lesões físicas graves, para além das não menos significativas lesões psíquicas, foi absolvido^{49 50}.

⁴⁷ Gaspar, 2014, p. 532.

⁴⁸ Neves, 2010, p. 5.

⁴⁹ Cardoso, C., 2012, p. 28).

⁵⁰ Em sentido semelhante, Cardoso, R., 2012.

V. O Projeto de Lei n.º 1148/XII/4.^a⁵¹ e respetivos pareceres

De forma a ultrapassar os entraves probatórios susoditos, surgiu, no ano de 2019, um Projeto de Lei com o objetivo de impedir que a vítima de violência doméstica se recusasse a prestar depoimento. Assim, o mencionado Projeto pretendia acrescentar ao art. 134.º um novo n.º, com a seguinte redação legal: “[a] recusa de depoimento nos termos do n.º 1 não é admissível em processos por crime de violência doméstica em que a testemunha seja vítima”.

No seguimento da apresentação do Projeto de Lei sobredito, várias entidades foram chamadas a pronunciarem-se sobre a viabilidade da proposta. Desta feita, as linhas que se seguem serão destinadas à análise dos argumentos a favor e contra o Projeto de Lei n.º 1148/XII/4.^a proferidos por algumas entidades, nos seus pareceres⁵².

(i) Parecer da APAV

Sufragando uma posição contrária à vertida no Projeto de Lei, encontramos o parecer emitido pela APAV. A associação considerou a proposta de alteração legislativa juridicamente inviável, desde logo, pelo facto de, no seu entendimento, tal modificação se traduzir numa desvirtuação do sistema probatório que vigora no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência do referido, ocorreria a deslocação do ónus de produção de prova para a vítima, ónus este que pertence ao sistema.

Para além do argumento predito, a APAV aduziu que suprimir o direito de a testemunha-vítima de violência doméstica recusar depor, poderia conduzir a uma situação de revitimização indesejável. Ora, compreende-se que, nesta hipótese, a vítima, forçada a prestar depoimento, poderia ser colocada numa posição de vulnerabilidade, na medida em que teria de reviver os factos criminosos contra si perpetrados que, certamente, trariam à tona sentimento negativos.

(ii) Parecer da PGR em articulação com o CSMP⁵³

A argumentação do CSMP principiou com uma análise acerca da hodierna realidade judiciária pátria. Neste sentido, e apresentando dados estatísticos⁵⁴, o CSMP concluiu que os comportamentos processuais adotados pela vítima possuem elevada influência no desfecho do processo, *verbi gratia*, e como já se afixou, o facto de o silêncio da testemunha-vítima de violência doméstica desaguar, na maioria das vezes, na absolvição do arguido.

Colocando de parte uma conceção romantizada acerca do que é a família, o CSMP realçou que nem todas as relações familiares são pacíficas, nem a família representa sempre um local

⁵¹ Projeto de lei da autoria do PSD.

⁵² Ressaltamos que não iremos analisar exaustivamente todos os pareceres apresentados sobre o tema. Neste sentido, informamos que os pareceres podem ser consultados no seguinte local da *web*: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43513>.

⁵³ (Adiante designado: Parecer do CSMP). Parecer baseado na seguinte obra: Veríssimo, 2013.

⁵⁴ Violência Doméstica – Estudo Avaliativo das Decisões Judiciais. CIG (2016).

seguro e acolhedor. “Na realidade, o local mais perigoso para uma mulher não será uma rua mal frequentada, um local menos iluminado ou pouco frequentado de uma qualquer cidade, é a sua própria casa.”⁵⁵ Nesta senda, o CSMP defende que é “[...] necessário penetrar nestes ‘muros de silêncio’, que sufocam os elementos mais vulneráveis da família [...]”.⁵⁶

Em sentido oposto à linha de argumentação apresentada pela APAV, no parecer agora em análise, constatou-se que mesmo não sendo desejável forçar vítima de violência doméstica a reviver as experiências traumáticas que vivenciou, a provocação deste trauma seria mais benéfica do que permitir que seguisse envolta no ciclo de violência doméstica, dado que o grau de brutalidade empregue tende a escalar. Com efeito, a obrigatoriedade de depor imposta à vítima conduziria, por um lado, à libertação desta do ciclo de violência no qual se encontra embrenhada e, por outro, consubstanciaria um robusto contributo para a condenação do arguido. Tal condenação surtiria efeitos extremamente positivos, uma vez que apaziguaria o alarme social que este tipo de criminalidade instala e diminuiria o sentimento de impunidade. Conquanto, no parecer ressalta-se que tal solução apenas se aplicaria à vítima que desencadeou o processo-crime⁵⁷.

Todavia, com a posição acolhida não se pretenderia colocar a vítima de violência doméstica numa situação de maior fragilidade. Neste sentido, “[...] destacamos o facto de terem sido desenvolvidas estratégias complementares de auxílio para que o trauma do processo de afastamento do agressor e a quebra do ciclo de dependência e violência seja amenizado”.⁵⁸

O CSMP alertou que tal solução não violaria de modo inaceitável o princípio da autonomia da vontade⁵⁹ da vítima, uma vez que o respeito pela sua vontade encontra como limite situações reveladoras de riscos para a integridade física e moral da própria vítima ou, ainda, quando no seio familiar existem crianças⁶⁰. Destarte, considerou que as autoridades possuem legitimidade para tomar decisões sem a concordância da vítima, dado estar em causa a prossecução do interesse público⁶¹.

Neste parecer descortinamos uma chamada de atenção para o facto de que às outras vítimas de crimes que não se encontram abrangidas pelo art. 134.º não lhes ser dada a possibilidade de recusarem prestar depoimento. Ora, apesar de o CSMP ter reconhecido que a vítima de violência doméstica é diferente de outras vítimas de crimes violentos e demonstra necessidades especiais, considerou que estas já se encontram atendidas pelo regime de

⁵⁵ Parecer do CSMP, p. 31.

⁵⁶ Itálico do autor. Parecer do CSMP, p. 32.

⁵⁷ No mesmo sentido, veja-se: Freitas, 2019, pp. 41-43.

⁵⁸ Parecer do CSMP, p. 34. | Veríssimo, 2013, p. 7.

⁵⁹ A Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, consagra no art. 7.º o princípio da autonomia da vontade da vítima.

⁶⁰ Em sentido contrário: Sandra Cunha, deputada do BE, na reunião plenária de 17/04/2019 na AR: “O depoimento da vítima é importante, mas não pode ser argumento para limitar a sua autonomia”. Disponível em: <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/13/04/076/2019-04-16/13?pgs=3-16&org=PLC&plcdf=true>.

⁶¹ Parecer do CSMP, p. 39. | Veríssimo, 2013, p. 89.

proteção de testemunhas, bem como pela Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro. Assim, atestou que estes fatores não justificam, *per se*, uma discriminação de tratamento entre vítimas.

Outro argumento exposto prende-se com o facto de o art. 134.º configurar um direito de natureza excepcional face à regra geral da obrigação de depoimento, patente no art. 131.º, n.º 1 do CPP. Tratando-se de uma exceção, esta norma deve ser interpretada de forma restrita “[...] e o fim prosseguido não deve ser absolutizado ao ponto de se obterem resultados indesejáveis, afinal a obrigação de se depor está relacionada com a importância do acesso a este importante meio de prova”.⁶²

Por fim, apresentamos um outro argumento merecedor de destaque:

Além que, não dispensar a participação da vítima de violência doméstica no processo, enquanto testemunha, não será, certamente, a melhor estratégia, colocando o peso da prova dos factos nas mãos de terceiros – quando os haja e também eles não sejam titulares do mesmo direito a recusarem depôr –, os quais também não compreenderão a ausência da vítima no próprio desenrolar do processo, questionando a sua própria legitimidade de intervenção desacompanhada daquela⁶³.

(iii) Parecer da APMJ

No entender da APMJ, não se afigura adequado restringir a aplicação do art. 134.º apenas aos crimes de violência doméstica:

[...] entende a Associação Portuguesa de Mulheres Juristas que tal a restrição deveria ser alargada a todos os crimes dolosos contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal e a liberdade de autodeterminação sexual, por forma a dar cabal cumprimento ao disposto nos artigos 42.º e 50.º da Convenção de Istambul e ao constante das Recomendações n.ºs 40 e 45 do Relatório do Comité GREVIO⁶⁴, de molde a ultrapassar eficazmente o constrangimento que sofrem as vítimas de tais crimes quando chamadas a depor contra as pessoas indicadas no n.º 1 do citado artigo 134.º⁶⁵.

⁶² *Ibidem*, p. 41. *Ibidem*, p. 92.

⁶³ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁴ *Id est*, Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence.

⁶⁵ Parecer da APMJ, p. 15.

VI. Possíveis soluções legais

Embora o Projeto de Lei n.º 1148/XII/4.^a não tenha sido aprovado, demonstrou-se de extrema relevância pelo facto de ter dado palco a uma questão que permanecia pouco debatida, instigando a comunidade jurídica a refletir sobre outros modos de pensar o art. 134.º, o que desembocou em diversas propostas de alterações legislativas.

Debrucemo-nos sobre a análise de outras possíveis modificações legislativas, para além da proposta apresentada pelo aludido Projeto de Lei.

Ora, a APMJ sugeriu a inclusão, no art. 134.º, de um novo n.º 3 com o seguinte teor:

3 – A recusa de depoimento nos termos do n.º 1 não é admissível nos processos por crime relativos a condutas que dolosamente se dirijam contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal e a liberdade de autodeterminação sexual⁶⁶.

Do mesmo modo, o CSMP formulou a seguinte proposta legislativa:

3 – Se a recusa de depoimento, quando exercida em processos por crime de violência doméstica, suscitar dúvidas fundamentadas à Autoridade Judiciária que presidir ao ato, designadamente face ao modo livre, esclarecido e não condicionado como foi prestado, pode motivar a suspensão da diligência, determinando a obrigatoriedade de a testemunha ser sujeita a acompanhamento especializado adequado a compreender as causas e as consequências da recusa.⁶⁷

A sugestão supracitada, baseada na proposta de Joana Veríssimo⁶⁸, implica a instituição de um técnico especializado em violência doméstica. A este profissional caberia compreender quais os motivos pelos quais a vítima pretende lançar mão do art. 134.º, recusando-se, assim, a depor. Além disso, seria incumbido de explicar à vítima as possíveis implicações decorrentes dessa decisão, no contexto do processo penal⁶⁹. Após o contacto com o técnico, seria dada nova oportunidade à vítima para prestar depoimento, podendo, no entanto, recusar novamente. Esta proposta baseia-se na premissa de que a vítima deve tomar a sua decisão de forma esclarecida, especialmente considerando que, provavelmente, a maioria das vítimas serão leigas na área do Direito.

Uma outra alternativa oferecida por Joana Veríssimo⁷⁰, e sufragada pelo CSMP⁷¹, consiste numa aplicação mais restrita do direito consagrado no art. 134.º, não o estendendo a todas as declarações prestadas. Ora, o art. 356.º, n.º 6 do CPP possui o seguinte teor: “[é] proibida, em qualquer caso, a leitura de depoimento prestado em inquérito ou instrução por testemunha que, em audiência, se venha validamente recusado a depor”. Assim, com o intuito

⁶⁶ Parecer da APMJ, p. 15.

⁶⁷ Parecer do CSMP, p. 45.

⁶⁸ Veríssimo, 2013, p. 94.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Parecer do CSMP, p. 43.

de evitar fraudes ao art. 134.^o, através da leitura em audiência das declarações prestadas pela testemunha em momento processual anterior, o legislador estabeleceu a proibição constante do art. 356.^o, n.^o 6⁷². A proposta avançada visa uma alteração *de jure condendo*, no sentido de se estipular para a vítima o mesmo regime que vigora para o arguido, nos termos do art. 357.^o do CPP^{73/74}. De acordo com este preceito, as declarações do arguido em fase processual anterior podem ser aproveitadas em audiência de julgamento. “Se a vítima no passado escolheu denunciar e prestar declarações, porque invoca agora o direito de recusa se não por receio? Se não porque voltou a ficar toldada pelo ciclo de violência?”⁷⁵

⁷² Ac. do TRL de 23/03/2022, proc. 150/21.OPALSB.L1-3; Ac. do TRC de 09/11/2022, proc. 712/21.5PCAMD.C1.

⁷³ “Neste caso, considera-se que não são postos em causa os direitos de defesa do arguido e os princípios do processo penal então, porque não se aceitaria esta medida para a testemunha”. Veríssimo, 2013, p. 94.

⁷⁴ “Sendo certo que aquela questão poderia, ainda, ser contornada estabelecendo-se que no caso de a vítima prestar declarações para memória futura anteriormente ao julgamento e neste se recusar a depor, aquelas declarações podem ser tidas em conta, desde que tenha sido devidamente informada nesse sentido”. Freitas, 2019, p. 43.

⁷⁵ Veríssimo, 2013, p. 94.

VII. Soluções comparadas

(i) Itália

No ordenamento jurídico italiano, vigora a obrigatoriedade de testemunhar, bem como de responder com verdade às questões formuladas (art. 198.º *Codice di Procedura Penale*⁷⁶). Não obstante, o art. 199.º, do mencionado diploma legal, confere aos sujeitos elencados no seu rol subjetivo a faculdade de se eximirem desta obrigação. Todavia, o dever de depor subsiste nos casos em que tais indivíduos tenham apresentado queixa, ação, requerimento ou quando sejam eles próprios ou um parente próximo os visados pelo ilícito⁷⁷.

(ii) Cabo Verde

Outra abordagem legislativa merecedora de destaque é a adotada por Cabo Verde. O art. 184.º do CPP cabo-verdiano delineia, no seu n.º 1, um leque de pessoa que em virtude da sua relação com o arguido possuem a faculdade de se absterem de prestar depoimento. Contudo, o n.º 2⁷⁸ da susodita norma prevê que o direito de recusa deixará de ter aplicação quando o cônjuge ou quem viva em condições análogas às dos cônjuges, parente ou afim do arguido tiver apresentado denúncia ou queixa.

⁷⁶ Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale>.

⁷⁷ “Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato”, versão original.

⁷⁸ Disponível em: https://ministeriopublico.cv/index.php/component/jdownloads/send/10-ministerio-publico-na-jurisdicao-crimninal/37-decreto-legislativo-n-5-2015-de-11-de-novembro?option=com_jdownloads.

VIII. O elenco subjetivo do artigo 134.º do CPP

Aqui chegados, cumpre levar a cabo uma sucinta análise relativa ao elenco subjetivo plasmado no art. 134.º. A mencionada norma consagra uma lista taxativa de indivíduos abrangidos pela possibilidade de dispensa do dever de depor. Encontram-se, assim, listados neste preceito: os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2.º grau⁷⁹, os adoptantes, os adoptados, o cônjuge, quem tiver sido cônjuge do arguido ou quem com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação.

O legislador estipulou um elenco subjetivo taxativo, restringido os indivíduos que possuem a faculdade de se recusar a testemunhar. Neste conspecto, cumpre destacar que a redação legal do normativo *sub judice* visa estabelecer, de forma objetiva, o conjunto restrito de indivíduos legitimados a invocar a prerrogativa nele prevista, justamente por se tratar de uma exceção à regra geral patente no art. 131 do CPP⁸⁰.

A. Convivência em condições análogas às dos cônjuges

O art. 134.º, n.º 1, al. b) reportar-se aos indivíduos que convivem ou conviveram em condições análogas às dos cônjuges com o arguido⁸¹. Trata-se, portanto, de um conceito legal indeterminado, contudo determinável. Neste enlace, emerge a questão de saber quais são as realidades suscetíveis de integrar o conceito “conviver em condições análogas às dos cônjuges”⁸². Nas palavras de Sandra Passinhas, “[...] a vivência em condições análogas às dos cônjuges implica a comunhão de leito, mesa e habitação (*tori, mensae et habitationis*) e pressupõe ainda a unidade ou exclusividade”.⁸³ Mais se acrescenta que a “[...] vivência em ‘condições análogas às dos cônjuges’ deve ser aferida segundo critérios de normalidade e de vulgaridade, inseridos na cultura a que pertencemos”.⁸⁴

“As situações análogas às dos cônjuges, independentemente do sexo (casamento), são plúrimas: união de facto; união sem coabitação; concubinato; relação de namoro e outras que porventura obedeçam aos critérios fixados na lei”.⁸⁵

⁷⁹ “Assim, se no momento da inquirição, o casamento anteriormente existente se tiver já dissolvido por divórcio, terá cessado a relação de afinidade que unia o arguido aos pais do ex-cônjuge, não dispondo aqueles da possibilidade de recusar a prestação de depoimento, à luz da alínea a) do n.º 1 do artigo 134.º do CPP”. Ac. do TC n.º 111/2021, proc. 40/21.

⁸⁰ Bucho, 2015, p. 89.

⁸¹ Bucho, 2015, pp. 82 e ss.

⁸² Uma vez que o legislador não consagrou uma definição de “condições análogas às dos cônjuges” para o direito penal, nem tampouco afastou o recurso aos conceitos de natureza civil, teremos de recorrer a estes últimos, procedendo às necessárias adaptações, de modo a ser possível preencher este conceito.

⁸³ Itálico do autor. Passinhas, 2019, p. 112.

⁸⁴ Ac. do STJ de 22/03/2018, proc. 6380/16.9T8CBR.C1.S1.

⁸⁵ Ac. do TRP de 07/07/2016, proc. 18/15.9GAPRD.P1.

(i) União de facto

A união de facto configura, como já foi anteriormente mencionado, uma relação parafamiliar regulada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. Reza o art. 1.º, n.º 2, do aludido diploma, que “[a] união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”. O legislador qualificou de forma expressa a união de facto como uma relação análoga à dos cônjuges. Assim, a “[...] união de facto pressupõe uma comunhão de vida análoga à dos cônjuges, ou seja, uma coabitação, na tripla vertente de comunhão de leito, mesa e habitação”.^{86 87}

Com efeito, consideramos que cumprido o disposto na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, o atual ou ex-unido de facto do arguido poderá lançar mão do art. 134.º relativamente a facto ocorridos durante a coabitação^{88/89}.

(ii) União sem comunhão de habitação

Considerando que a família representa uma realidade social em constante mutação, cabe ao Direito adaptar-se às idiosincrasias que se verificam no seio desta. Neste embalo, meditaremos sobre a possibilidade de indivíduos que convivem ou conviveram com o arguido em união sem comunhão de habitação⁹⁰, lançarem mão da prerrogativa contemplada no art. 134.º.

A união sem comunhão de habitação consiste num novo modo de organização da vida em comum que se caracteriza pelo facto de as partes envolvidas não coabitarem, residindo antes em locais distintos. “Contudo, não prescindem, normalmente, de outros elementos presentes na vida em comum, ou seja, uma comunhão de leito e um clima de entreaajuda”⁹¹. Neste sentido, para que uma relação amorosa sem coabitação possa integrar o conceito “relações análogas às dos cônjuges” deve verificar-se o seguinte:

[...] a relação amorosa tem de ser estável e constituir o desenvolvimento de um projeto comum de vida do casal, exigindo-se uma relação próxima do ambiente familiar com sentimentos de afetividade, convivência, confiança, conhecimento mútuo, atos de intimidade, partilha da vida em comum e cooperação mútua⁹².

⁸⁶ Ac. do STJ de 22/03/2018, proc. 6380/16.9T8CBR.C1.S1.

⁸⁷ “Assim, entendemos que a expressão ‘convivência em condições análogas às dos cônjuges’ implica a comunhão de mesa, habitação e leito, sendo que esta última dimensão pode ser concretizável mesmo sem a prática efectiva de relações sexuais, em nome da similaridade (e não identidade) desta relação com o casamento”. Costa, 2011, p. 61.

⁸⁸ O art. 134.º, n.º 1, al. b) levanta questões de ordem constitucional, neste sentido, veja-se: Albuquerque, 2009, p. 358.

⁸⁹ Note-se que TC não julgou inconstitucional o art. 134.º, n.º 1, al. a) interpretado no sentido de que os progenitores daquele que viveu com o arguido em condições análogas às dos cônjuges não podem recusar-se a depor como testemunhas – TC n.º 111/2021, proc. 40/21. | Ac. do TRG de 07/02/2022, proc. 5/20.5GBVVD.G1.

⁹⁰ Em inglês a expressão utilizada é a seguinte: *Living Apart Together* (LAT).

⁹¹ Guerra, 2024, pp. 270-271.

⁹² Ac. do TRP de 15/01/2014, proc. 364/12.3GDSTS.P1.

“Esta é uma figura algo mista, porque reúne elementos formais e materiais de diversos institutos sem, porém, se poder assumir como nenhum destes”⁹³. Desta feita, impõe-se a questão de saber se a figura em análise se encontra abrangida pelo art. 134.º.

Ora, veja-se que o TRG respondeu negativamente a esta questão, afirmando o seguinte:

Não é possível interpretar extensivamente este normativo no sentido de abranger todos aqueles que vivam ou tenham vivido com o arguido em condições análogas às dos cônjuges sem coabitação⁹⁴.

A Relação de Guimarães considerou que se o legislador alterou na mesma data, no ano de 2007, tanto o CP⁹⁵ como o CPP⁹⁶ em relação aos temas em debate, tendo inserido no art. 152.º do CP os casos em que as vítimas vivam ou tenham vivido com o arguido em condições análogas às dos cônjuges, mesmo sem coabitação e não estendeu a referida situação ao art. 134.º do CPP, é porque evidentemente entendeu que a mencionada hipótese não deveria fazer parte do universo patente no direito de recusar testemunhar.

Em nosso entender, uma vez que nos encontramos perante uma norma de natureza excecional⁹⁷, face à regra geral consagrada no art. 131.º, bem como acolhendo o raciocínio do egrégio TRG, consideramos também que o legislador não pretendeu integrar no art. 134.º as hipóteses de união sem comunhão de habitação. Aliás, incluir a aludida figura no art. 134.º seria proceder a uma interpretação contrária à letra da lei, dado que na al. b) do mencionado preceito pode ler-se a menção expressa à palavra “coabitação”⁹⁸.

(iii) Concubinato duradouro

O concubinato⁹⁹ duradouro encontra assento legal no art. 1871.º, n.º 1, al. c) do CC. Neste sentido, “[o] ‘concubinato duradouro’, como presunção de paternidade, previsto na alínea c) do artigo 1871 n.1 do Código Civil, tem lugar no caso de um casal manter entre si relações sexuais de cópula, fora do casamento, com certa frequência, durante o período legal da concepção”.¹⁰⁰

⁹³ Guerra, 2024, p. 271.

⁹⁴ Ac. do TRG de 11/05/2009, proc. 608/07.3PBVCT.G1.

⁹⁵ Através da aprovação da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro que entrou em vigor no dia 15 de setembro de 2007.

⁹⁶ Através da aprovação da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto que entrou em vigor dia 15 de setembro de 2007.

⁹⁷ Não olvidamos, porém, a redação do art. 11.º do CC no sentido de admitir a interpretação extensiva de normas excecionais. Porém, não consideramos estarmos perante uma situação de insuficiência técnica quanto à redação legal, ou seja, não cremos que o legislador disse menos do que aquilo que queria ter efetivamente dito. Tal conclusão afigura-se evidente, desde logo, pela não equiparação da al. b) do art. 134.º à redação legal do art. 152.º, aprovada no ano de 2007. “Em caso de dúvida sobre a vontade da lei deve dar-se-lhe a interpretação mais restrita, visto tratar-se de uma exceção [...]”. Osório, 1932, p. 322. | Em (BUCHO, 2015, p. 53) encontramos jurisprudência italiana (*Corte di Cassazione* n.º 6726 de 28/03/1995) no sentido da proibição do recurso à interpretação extensiva quando em causa está o direito a não testemunhar.

⁹⁸ “Para efeitos do artigo 134.º do Código de Processo Penal exige-se, porém, a comunhão de habitação, actual ou pretérita”. Ac. TRC de 08/02/2017, proc. 71/16.8GBLMG.C1.

⁹⁹ Acerca da palavra “concubinato”, veja-se Costa, 2011, pp. 50-52.

¹⁰⁰ Ac. do TRP de 31/01/2002, proc. 0132045. | “A união de facto distingue-se igualmente do concubinato duradouro, por mais longo que este seja. Embora haja aí, de alguma maneira, comunhão de leito, não há comunhão de mesa nem de habitação”. Coelho & Oliveira, 2016, pp. 56-57.

No que respeita ao crime de violência doméstica, encontramos tanto doutrina como jurisprudência que inserem o concubinato duradouro no âmbito da al. b) do art. 152.º, considerando tratar-se de uma “relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação”¹⁰¹.

Transportando o raciocínio *supra* para a questão da recusa em testemunhar consignada no art. 134.º, cumpre indagar se se afigura juridicamente viável incluir o concubinato duradouro na al. b), do n.º 1 do mencionado normativo, integrando, deste modo, o universo dos indivíduos que com o arguido convivem ou conviveram em condições análogas às dos cônjuges.

Com *data venia*, não podemos acompanhar a doutrina e a jurisprudência que integram o concubinato duradouro no radar das relações análogas às dos cônjuges. Ora, fundamentamos a nossa posição, desde logo, pelo facto de o concubinato duradouro pressupor a violação de deveres conjugais, patentes no art. 1672.º do CC, nomeadamente o dever de fidelidade. Bem sabemos que os concubinos não se encontram vinculados a deveres conjugais e temos, também, presente que a palavra “análoga” não significa igual, mas antes semelhante¹⁰². No entanto, provoca-nos alguma estranheza o facto de se inserir no núcleo das relações análogas às dos cônjuges uma relação que *per se* viola pilares estruturais da relação conjugal¹⁰³.

Além de não considerarmos o concubinato duradouro subsumível à expressão “condições análogas às dos cônjuges”, salientamos que o art. 134.º, n.º 1, al. b) se refere aos factos ocorridos durante a coabitação e, em princípio, os concubinos não coabitam. Face ao excursado, concluímos pela não inserção desta figura no elenco subjetivo plasmado no art. 134.º¹⁰⁴.

(iv) Namorados

Ainda acerca do termo “condições análogas às dos cônjuges”, levanta-se a questão de saber se poderíamos integrar no aludido conceito os namorados. Neste sentido, veja-se a definição de relação de namoro avançada pelo TRP: “[...] relacionamento informal de natureza sentimental e afetiva entre duas pessoas, do mesmo sexo ou de sexo diferente, que se prolonga durante tempo indeterminado, que pode ser mais ou menos longo”.¹⁰⁵ O tribunal constata que

¹⁰¹ “O arguido, casado com outra mulher, com quem vive, mas que mantém, há mais de dez anos, paralelamente, um relacionamento amoroso com a ofendida, ainda que sem coabitação consubstancia com esta uma relação análoga à dos cônjuges e por essa razão susceptível de integrar o núcleo de vítimas de violência doméstica”. Ac. do TRC de 27/02/2013, proc. 83/12.0GCGRD.C1. No mesmo sentido: Ac. TRP de 08/03/2017, proc. 121/15.5JAPRT.P1; Ac. TRP de 07/07/2016, proc. 18/15.9GAPRD.P1. | “A união de facto, a união sem coabitação e o concubinato são relações consideradas, para efeitos de violência doméstica, como ‘análogas à dos cônjuges’ (ainda que sem coabitação, no caso do concubinato), e quanto a estas a doutrina e a jurisprudência tem sido praticamente unânime”. Pires, 2014, p. 39.

¹⁰² “[...] similaridade (e não identidade) desta relação com o casamento”. Costa, 2011, p. 61.

¹⁰³ Também neste sentido, Guerra, 2024, pp. 313-324 e Bucho, 2015, p. 70.

¹⁰⁴ Enfatizamos que não se pretende questionar a legitimidade de os concubinos integrarem o elenco subjetivo do art. 134.º. A conclusão aduzida assenta exclusivamente numa análise técnica do conceito “condições análogas às dos cônjuges”, assim como da redação legal da aludida norma.

¹⁰⁵ Ac. TRP de 19/04/2023, proc. 1414/21.8PIPRT.P1. A este respeito, veja-se ainda: Ac. TRL de 23/03/2021, proc. 670/19.6SFLSB.L1.5 e ac. TRP de 23/02/2022, proc. 666/20.5PIPRT.P1.

o namoro não exige um projeto de vida em comum, nem tampouco coabitação. Ademais, o TRP afirma que as relações de namoro não exigem fidelidade¹⁰⁶.

De acordo com Pinto de Albuquerque¹⁰⁷, a relação de namoro não envolve a vida conjugal ou análoga à dos cônjuges. Ora, “[...] o namoro, a bom rigor, pode não se assemelhar a uma relação conjugal, visto que isso implicaria afirmar que os namorados estão vinculados por deveres semelhantes ou, pelo menos, consideram que o estão [...]”.¹⁰⁸

A relação de namoro nem chega a ascender ao patamar de relação parafamiliar¹⁰⁹. Assim, considerando que os namorados estão excluídos do conceito “convivência análoga à dos cônjuges” e que tal figura não exige a coabitação, como impõe a al. b) do art. 134.º, somos conduzidos à conclusão de que o namoro não se inclui no âmbito das relações previstas neste artigo.

¹⁰⁶ Em sentido contrário encontramos (Albuquerque P. P., 2022, p. 664) que considera que as relações de namoro pressupõem monogamia. | Acerca das relações de namoro poliamorosas, veja-se Guerra, 2024, pp. 421-427.

¹⁰⁷ Albuquerque P. P., 2022, p. 664.

¹⁰⁸ Guerra, 2024, p. 275.

¹⁰⁹ Guerra, 2024, p. 146.

IX. Posição adotada

Chegados a este ponto, cumpre tomar uma posição quanto à intricada temática que constitui o cerne desta dissertação, *id est*, sobre a aplicação do art. 134.º às testemunhas-vítimas de violência doméstica.

Ora, de *jure condito* não sobejam dúvidas de que as testemunhas, simultaneamente vítimas de violência doméstica, que com o arguido possuam uma das relações elencadas no art. 134.º, podem recusar prestar depoimento no âmbito do processo-crime em curso contra este. Concluímos nesta direção, uma vez que a lei não dispõe em sentido contrário e tampouco se retira da norma que o legislador tenha pretendido excluí-las. Com efeito, resta-nos, ainda que sem certezas inabaláveis, criticar a atual redação do art. 134.º e refletir acerca de possíveis soluções de *jure condendo*.

Principiamos a nossa reflexão crítica manifestando perplexidade e até incompreensão relativamente ao facto de apenas algumas testemunhas-vítimas de violência se encontrarem abrangidas pela possibilidade de recusar prestar depoimento. Como tivemos oportunidade de referir no capítulo precedente, aqueles que com o arguido vivem em união sem comunhão de habitação (art. 152.º, n.º 1, al. b)), os que com ele mantêm uma relação de namoro (art. 152.º, n.º 1, al. b)), os progenitores de descendente em comum em 1.º grau (art. 152.º, n.º 1, al. c)), as pessoas particularmente indefesas para efeitos do art. 152.º, n.º 1, al. d) que com o arguido coabitem, mas que com ele não possuam uma das relações listadas no art. 134.º, não podem escudar-se na prerrogativa contemplada na referida norma.

Alertamos para o facto de embora os arts. 134.º e 152.º terem ambos sofrido alterações no mesmo ano, o legislador não alterou o elenco subjetivo do primeiro de modo a abarcar o universo de vítimas listadas no segundo. À luz de tal constatação, surgem duas possíveis justificações para o sucedido: ou estamos perante um caso de inércia legislativa ou o legislador optou deliberadamente por não fazer corresponder o elenco subjetivo do art. 152.º ao elenco de indivíduos consignados no art. 134.º. Qualquer que tenha sido a justificação para a discrepância do elenco subjetivo plasmado em ambos os arts., em nosso entender, tal desfasamento poderá consubstanciar uma violação ao princípio da igualdade, patente no art. 13.º da CRP. Consideramos que a potencial inconstitucionalidade residirá no facto de a prerrogativa plasmada no art. 134.º não se estender a todas as vítimas de violência doméstica previstas no art. 152.º. Por outras palavras, a possível inconstitucionalidade não decorre da atribuição do direito de recusa de depoimento somente a algumas vítimas, mas antes na falta de atribuição do mencionado direito às restantes vítimas¹¹⁰, sem justificação válida para tal. Não se alcança qual a razão para que vítimas do mesmo ilícito que se encontram em circunstâncias materialmente semelhantes possuam um tratamento formalmente distinto.

¹¹⁰ Canotilho & Moreira, 2007, p. 344.

Tratando-se de uma incongruência desprovida de fundamento sólido e robusto, em causa poderá estar uma discriminação arbitrária.

Ao longo da presente dissertação fomos demonstrando, mormente através de dados estatísticos, que o silêncio das testemunhas-vítimas de violência doméstica possui, não raras vezes, impacto direto no desfecho do processo-crime, levando à absolvição do agente por não ser possível provar que as ofensas foram infligidas por este. Nesta senda, importa notar que o fenómeno descrito conduz a elevadas exigências de prevenção tanto especial, bem como geral.

No que tange à prevenção especial, caso o arguido tenha efetivamente praticado o delito e não seja alvo de uma sanção proporcional ao ilícito cometido, tal desfecho gerará neste um sentimento de impunidade, não o fazendo refletir acerca da gravidade dos seus atos, nem tampouco arrepender-se. Deste modo, não será possível orientar o seu comportamento para o respeito pelos bens jurídico-penais.

No que concerne à prevenção geral, esta manifesta-se, desde logo, na necessidade de transmitir à população que os indivíduos que cometem crimes de violência doméstica são alvo das consequências penais adequadas e proporcionais aos delitos cometidos, pacificando os cidadãos. Nesta senda, é fundamental dissuadir potenciais infratores, levando-os a interiorizar que o “crime não compensa”, transmitindo a ideia de que caso pratiquem crimes de violência doméstica serão condenados a uma pena ajustada e proporcional à gravidade e à censurabilidade do delito que cometeram. Para além do mencionado, o referido fenómeno fomenta na sociedade um sentimento generalizado de insegurança, na medida em que os cidadãos sentem que não podem confiar na justiça, uma vez que na prática esta não é efetivamente aplicada. Desta forma, assiste-se a uma descrença nos Tribunais por parte dos cidadãos, dado que provavelmente grande parte da população não possui conhecimentos para compreender a questão processual aqui em causa.

Como se evidenciou, a produção de prova nos crimes de violência doméstica encontra-se frequentemente comprometida pela possibilidade de invocação do art. 134.º. Importa, contudo, grifar que reconhecemos a importância deste normativo e que somos da opinião de que no âmbito do processo penal a verdade material não deve ser obtida a todo o custo. Deve prevalecer a necessidade de evitar o conflito moral com o qual as vítimas se veem confrontadas e a salvaguarda das relações de confiança e de solidariedade existentes entre o arguido e os indivíduos elencados no art. 134.º. No entanto, tratando-se de uma norma de carácter excecional o legislador deve ser cirúrgico na definição do seu âmbito de aplicação. Nesta senda, entendemos que no caso de a testemunha-vítima ter apresentado queixa-crime¹¹¹ contra o seu agressor não deverá possuir legitimidade para recorrer à prerrogativa do art. 134.º. Caso o

¹¹¹ Pese embora em causa esteja um crime de natureza pública, recorreremos à utilização do conceito “queixa-crime” para efeitos de harmonização com a nomenclatura insita na Lei n.º 112/2009.

início do processo tenha sido alheio à vontade vítima, consideramos que, nesta hipótese, poderá remeter-se ao silêncio, lançando mão do art. 134.º.

O que se expôs, assenta na premissa de que a instauração de um processo-crime contra outrem configura um ato de extrema seriedade e que não pode ser encarado de forma leviana. Neste contexto, ao impulsionar o processo, a vítima manifestou a sua vontade em levar o agressor a julgamento e, conseqüentemente, conseguir a sua condenação. Uma vez que tal resultado, não raras vezes, somente se consegue através das declarações da vítima, não cremos que esta possa dispor do processo consoante a sua vontade, pois podemos estar perante um modo de instrumentalização processual¹¹² que poderá, por conseguinte, desaguar na descredibilização da justiça, bem como revelar-se um aproveitamento dos recursos e esforços estaduais empregues no respetivo processo-crime. Ademais, salientamos que a vítima mantém sempre a possibilidade de requerer a suspensão do provisória do processo, nos termos do art. 281.º, n.º 8 do CPP.

Para além do susodito, outro ponto que importa destacar prende-se com o facto de que no momento em que a vítima de violência doméstica apresentou a queixa-crime, não havendo imposição legal nesse sentido, deixaram de estar preenchidos os fundamentos que conduzem à aplicação do art. 134.º. Ora, consistindo a *ratio* deste preceito, por um lado, na proteção da integridade moral da vítima e, por outro, na preservação dos laços de confiança e de solidariedade que se estabelecem entre o arguido e os indivíduos elencados no art. 134.º, somos levados a concluir que a apresentação da queixa por parte da testemunha-vítima quebrou, desde logo, o conflito moral com o qual esta se poderia ver confrontada, uma vez que demonstrou não possuir entraves morais à instauração contra o arguido de um processo-crime e conseqüente condenação deste. Aliás, em nosso entender, a quebra dos laços de confiança e de solidariedade entre o arguido e a vítima ocorreu em momento prévio ao da apresentação da queixa. Nesta medida, cremos que quem estilhaçou tais laços, sem possibilidade de conserto, foi o próprio arguido quando perpetróu ofensas contra a vítima. No entanto, compreendemos que a vítima possa não considerar que esses laços foram irremediavelmente quebrados e sinta que podem ser erguidos de novo. Todavia, alertamos para o facto de que a aplicação do art. 134.º não poderá ficar sujeita a uma apreciação subjetiva da testemunha-vítima. Ora, o recurso a este normativo não poderá depender da perceção pessoal da vítima acerca da rutura ou não dos laços de solidariedade e de confiança que entre si e o arguido existiam. Desta forma, gerar-se-ia uma flagrante incerteza na aplicação do Direito, ficando a execução das normas à

¹¹² Não consideramos, no entanto, que a apresentação de queixa e posterior recusa em prestar depoimento chegue a configurar uma hipótese de *“venire contra factum proprium”*, uma vez que estas situações ocorrem quando se assume “[...] uma posição jurídica contrária a um comportamento anteriormente adotado”. Ac. TRE de 24/04/2012, proc. 53/03.OIDFAR-A.E1. Creemos que ao apresentar a queixa-crime a vítima não assumiu uma posição pró-ativa no processo, no sentido de ser ela própria a produzir também provas no âmbito do processo (ao contrário do que acontece com o assistente). Ainda que a segunda conduta adotada, a recusa em prestar declarações, seja dissonante da primeira, a apresentação da queixa, não consideramos tratar-se de um comportamento que possa ser caracterizado como violador da boa-fé processual.

disposição dos particulares, não se respeitando a exigência segundo a qual a norma deverá ser geral e abstrata. Entendemos que também a vítima reforçou o rompimento de tais laços ao avançar, de modo livre, com a apresentação da queixa-crime contra o seu agressor¹¹³.

Deste modo, estamos com Jiménez Muñoz¹¹⁴ quando considera que a apresentação de queixa desagua numa renúncia tácita à possibilidade de, em momento posterior, recusar prestar depoimento. Estamos cientes, no entanto, de que ainda que consideremos estar em causa uma renúncia tácita ao art. 134.º, tendo por base a legislação vigente, revelar-se-ia violador do princípio da legalidade excluir do âmbito de aplicação deste preceito a testemunha-vítima. Dessarte, para que a referida renúncia operasse seria necessária uma previsão legal no sentido da exclusão expressa da vítima que apresentou queixa. Apenas deste modo existiria uma renúncia válida, uma vez que a vítima encontrar-se-ia esclarecida quanto a esta questão, dado resultar cristalino da lei. Para além do mencionado, a vítima possui o direito a ser informada de quais são os procedimentos subsequentes à denúncia e qual o seu papel no âmbito dos mesmos, nos termos do art. 15.º, n.º 1, al. d) da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro. Neste conspecto, a vítima, ainda que leiga na área do Direito, teria conhecimento da impossibilidade de se recusar a prestar depoimento quando tivesse apresentado queixa-crime.

Apesar de considerarmos que a solução legal mais viável será consagrar na redação legal do art. 134.º a exclusão expressa das testemunhas-vítimas de violência doméstica, não podemos, contudo, concordar com a proposta sugerida pelo Projeto de Lei n.º 1148/XII/4.^a. Não perfilhamos a referida sugestão legislativa, pois, em nosso entender, a restrição da aplicação do art. 134.º às testemunhas-vítimas deve assumir carácter geral e não se resumir às vítimas de violência doméstica. Julgamos que as legislações italianas e cabo-verdianas configuram bons exemplos a este respeito, pois ampliam a obrigatoriedade de depor a todos aqueles que, em princípio estariam abrangidos pela possibilidade de recusar testemunhar, contudo desencadearam o processo-crime¹¹⁵. Nesta senda, rememoremos que no ordenamento jurídico pátrio, de acordo com o art. 22.º, n.º 1 da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, a vítima possui o “[...] direito a ser ouvida em ambiente informal e reservado, devendo ser criadas as adequadas condições para prevenir a vitimização secundária e para evitar que sofra pressões”.

Não vislumbramos qual o fundamento subjacente ao facto de o Projeto de Lei n.º 1148/XII/4.^a não ter consagrado uma solução extensível às vítimas de qualquer crime. Pensemos, *exempli gratia*, na hipótese em que o agressor, cônjuge da vítima, comete contra

¹¹³ “[...] porque quando a vítima decide denunciar o seu agressor, e recordemos que não está obrigada a fazê-lo (ex art. 261. 1.º do Código de Processo Penal), é porque já não há lugar a uma colisão entre o dever de testemunhar e as consequências dos laços familiares e de solidariedade que unem a testemunha ao arguido. Com efeito, a vítima já resolveu o conflito que, derivado do seu vínculo com o agressor, lhe permitia abster-se de depor contra ele; uma vez dado esse passo, e ocupando mesmo a posição de parte acusadora, deixa de fazer sentido recuperar um direito de que voluntariamente prescindiu”. Nieto, s.d., p. 9.

¹¹⁴ Muñoz, 2011, p. 29.

¹¹⁵ “As autoridades apenas devem inquirir a vítima na medida do necessário para os fins do processo penal”. (Art. 16.º, n.º 2 da Lei n.º 112/2009).

esta um crime de violação. Note-se que apesar de o art. 152.º prever a punição por ofensas sexuais, consagra uma regra de subsidiariedade, ficando o crime de violência doméstica afastado quando pena mais grave for aplicável em virtude do recurso a outro tipo legal. Resultando, então, pena mais grave do art. 164.º e sendo, assim, o arguido punido por este preceito, e entendendo estarmos perante um concurso aparente¹¹⁶ com o art. 152.º, consideramos não fazer sentido que a testemunha-vítima nesta situação possa recusar prestar depoimento, ao passo que, caso fosse aplicado o art. 152.º não possuiria a faculdade de lançar mão desta prerrogativa. Caso, pelo contrário, em causa esteja um concurso efetivo¹¹⁷ entre o art. 152.º e o art. 164.º também não descortinamos qual o sentido de a vítima, ao abrigo do art. 152.º, não possuir legitimidade para recorrer ao art. 134.º, porém relativamente ao art. 164.º ser-lhe concedida tal possibilidade.

Face ao susodito, cremos que a solução mais viável passará por não restringir a aplicação do art. 134.º apenas a um setor de vítimas, sob pena de possíveis violações ao art. 13.º da CRP.

Compreendemos que se possa argumentar no sentido de que estender a obrigatoriedade de depor às testemunhas-vítimas de violência doméstica poderá suscitar a suspeita de que o arguido exercerá coação sobre a vítima, induzindo-a a apresentar falso depoimento, de modo a omitir o que ocorreu efetivamente¹¹⁸. Embora seja verdade que o cenário descrito poderá ocorrer na prática, não se pode desconsiderar que, hodiernamente, com a possibilidade de a testemunha-vítima que apresentou queixa recorrer ao art. 134.º, o arguido também poderá, neste caso, coagir a vítima levando-a a remeter-se ao silêncio, quando na verdade esta pretendia narrar o que aconteceu.

Para além da medida *supra* apresentada, o legislador poderia proceder a um alargamento das hipóteses plasmadas no art. 34.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, bem como no art. 319.º do CPP, podendo em qualquer circunstância a vítima requerer prestar declarações no lugar em que se encontre, quando tal não se revele prejudicial para a investigação.

Ora, caso não se pretenda ir tão longe e excluir expressamente as testemunhas-vítimas do art. 134.º, também consideramos meritórias as propostas avançadas por Joana Veríssimo¹¹⁹.

Relativamente à instituição de um técnico especializado em violência doméstica, cuja função seria a de explicar às testemunhas-vítimas quais as implicações processuais que poderiam advir da sua opção no sentido de recusar prestar depoimento, possuímos reservas acerca da previsão deste técnico única e exclusivamente para as hipóteses de violência doméstica. Tais reservas fundamentam-se, uma vez mais, na possibilidade de ocorrer um

¹¹⁶ Albuquerque, P. P., 2022, p. 669.

¹¹⁷ Albuquerque, P. P., 2022, p. 669.

¹¹⁸ Veríssimo, 2013, pp. 72-73.

¹¹⁹ Veríssimo, 2013, p. 94.

tratamento desigual entre as vítimas de violência doméstica e as vítimas de outros crimes que também se remetam ao silêncio sem se encontrarem devidamente esclarecidas sobre as possíveis implicações processuais de tal ato de recusa.

Outro ponto que se afigura relevante destacar, prende-se com o facto de não possuírmos certezas sobre se tal proposta seria exequível sob um ponto de vista prático. Ora, a reflexão apresentada é resultado da leitura das palavras escritas pela APAV:

Contudo, e face ao elevado volume processual destes casos, afigura-se inútil sugerir a ponderação da obrigatoriedade de recurso à figura das declarações para memória futura em todos os processos de violência doméstica, pois na prática e com os recursos atualmente disponíveis tal seria impossível de cumprir por parte dos operadores judiciais¹²⁰.

Tendo em consideração a falta de recursos disponíveis no nosso ordenamento jurídico, não sendo sequer possível tornar as declarações para memória futura obrigatórias, persiste a dúvida se existiriam recursos para implementar a figura do técnico especializado em violência doméstica e se todas as vítimas beneficiariam deste direito.

A proposta no sentido da criação de um preceito semelhante ao art. 357.º do CPP para a testemunha-vítima afigura-se, em nosso entender, uma proposta viável que certamente contribuirá para mitigar o problema probatório existente no que respeita ao crime de violência doméstica. Nesta hipótese, a vítima no momento em que decidiu livremente prestar declarações superou o conflito moral com o qual se podia ver confrontada, bem como reforçou a quebra dos laços de confiança e de solidariedade que com o arguido mantinha. Deixando de se verificar os fundamentos subjacentes ao art. 134.º, compreendemos que as declarações da testemunha-vítima devem ser aproveitadas, não consubstanciando este aproveitamento uma fraude à aludida norma.

¹²⁰ Parecer da APAV, p. 3.

X. Conclusão

Aqui chegados, e por todo o excursado, somos levados a concluir que vigoram, no ordenamento jurídico pátrio, sérios obstáculos à produção de prova no âmbito dos crimes de violência doméstica. Os mencionados obstáculos são fruto, desde logo, do facto de tais crimes serem, na maior parte dos casos, perpetrados “entre quatro paredes”, longe do olhar de terceiros. A acrescer ao entrave probatório referido, o art. 134.º, consagrado no nosso CPP, confere a possibilidade de as testemunhas-vítimas que com o arguido possuem uma das relações de proximidade elencadas no aludido preceito recusarem testemunhar. Sendo, na maior parte das vezes, a vítima a única pessoa que esteve em contacto direto com os factos, caso esta se recuse a depor a prova do crime de violência doméstica ficará, com grande probabilidade, prejudicada. Ora, mesmo que seja possível provar em sede de audiência de julgamento que a vítima sofreu efetivamente lesões, a prova do nexo de causalidade entre as agressões sofridas e as ofensas infligidas pelo agressor fica comprometida, uma vez que a vítima não demonstrará, através do seu depoimento, que foi o arguido a perpetrar contra si os maus-tratos causadores das ofensas.

Resulta translúcido que são vários os entraves à produção de prova no sentido do afastamento da dúvida razoável quando em causa estão crimes de violência doméstica. A apresentada realidade desagua na impunidade dos agressores, fazendo com que estes não interiorizem a gravidade, bem como a censurabilidade dos seus comportamentos, podendo reincidir no seu *modus operandi* com a mesma vítima ou encontrando outras. Ademais, as recorrentes absolvições dos arguidos por falta de prova levam a que se crie na sociedade, composta, provavelmente na sua maioria, por indivíduos que não se encontram a par destas questões de índole processual, a ideia que de que os Tribunais compactuam com tal criminalidade hedionda, elevando, desde logo, as exigências de prevenção especial, bem como geral.

Em virtude dos obstáculos probatórios e consequentes absolvições que se afiguram frequentes no sistema jurídico-penal pátrio quando em causa estão crimes de violência doméstica, surgiu, no ano de 2019, o Projeto de Lei n.º 1148/XII/4.^a, da autoria do PSD, que visava precisamente por fim aos entraves probatórios gerados pela prerrogativa consignada no art. 134.º. O aludido Projeto de Lei apresentava como desiderato a exclusão dos indivíduos que fossem, simultaneamente, testemunhas e vítimas de violência doméstica do âmbito de aplicação deste normativo.

Após uma detalhada e cuidadosa análise aos vários pareceres proferidos pelas entidades chamadas a pronunciarem-se acerca da viabilidade da proposta legislativa avançada pelo PSD, concluímos, e salvo melhor opinião, que urge proceder a uma alteração legislativa quanto a esta matéria.

Em nosso entender, a proposta contida no Projeto de Lei 1148/XII/4.^a não se afigura viável, uma vez que não acreditamos ser adequado restringir a aplicação do art. 134.^o a toda e qualquer vítima de violência doméstica, bem como não consideramos que se deva vedar o recurso a esta disposição única e exclusivamente às vítimas de violência doméstica. Cremos que a alteração legislativa deverá consistir na exclusão da possibilidade de recurso ao art. 134.^o apenas quanto às testemunhas-vítimas que tenham apresentado queixa-crime contra o arguido. As restantes vítimas, que não levaram a cabo nenhum impulso processual, deverão permanecer no elenco previsto na indicada norma. Entendemos que o normativo *sub judice* deverá ser alterado no sentido de prever uma solução semelhante à adotada nos ordenamentos jurídicos italiano e cabo-verdiano, na parte em que não permitem que os indivíduos que apresentaram queixa-crime possam em momento posterior recusar testemunhar. Importa enfatizar que não sufragamos somente a supressão das testemunhas-vítimas de violência doméstica, sob pena de se verificar uma possível violação ao art. 13.^o da CRP.

Na hipótese de se considerar excessiva a posição perfilhada, consideramos que na obra de Joana Veríssimo¹²¹ se encontram duas outras soluções meritórias, apesar de descortinarmos reservas face à implementação de uma delas.

Quanto à previsão de um técnico especializado em violência doméstica que oriente a testemunha-vítima acerca das implicações processuais da sua recusa em testemunhar, julgamos que a efetiva aplicação prática desta figura poderá revelar-se inexequível, na medida em que não estamos seguros de que existam recursos suficientes para dar resposta a todas as testemunhas-vítimas, dado o elevado número de casos desta natureza. Ademais, entendemos que as funções do referido técnico deveriam ser alargadas, pelo menos, a todas as testemunhas-vítimas de crimes contra as pessoas, sob pena de se verificar uma possível violação ao art. 13.^o da CRP, ocorrendo uma desigualdade de tratamento entre vítimas.

No concernente à criação de uma disposição semelhante ao 357.^o do CPP, previsto para o arguido, para as declarações das testemunhas-vítimas, consideramos tratar-se de uma solução legal merecedora de destaque. Esta solução deve ser adotada caso não se entenda pertinente a alteração sugerida ao art. 134.^o, no sentido da exclusão das testemunhas-vítimas que apresentaram queixa-crime. Assim, a vítima conservaria sempre a possibilidade de não prestar depoimento, recorrendo ao art. 134.^o, no entanto, caso optasse livremente por prestar declarações em algum momento do processo, então, tais declarações poderiam ser utilizadas. Se a solução legal constante do art. 357.^o não viola os direitos de defesa do arguido, que é diretamente visado pelo processo-crime, julgamos que também não transgride os direitos da vítima que, aliás, já resolveu o conflito moral com o qual se podia ver confrontada no momento em que prestou declarações pela primeira vez, bem como reforçou a quebra dos laços de

¹²¹ Veríssimo, 2013, p. 94.

solidariedade e de confiança com o arguido. Em consequência do aduzido, os fundamentos do art. 134.º deixam de estar verificados.

Concluimos que se afigura imperioso refletir sobre o art. 134.º do nosso CPP e, acima de tudo, acerca do silêncio dos inocentes.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, P.P. de (2009). *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 3.^a edição. Lisboa: Universidade Católica.
- ALBUQUERQUE, P.P. de (2022). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.^a edição. Lisboa: Universidade Católica.
- ALMEIDA, C. (2017). *Em nome da filha – Retratos de violência na intimidade*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- ANDRADE, M. (2006). *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M. (2009). “*Bruscamente no verão passado*”, *a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. J. (2021). *Direito processual penal*, 3.^a edição. Coimbra: Almedina.
- BRITO, I. (2019). *Violência doméstica – O contributo das ciências forenses*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Ciências Forenses da Universidade do Porto. <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/124811/2/370947.pdf>.
- BUCHO, C. (2015). A recusa de depoimento de familiares do arguido – O privilégio familiar em processo penal (notas de estudo). Retirado de: <https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/recusa%20de%20depoimentotexto.pdf> - Consultado em 15/12/2023.
- BUCKWALTER, I. (2019). El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar reflexiones desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1. <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/04/1444-nuevo.pdf>.
- CARDOSO, C. (2012). *A violência doméstica e as penas acessórias*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Criminal da Universidade Católica do Porto. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9686/1/9686.pdf>.
- CARDOSO, R. (2012). *Processo penal – Principais distorções e soluções – Propostas do SMMP*. IX Congresso do Ministério Público. Vilamoura. Retirado de: <https://nonocongresso.smp.pt/?p=838> - Consultado em 15/01/2024.
- COELHO, F.P. & OLIVEIRA, G. de (2016). *Curso de direito da família*, vol. I, 4.^a edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- CORSILLES, A. (1994). No-drop policies in the prosecution of domestic violence cases guarantee to action or dangerous solution? *Fordham Law Review*, vol. 63, no. 3, pp. 853-881. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3143&context=flr>.
- COSTA, M. (2011). *Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: Uniões homossexuais*, 1.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- FARIAS, R. (2014). *Violência conjugal: O silêncio das vítimas*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Serviço Social da Universidade Católica. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17789/1/201328364.pdf>.

- FREITAS, A. (2019). *A tutela do interesse da vítima no processo penal por crime de violência doméstica*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Criminal da Universidade Católica do Porto. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/30354/1/Dissertação%20%28Violência%20Doméstica%29%20-%20Ana%20Rita%20Freitas%20PDF-A.pdf>.
- GARCÍA, A. (2018). Las dispensas procesales en el contexto de la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja. *Revista de Ciências Sociais*, n.º 79, pp. 139-163. <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/yugueros2.pdf>.
- GASPAR, A. H. et al. (2014). *Código de Processo Penal comentado*. Coimbra: Almedina.
- GUERRA, T.C. (org.) et al. (2024). *O crime de violência doméstica – Perspetivas familiares contemporâneas*, 1.ª edição. Coimbra: Almedina.
- LEAL-HENRIQUES, M. & PINHO, D. & SANTOS, M.S. (2008). *Código de Processo Penal anotado*, vol. I, 3.ª edição. Lisboa: Rei dos Livros.
- LEITE, R. (2015). Violência doméstica e violência de gênero. Reflexões à luz da recente orientação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista Científica Semana Acadêmica*. https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/violencia_domestica_e_violencia_de_genero._reflexoes_a_luz_da_recente_orientacao_do_tribunal_de_justica_do_estado_de_sao_paulo.pdf.
- SILVA, G.M. da (2002). *Curso de Processo penal II*, 3.ª edição. Lisboa: VERBO.
- MEDEIROS, F. (2021). *Artigo 206.º CPP – Pessoas que podem se recusar a depor*. Jusbrasil. Retirado de: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/artigo-206-cpp-pessoas-que-podem-se-recusar-a-depor/1114293411>.
- MUÑOZ, B. (2011). El silencio de la víctima: Guía para no perderse. *Revista de Mediación*, n.º 7. <https://www.imotiva.es/revista-de-mediacion-original/2013/10/Revista-Mediacion-7-03.pdf>.
- NEVES, J.M. das (2010). Violência doméstica sobre a Lei de Prevenção – Proteção e assistência às vítimas. *verbojurídico*, n.º 5.
- NIETO, J. s.d. A vueltas con la doctrina de pleno STS 389/20 del Art. 416 LECRIM y la dispensa del derecho a declarar: Incertidumbres, reformas y alternativas de futuro. Retirado de: <https://elderecho.com/wp-content/uploads/2020/09/VALORACION-SOBRE-LA-NUEVA-DOCTRINA-DE-PLENO-SOBRE-LA-DISPENSA-DEL-DERECHO-A-DECLARAR-DEL-ART.pdf>.
- NUNES, C. & MOTA, M. (2010). O crime de violência doméstica: A al. b) do n.º 1 do art. 152 do Código Penal. *Revista do Ministério Público*, n.º 122. https://rmp.smmpt.pt/wp-content/uploads/2010/10/122_2pp_o_crime_de_violência_doméstica.pdf.
- OSÓRIO, L. (1932). *Comentário ao Código do Processo Penal português*, vol. III. Coimbra: Coimbra Editora.
- PASSINHAS, S. (2019). A união de facto em Portugal. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 11, pp. 110-147. <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/09/110-147.pdf>.
- PIRES, D. (2014). *O sentido e o alcance da inserção das relações de namoro e equiparadas no crime de violência doméstica – Reflexões críticas acerca do alargamento do tipo*. Trabalho

- desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Criminal da Universidade Católica do Porto.
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17267/1/201489864.pdf>.
- PINTO, V. (2013). Violência doméstica – Silêncio das ofendidas – Valoração dos depoimentos indirectos. *Revista do Ministério Público*, n.º 133, pp. 185-213.
- ROBINSON, A. & COOK, D. (2006). Understanding victim retraction in cases of domestic violence: Specialist courts, government policy, and victim-centred justice. *Contemporary Justice Review*, vol. 9, n.º 2, pp. 189-213.
https://www.researchgate.net/publication/32116589_Understanding_Victim_Retraction_in_Cases_of_Domestic_Violence_Specialist_Courts_Government_Policy_and_Victim-Centred_Justice.
- VERÍSSIMO, J. (2013). *A testemunha-vítima e o direito de recusa de depoimento, no Código de Processo Penal – Em especial no crime de violência doméstica*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Ciências Jurídicas Forenses da Universidade Nova de Lisboa.
https://run.unl.pt/bitstream/10362/16637/1/Ver%C3%ADssimo_2013.pdf.

Dados estatísticos

- Estatísticas APAV – Violência Doméstica. APAV (2021). Retirado de:
https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estat%C3%ADsticas_APAV_Viol%C3%ADncia_Dom%C3%A9stica_2021.pdf.
- Gender-Related Killings of Women and Girls (Femicide/Feminicide) – Global Estimates of Female Intimate Partner/Family-Related Homicides. UNODC and UN Women (2022). Retirado de:
<https://www.unwomen.org/sites/default/files/2023-11/gender-related-killings-of-women-and-girls-femicide-feminicide-global-estimates-2022-en.pdf>.
- Relatório Anual de Segurança Interna. SSI. (2022). Retirado de:
<https://www.portugal.gov.pt/downloadficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAA%2bAAAABAAzNDazMAQAhxRa3gUAAAA%3d>.
- Relatório Penélope sobre Violência Doméstica no Sul da Europa. APAV. Retirado de:
https://apav.pt/publiproj/images/yootheme/PDF/Penelope_PT.pdf.
- Violência Doméstica – Estudo Avaliativo das Decisões Judiciais. CIG (2016). Retirado de:
https://popdesenvolvimento.org/images/noticias/ViolenciaDomestica_EstudoAvaliativoDecisoesJudiciais.pdf.
- Violência Doméstica – Relatório Anual de Monitorização. SGMAI (2021). Retirado de:
<https://www.sg.mai.gov.pt/Documents/Relat%C3%B3rio%20de%20Monitoriza%C3%A7%C3%A3o%20de%202021.pdf>.

Jurisprudência

- STJ de 22/03/2018, proc. 6380/16.9T8CBR.C1.S1, relatado por Rosa Tching. Retirado de:
<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/6380-2018-116181966>.
- TC n.º 154/2009, proc. 1063/07, relatado por Vítor Gomes. Retirado de:
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090154.html>.

TC n.º 111/2021, proc. 40/21, relatado por Pedro Machete. Retirado de: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20210111.html>.

TRC de 07/07/2010, proc. 210/03.9TASEI.C1, relatado por Esteves Marques. Retirado de: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bb35f808eed5f283802577680037ed80?OpenDocument&Highlight=0,210%2F03.9TASEI.C1>.

TRC de 08/02/2017, proc. 71/16.8GBLMG.C1, relatado por Vasques Osório. Retirado de: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/f1b4dad901c00821802580c3003fca98?OpenDocument>.

TRC de 09/11/2022, proc. 712/21.5PCAMD.C1, relatado por José Martins. Retirado de: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/6ded0c92078c50938025890400546f59?OpenDocument>.

TRC de 26/11/2008, proc. 27/05.6GDFND.C1, relatado por Vasques Osório. Retirado de: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/fdab79890c2b1d3b80257521005542b1>.

TRC de 27/02/2013, proc. 83/12.0GCGRD.C1, relatado por Belmiro Andrade. Retirado de: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/2e0a03c0124a44eb80257b40003bd1d5?OpenDocument>.

TRE de 09/03/2004, proc. 1503/03-1, relatado por Ribeiro Cardoso. Retirado de: <https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/8D4CE5942BB99D5480257DE1005745F2>.

TRE de 10/05/2016, proc. 73/11.0JAPTM.E2, relatado por João Amaro. Retirado de: <https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/96C120771568E07580257FCB004EBBD1>.

TRE de 24/04/2012, proc. 53/03.0IDFAR-A.E1, relatado por Ana Bacelar Cruz. Retirado de: <https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/5c6c88eaaed1fcd080257de10056f7f3?OpenDocument&Highlight=0,53%2F03.0IDFAR-A.E1>.

TRG de 07/02/2022, proc. 5/20.5GBVVD.G1, relatado por Pedro Cunha Lopes. Retirado de: <http://www.gde.mj.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d50ccd6cc3bcbd6c802587f3004ce727>.

TRG de 11/05/2009, proc. 608/07.3PBVCT.G1, relatado por Estelita Mendonça. Retirado de: <http://www.gde.mj.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/ec2731957fbee5b9802575da0038e44e?OpenDocument>.

Tribunal Supremo Espanhol – STS 389/2020. Retirado de: <https://www.poderjudicial.es/search/DeActualidad/TS/Penal/>.

TRL de 23/03/2021, proc. 670/19.6SFLSB.L1.5, relatado por João Carrola. Retirado de: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f2dcb35b9348553f802586be003b791a>.

TRL de 23/03/2022, proc. 150/21.0PALSB.L1-3, relatado por Ana Paula Grandvaux. Retirado de: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/150-2022-189957075>.

TRP de 02/02/2011, proc. 134/08.3TELSB-A.P1, relatado por Moisés Silva. Retirado de: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6c8621a62focc52f80257840005ae685?OpenDocument>.

TRP de 07/07/2016, proc. 18/15.9GAPRD.P1, relatado por Horácio Correia Pinto. Retirado de:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c99b6c24a3986256802580250045612d?OpenDocument>.

TRP de 08/03/2017, proc. 121/15.5JAPRT.P1, relatado por Jorge Langweg. Retirado de:
<http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/63e712cdeaco3e2c802580f4005428ee?OpenDocument>.

TRP de 15/01/2014, proc. 364/12.3GDSTS.P1, relatado por José Carreto. Retirado de:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/88A455F6C50885E980257C70004F1EFC>.

TRP de 15/12/2021, proc. 67/19.8GBBAO.P1, relatado por Eduarda Lobo. Retirado de:
<http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4f9634aa90fad4c0802587e300343c91>.

TRP de 19/01/1994, proc. 9211070, relatado por Correia de Paiva. Retirado de:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/3722d16f34fc3c058025686b006689c2?OpenDocument>.

TRP de 19/04/2023, proc. 1414/21.8PIPRT.P1, relatado por José Cunha. Retirado de:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/fe3376fe1492067b802589ad003374e7?OpenDocument>.

TRP de 23/02/2022, proc. 666/20.5PIPRT.P1, relatado por Horácio Correia Pinto. Retirado de:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1df4ed03164971038025880c00425649?OpenDocument>.

TRP de 25/05/2022, proc. 71/20.3KRMTS.P1, relatado por Pedro Vaz Pato. Retirado de:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/76309eaa4ca00dae802588540051f3e3?OpenDocument>.

TRP de 31/01/2002, proc. 0132045, relatado por Norberto Brandão. Retirado de:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/EoDE21F1381BA89980256BB80035B18B>.

**Do direito de retenção atribuído ao promitente-comprador no
âmbito do processo de insolvência do promitente-vendedor**

Paula Cristina Baptista Margarido

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Agradecimentos

À senhora Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, Ilustre Orientadora, pela constante disponibilidade, por todos os conselhos, sugestões, palavras de incentivo, de rigor e de crítica fundamentada que iluminaram o caminho da dissertação.

À Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa por permitir que a distância não constituísse um entrave para uma formação de elevada qualidade e a toda a sua comunidade que foi, sempre, de uma inexcedível disponibilidade e simpatia.

À Universidade da Madeira por ter aceitado o desafio proposto, bem sabendo que é na estreita colaboração entre prestigiadas instituições de ensino superior que se encontra a resposta que deseja ir ao encontro de uma sociedade esclarecida que alcança que “quem não quiser ser mais, nunca será ninguém”.

À família que caminha, incansavelmente, ao meu lado e que tem constituído o “porto de abrigo” desta marinheira que constantemente reforça a fé em cada um dos seus membros.

Aos amigos, a cada um de vós..., que nunca deixaram de acudir a um pedido, a uma solicitação, sempre com um sorriso e com uma profunda humildade que constantemente me interpela a progredir.

Às amigas e aos colegas de escritório, às advogadas estagiárias, à secretária que souberam, sempre, respeitar todos os silêncios e ausências neste período em que tentei focar-me em concretizar um sonho.

Às minhas gentes de Pampilhosa da Serra que me ensinaram, sempre, que a dificuldade faz parte do percurso e que é nela que, verdadeiramente, nos transfiguramos.

À nossa história que começa muito antes de nós e em que cada um é o resultado de tantos encontros, de tantos gestos, de tantos sorrisos, de tantas exigências, dificuldades, partilhas e afetos.

Resumo

O Supremo Tribunal de Justiça, e pelos Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência n.ºs 4/14 e 4/19 proferidos em sede de processo de insolvência, tem efetuado uma interpretação restritiva da alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC, considerando que aquele direito de garantia, e até em face da prevalência face à hipoteca (ainda que anteriormente registada) apenas se aplica ao promitente beneficiário da promessa que é consumidor e nos casos em que o imóvel, objeto da *traditio*, se destina à habitação ou a uso particular. Logo, no âmbito dos processos de insolvência do promitente-alienante, entende o Supremo Tribunal de Justiça que nas promessas obrigacionais e com *traditio*, em que o imóvel se destina à habitação, o beneficiário consumidor da dita promessa, e desde que verificados os respetivos pressupostos, tem o seu crédito garantido pelo direito de retenção, prevalecendo este sobre a hipoteca.

A verdade é que não parece legalmente admissível uma interpretação restritiva da alínea f) do n.º 1 do art. 755 do CC, pois não tem respaldo na lei. E o direito de retenção ali previsto não será de aplicar ao processo insolvencial, porquanto este contempla um regime imperativo que não prevê a aplicação daquele preceito e, consequentemente, da atribuição de tal direito de garantia. Logo, o crédito do dito beneficiário da promessa será classificado como comum e já não como crédito garantido.

A diferenciação de regimes tem levado o Supremo Tribunal de Justiça a corrigir interpretativamente a lei, ainda que *contra legem*.

Entende-se que somente uma alteração legislativa ao art. 106.º do Código de Insolvência que venha a conceder ao beneficiário da promessa, ainda que com eficácia meramente obrigacional e em que tenha acontecido a *traditio*, o direito de retenção previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC, sem que se admita a interpretação restritiva, permitirá a adequada proteção legal deste beneficiário.

Palavras-chave: direito civil; direito de retenção, promitente-comprador; promitente-adquirente; promitente-vendedor; promitente-alienante; insolvência; garantia comum; acórdão uniformizador de jurisprudência.

Abstract

The Supreme Court of Justice, through Rulings 4/14 and 4/19 standardising jurisprudence handed down in insolvency proceedings, has produced a restrictive interpretation of article 755, no. 1, paragraph f) of the Civil Code, considering that the right of guarantee, even when faced with the prevalence accorded to the mortgage (if previously registered) only applies to the beneficiary of the intended sale in cases where the property, under conveyancing, is intended for housing or private use.

Therefore, in insolvency cases affecting the intended vendor, the Supreme Court of Justice understands that when the property is destined for housing, provided the respective assumptions have been verified, the credit of the intended purchaser is guaranteed by the right of retention prevailing over the mortgage.

The truth is that a restrictive interpretation of said paragraph f) does not seem legally permissible, as it has no support in law. Furthermore, the right of retention thereby provided shall not be applicable in insolvency proceedings, as it contemplates an imperative regime that does not provide for the application of that precept, nor, consequently, the attribution of such a right of guarantee. Therefore, the credit of said promissory beneficiary shall be classified as common and no longer as guaranteed credit. The differentiation of regimes has led the Supreme Court of Justice to correct the interpretation of the law, even if *contra legem*.

On a legislative change to article 106 of the Insolvency Code granting the beneficiary of the promise, even if with merely obligatory effectiveness and in which conveyancing has occurred, the right of retention provided for in paragraph f), without admitting a restrictive interpretation, will allow adequate legal protection for this beneficiary.

Keywords: Civil law; right of retention; promisor-buyer; promissory purchaser; promissory vendor; promissory alienator; insolvency; common guarantee; ruling standardising jurisprudence.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac./Acs.	Acórdão/Acórdãos
art./arts.	Artigo/Artigos
AUJ	Acórdão Uniformizador de Jurisprudência
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil Português de 1966
CDP	Cadernos de Direito Privado
Cfr.	Conferir, confrontar
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CJ	Coletânea de Jurisprudência
CPC	Código de Processo Civil de 2013
DL	Decreto-Lei
ed.	Edição
n.º./n.ºs	Número/Números
<i>op. cit.</i>	Na obra citada
p./pp.	Página/Páginas
proc.	Processo
reimpr.	Reimpressão
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
T.	Tomo
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Índice

1. Introdução	7
2. O direito de retenção	8
2.1 Breve enquadramento histórico e de direito comparado	8
2.2 Natureza jurídica e fundamento	11
2.3 Pressupostos do direito de retenção (artigos 754.º e 756.º do Código Civil) e o regime consignado no número 2, do artigo 759.º do Código Civil	14
3. O caso especial do direito de retenção, previsto na alínea f) do número 1, do artigo 755.º do Código Civil	19
3.1 Do seu enquadramento legislativo	19
3.2 Da <i>traditio</i>	24
3.3 Da natureza do crédito	26
4. Da posição do promitente-adquirente de imóvel no âmbito do processo de insolvência do promitente-alienante e da invocação do direito de retenção	27
4.1 Da admissibilidade da invocação do direito de retenção por parte do promitente-adquirente	28
4.1.1 Da resolução do contrato-promessa antes da declaração de insolvência e do reconhecimento do direito de retenção	28
4.1.2 Da recusa do administrador de insolvência em cumprir o contrato-promessa e da consequente inadmissibilidade legal em reconhecer o crédito do promitente-comprador como garantido pela via do direito de retenção	29
5. Conclusão	33
Bibliografia	34
Jurisprudência	36

1. Introdução

Nesta dissertação, subordinada ao tema “Do direito de retenção atribuído ao promitente-comprador no âmbito do processo de insolvência do promitente-vendedor”, abordaremos a problemática da garantia atribuída ao crédito daquele promitente-adquirente.

Verifica-se que a jurisprudência, não obstante a prolação de três acórdãos uniformizadores, nem sempre parece acolher o que se encontra vertido quer na lei civil, quer na lei insolvencial, criando distinções de qualificação do sujeito beneficiário do citado direito de garantia que merecem reparos, pois não encontra na lei qualquer respaldo. E nem a doutrina concede alguma tranquilidade ao tema em análise, porquanto, também, apresenta disparidade de entendimentos, designadamente quanto à natureza do crédito e quanto à dita qualificação do beneficiário do direito de retenção abrangido pela alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do CC.

A verdade é que para se lóbrigar se no âmbito do processo de insolvência do promitente-alienante o beneficiário da promessa que obteve a tradição do imóvel tem o seu crédito abrangido pelo direito de retenção, e por isso garantido, necessário se torna efetuar uma incursão pelo direito material deste instituto.

Assim, efetuar-se-á um breve enquadramento histórico e de direito comparado do direito de retenção, bem como se analisará a sua natureza jurídica e fundamento, após o que nos deteremos no caso especialmente previsto na alínea f) do n.º 1, do artigo 755.º do CC, analisando o seu enquadramento legislativo, os termos em que se verifica a *traditio* e a natureza do crédito. E munidos de todo este acervo de direito substantivo, a que se encontra, sempre associada, a respetiva jurisprudência, que auxilia na respetiva interpretação dos preceitos legais aplicáveis, abordaremos a posição do promitente-adquirente no processo de insolvência e dos termos em que se entende ser legalmente admissível a invocação do seu direito de retenção com a consequente classificação do seu crédito como garantido. Ainda se explicitará os casos em que se considera, e em face da lei, que àquele crédito não pode ser atribuído o dito direito de garantia, motivo pelo qual será classificado como comum.

No final não deixaremos de emitir pronúncia quanto ao que se entende que deveria ser concretizado em termos legislativos para que se alcance a adequada tutela do promitente-adquirente, eliminando-se, assim, do âmbito do processo de insolvência do promitente-alienante, a possibilidade de tal crédito ser classificado como comum.

2. O direito de retenção

2.1 Breve enquadramento histórico e de direito comparado

Para que possamos compreender o instituto do direito de retenção urge efetuar uma análise às suas origens, à sua história e de direito comparado.

Carneiro Pacheco elucida que a escassez e a obscuridade das fontes não permitiram vislumbrar a existência daquele direito nas antigas legislações do “Extremo Oriente, nas leis indianas, hebraicas e gregas”¹. Esclarece, ainda, que no direito romano primitivo, e no período dedicado à forma processual das *legis actiones*², não se encontravam alusões ao *jus retentionis*. Mas é no período dedicado ao processo *per formulas*³ que aquele surge como um dos desenvolvimentos das concretizações da *exceptio doli mali*, visando impedir que o autor recupere uma coisa sua, antes de ter satisfeito as despesas que estão ligadas à detenção da coisa. E eis que no período destinado às *cognitiones extraordinariae*⁴ se encontram vários textos com a invocação do *jus retentionis* que o autonomiza da forma processual da *exceptio doli*⁵.

Segundo Taveira da Fonseca⁶, a mais antiga prova de direito de retenção remonta à *Lex Rhodia de Iactu* (direito marítimo de Rodes) em que o direito sobre o salvado de um naufrágio era atribuído ao capitão, mestre do navio mercante. O possuidor de boa-fé, e por referência às despesas realizadas na coisa reivindicada, podia invocar o direito de retenção que era exercido pela *exceptio doli* oposta à *rei vindicatio*. Também aquele que escrevia uma carta podia recusar-se a devolvê-la ao proprietário até ser ressarcido das despesas da escrita, invocando a dita *exceptio doli*.

O direito de retenção era reconhecido ao devedor pela conexão material que existia entre o crédito e a coisa retida. E com o *pignus gordianum*⁷, também, já se verificava o reconhecimento do direito de retenção sem que existisse uma relação entre a coisa retida e o crédito.

O direito de retenção foi aceite pelas legislações bárbaras, até pelo facto de aquelas já admitirem a “*pignoratia privata* que constituía a mais frequente expressão da

¹ Carneiro Pacheco, 1911, pp. 23 e ss.

² Sebastião Cruz, 1984, pp. 332-333, ensina que o “*sistema das legis actiones*” (ações da lei) corresponde ao sistema jurídico romano primitivo de processar, que durou até cerca do ano 130 a.c. como forma única, em que as atuações processuais tinham de se acomodar ao prescrito nas *leges* e que se caracterizava por ser um processo oral.

³ Sebastião Cruz, 1984, p. 333, refere que a *lex Aebutia de formulis*, que se situa no período compreendido entre 149 a.c. e 126 a.c., introduziu uma nova forma de processar (*agere per formulas*) que se traduz num processo predominantemente escrito em que o Pretor (e conforme menciona Carneiro Pacheco, 1911, pp. 24-25) se torna uma fonte de direito privado.

⁴ A *cognitio extra ordinem* corresponde a um novo processo romano que já decorre perante um magistrado que decide a matéria litigiosa mediante uma sentença, tal como nos refere Santos Justo, 2010, pp. 146-147.

⁵ Tal como refere Carneiro Pacheco, 1911, pp. 24-25.

⁶ Taveira da Fonseca, 2019, pp. 52-53.

⁷ Taveira da Fonseca, 2019, p. 53.

justiça pelo indivíduo”⁸. A verdade é que com a consagração do princípio da justiça social o direito de retenção persistiu por não se caracterizar pela violência que se verificava na *pignoratio privata*⁹.

No direito feudal¹⁰ o citado direito de retenção estabeleceu-se nas relações entre o senhor e o vassalo em que era permitido aos herdeiros deste, falecido e sem filhos, manterem o feudo até serem indemnizados pela acessões e melhoramentos efetuados pelo vassalo.

Taveira da Fonseca¹¹ adianta que a autonomização dogmática do direito de retenção é condicionada pelo facto de tal instituto não ter conhecido um tratamento sistemático no direito romano. Efetivamente, a ausência de uma sistematização, de todas as vezes em que ao réu era reconhecido o direito de retenção, levou a que tal instituto tivesse nos vários ordenamentos jurídicos âmbitos de aplicação e efeitos não coincidentes.

Na atualidade¹² o art. 1866.º do CC Espanhol¹³ e o art. 2794.º do CC Italiano¹⁴ permitem que findo o penhor o credor possa continuar a reter a coisa na condição de o devedor ter contraído um novo crédito e constituído um novo penhor. No direito francês também se admitiu tal possibilidade ao credor pignoratício no art. 2082.º, n.º 2 do CC, mas, entretanto, este preceito foi revogado¹⁵.

Taveira da Fonseca¹⁶ esclarece que naqueles citados preceitos, que têm a sua origem no *pignus gordianum* romano, não se verifica uma conexão entre créditos. Ali a conexão funda-se no facto de se presumir que o credor concedeu ao devedor um novo crédito que tem em consideração o penhor anteriormente constituído para garantia de uma dívida anterior.

No ordenamento jurídico português, o art. 754.º do CC prevê a faculdade de o devedor invocar o direito de retenção sobre certa coisa (que está obrigado a entregar) sempre que o seu crédito resultar de despesas feitas por causa de certa coisa ou de danos por ela causados. Verifica-se aqui uma conexão material¹⁷ entre a coisa retida e o crédito. E no art. 755.º do CC admite-se, excecionalmente, o direito de retenção aos casos em que

⁸ Conforme elucida Carneiro Pacheco, 1911, pp. 26-27. Este autor dilucida que a *pignoratio privata* possibilitava ao credor procurar “em alguma coisa pertencente ao devedor o penhor para garantia do seu crédito, ainda quando a não tivesse em seu poder”, pelo que o credor ficava, assim, com a possibilidade de a reter.

⁹ Tal como mencionado por Carneiro Pacheco, 1911, p. 27

¹⁰ Elucida, ainda, Carneiro Pacheco, 1911, p. 27.

¹¹ Taveira da Fonseca, 2019, p. 285.

¹² E tal como elucida Taveira da Fonseca, 2019, p. 344.

¹³ CC Espanhol consultado *online*.

¹⁴ CC Italiano consultado *online*.

¹⁵ Tal como explica Taveira da Fonseca, 2019, p. 344.

¹⁶ Cfr. Taveira da Fonseca, 2019, p. 344.

¹⁷ Conexão material que é referida por Taveira da Fonseca, 2019, p. 345, por Júlio Gomes, 2005, p. 8 e Menéres Campos, 2003, p. 222.

os direitos de crédito estão interligados por uma relação de conexão jurídica em que o crédito nasce por virtude do contrato.

O legislador francês¹⁸, e após a reforma do direito das garantias, alargou o âmbito de aplicação do direito de retenção às situações em que se verifica entre a coisa retida e o crédito uma conexão material e jurídica. Contudo, a doutrina francesa, ao qualificar os casos do direito de retenção com conexão jurídica “como uma manifestação particular da exceção de não cumprimento”¹⁹, reduz a faculdade de invocação do direito de retenção aos casos em que acontece, apenas, uma conexão material, bem como uma conexão convencional que legitima a retenção da coisa até ao pagamento do seu crédito.

A lei civil italiana²⁰ tem uma visão restritiva do direito de retenção e não se verifica uma autonomização de tal direito. O ordenamento jurídico brasileiro²¹ no seu CC de 2002²², também, adotou uma visão restritiva de tal direito de retenção.

Por seu lado, o ordenamento jurídico alemão, que aceita o direito de retenção nos casos em que se verifica uma conexão material e jurídica, aplica, ainda, tal instituto a “uma situação corrente da vida (...) sendo contrário à boa-fé exigir o cumprimento de uma das obrigações sem cuidar do cumprimento simultâneo da obrigação recíproca”²³.

Taveira da Fonseca refere que ao nível dos instrumentos de direito europeu²⁴ ²⁵ não se prevê a aplicabilidade geral do instituto do direito de retenção. Efetivamente, admite-se a sua invocação nos contratos sinalagmáticos e nestes casos, conforme adianta a citada autora²⁶, estabelece-se que a parte tem o direito a invocar o *right to withhold performance*²⁷, desde que as circunstâncias do caso considerem razoável tal invocação. No DCFR o direito de retenção está reconhecido em circunstâncias muito especiais a alguns devedores (agente e franchisado) e permite ao retentor não só recusar a prestação como nos termos do art. 2:114, das DCFR, é, ainda, conferido ao titular do direito de retenção um direito de garantia – a “*possessory security right*”²⁸.

¹⁸ Cfr. Taveira da Fonseca, 2019, pp. 327-331.

¹⁹ Cfr. Taveira da Fonseca, 2019, p. 331.

²⁰ Tal como ensina Taveira da Fonseca, 2019, pp. 331-334 e Júlio Gomes, 2005, p. 4.

²¹ Cfr. Taveira da Fonseca, 2019, p. 333.

²² Aprovado pela Lei 10.406 de 10/01/02.

²³ Cfr. Taveira da Fonseca, 2019, pp. 334-335.

²⁴ Cfr. Taveira da Fonseca, 2019, pp. 232-235, 340-341.

²⁵ Os *Principles of European Contract Law* (PECL), bem como o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), a proposta de Regulamento relativo a um direito europeu comum de compra e venda, bem como a *Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias*, também conhecida por Convenção de Viena ou por Convenção CISG (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) que entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 01/01/88 e em Portugal a 01/10/21, após aprovação para adesão que foi publicada pelo Decreto n.º 5/2020 de 07/08.

²⁶ Cfr. Taveira da Fonseca, 2019, p. 341.

²⁷ Expendido no art. 9:201, da secção 2.ª do capítulo 9 dos PECL, bem como no art. 3:401, da secção IV do Livro III do DCFR.

²⁸ Cfr. Taveira da Fonseca, 2019, p. 341.

No âmbito da Convenção de Viena²⁹ verifica-se que no art. 85.º é concedido ao vendedor um direito de retenção até que o comprador que está em mora na aceitação da entrega, ou que não efetuou o pagamento (quando este e a entrega das mercadorias tenha de acontecer em simultâneo), o venha a reembolsar das despesas por si incorridas. E no n.º 1, do art. 86.º é já ao comprador que é concedida a faculdade de exercer aquele direito sobre as mercadorias recebidas que pretende recusar e até obter do vendedor o reembolso das despesas razoáveis que efetuou naquelas.

Nos países de *common law* o direito a reter só existe nos casos contratualmente previstos e em que se condiciona a sua aplicabilidade à verificação de uma reciprocidade de obrigações, bem como aos casos de incumprimento³⁰.

2.2 Natureza jurídica e fundamento

No ordenamento jurídico português o direito de retenção constitui uma garantia especial das obrigações e o seu regime está previsto nos arts. 754.º a 760.º do CC.

O art. 754.º do CC consigna a faculdade atribuída ao devedor da obrigação de restituição de uma coisa de não cumprir, legitimamente, essa obrigação, retendo-a, enquanto o credor dessa restituição não satisfizer a dívida que tem para com aquele. Nos arts. 755.º e 756.º do CC encontramos, respetivamente, uma delimitação, positiva (casos especiais) e negativa (exclusão), daquele direito.

A dita função de garantia concretiza-se no art. 604.º, n.º 2 do CC, ao preceituar que o seu titular tem o direito a ser pago com preferência pelo valor da coisa em relação aos credores comuns do devedor. E esta função é reforçada no caso de retenção de coisas imóveis, porquanto o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, conforme previsto no art. 759.º, n.º 2 do CC, atribuindo-se, assim, ao retentor a faculdade de realização pecuniária do seu direito.

Para além da função de garantia está, ainda, associado àquele direito uma função compulsória ou coercitiva. Efetivamente, a recusa de restituição da coisa, também, pressiona a contraparte a cumprir o crédito que se encontra conexo com a coisa retida. E essa pressão será tanto maior, quanto maior for a importância da coisa retida para o credor da entrega. Outro sinal da função coercitiva, ou compulsória, reside no facto de as cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade não afastarem a invocação daquele direito.

O direito de retenção começou por ser visto como um importante instrumento de autotutela. Efetivamente, a faculdade dada ao devedor de não entregar a coisa retida, enquanto o credor não cumprir a sua obrigação, compele este credor da prestação a

²⁹ Cfr. Taveira da Fonseca, 2019, p. 341.

³⁰ Cfr. Taveira da Fonseca, 2019, p. 232.

realizar extrajudicialmente, a dita prestação, sem que seja necessário recorrer à ação creditória, prevista no art. 817.º do CC.

Mas o legislador do CC de 1966, e em face do expendido nos arts. 604.º e 759.º do CC, optou por sobrepor a função de garantia à finalidade coercitiva, sem que a tivesse abandonado.

Recorde-se que no art. 754.º do CC está previsto um direito de retenção em que existe uma conexão material entre a coisa retida e o crédito do retentor, porquanto este crédito resulta de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados. Esta conexão material legitima que este credor, sobre o qual recai a obrigação de entrega, não cumpra, legitimamente, essa obrigação enquanto não lhe forem pagas, pelo credor da coisa, as despesas que aquele efetuou por causa da coisa ou de danos por ela causados.

A conexão material constitui, assim, o fundamento do direito de retenção³¹. Contudo, esta conexão material deve ser devidamente interpretada de modo que não se admita a oponibilidade do direito de retenção ao proprietário que não é devedor da obrigação conexa. Daí que alguns tribunais portugueses já tenham recusado ao subarrendatário a possibilidade de opor ao senhorio o direito de retenção, pelas benfeitorias úteis que realizou no objeto locado, se o subarrendamento não tiver sido àquele comunicado³². E do mesmo modo admitiu-se que quem procedeu à reparação de um automóvel pudesse opor o seu direito de retenção à sociedade locatária, que foi quem solicitou o serviço, e que é a devedora das reparações, já não sendo, por isso, admissível a invocação de tal direito de retenção à locadora financeira que é, apenas, a proprietária do veículo^{33 34}.

A verdade é que o Código Civil, igualmente, prevê outras situações em que existe uma conexão, não material, mas antes jurídica, entre a coisa retida e o crédito, que advém

³¹ Júlio Gomes, 2005, pp. 12-13, refere que “parece que o direito de retenção terá nascido para proteger o possuidor que realizou benfeitorias”, adiantando que há autores que entendem que o direito de retenção somente deveria existir nos casos de *debitum cum re junctum*. Explicita que para aqueles autores compreender-se-ia o direito de retenção quando a coisa aumentou de valor, porque foi transformada ou melhorada, ou quando o credor suportou despesas de conservação para evitar a deterioração da coisa ou sofreu um dano por causa dela, porquanto já será a coisa a devedora do crédito reclamado.

³² Tal como consta no Ac. do STJ de 27/11/97, proc. 97B597.

³³ Cfr. Ac. do TRL de 18/11/04, proc. 7728/2004-6. A verdade é que os tribunais, designadamente no Ac. do TRL de 17/07/08, proc. 3081/2008-1, “dão de barato” que a oficina de reparação de veículos automóveis que procede à reparação do veículo pode invocar o direito de retenção contra o proprietário do mesmo, enquanto não lhe for pago o seu crédito, ainda que este não tenha encomendado àquele a dita reparação. Nestes casos, em que o direito de retenção recairá, sempre, sobre uma coisa que é propriedade de quem não é o devedor das reparações, não existe reciprocidade de créditos, entre o proprietário da coisa retida e o detentor. Logo, o proprietário da coisa retida, que é um terceiro relativamente à relação creditícia, vê, assim, limitado o seu direito de propriedade, por virtude de um contrato em que não é parte.

³⁴ Taveira da Fonseca, 2019, p. 291 e Júlio Gomes, 2005, p. 6, referiram que na jurisprudência francesa, principalmente nas situações de conexão material, existe um largo consenso no que concerne à oponibilidade do direito de retenção ao proprietário que não é devedor, tal como em Portugal. Contudo, o *Conseil d'État*, numa decisão divergente daquele que vinha sendo o entendimento adotado pela *Cour de Cassation*, no seu Ac. de 02/07/03 decidiu que a Administração do Aeroporto de Paris não podia reter um avião quando o seu proprietário não era devedor das taxas aeroportuárias em falta, entendendo que o direito de retenção sobre coisa que é propriedade de quem não é o devedor do crédito constituiria uma violação grave e manifestamente ilegal do direito de propriedade.

de a obrigação da entrega da coisa e o crédito provirem da mesma relação jurídica. E estes são os casos especiais previstos no art. 755.º, n.º 1, do CC. Contudo, no art. 1323.º, n.ºs 5, 6 e 7 do CC estamos perante um direito de retenção que se traduz no poder de não cumprir com a obrigação de entrega até que a obrigação conexa, que advém da existência de uma ligação corrente da vida, seja cumprida - tal como elucida Taveira da Fonseca³⁵.

Encontramos, ainda, exemplos do direito de retenção, em que se verifica uma conexão jurídica entre o crédito e a coisa retida, no direito de retenção do transportador (previsto no art. 14.º do DL n.º 239/2003 de 04/10), do direito de retenção do advogado (consignado no art. 101.º, n.º 3, do Estatuto da Ordem dos Advogados) e do direito de retenção conferido ao agente comercial, previsto no art. 35.º do DL n.º 178/86 de 03/07/86.

Conforme veremos mais adiante, a admissibilidade do direito de retenção dependerá do preenchimento dos requisitos do art. 754.º CC, ou de enquadramento nos casos do art. 755.º CC, e será excluído sempre que se verifique alguma das situações expendidas no art. 756.º CC.

O fundamento para o reconhecimento do direito de retenção previsto na lei assenta na ligação da conexão da reciprocidade dos créditos. Efetivamente é atribuído ao devedor da entrega o direito de retenção por se considerar injusto que este seja obrigado a cumprir sem que, por sua vez, o seu credor cumpra uma obrigação conexa com aquela.

O ordenamento jurídico português no art. 754.º do CC admitiu um direito de retenção “com caráter genérico”³⁶ e no art. 755.º do CC consignou que o citado direito se aplica às situações ali, especialmente, previstas. E a alusão ao caráter genérico do art. 754.º do CC não transforma o direito de retenção num instituto de aplicação geral, porquanto, e tal como referem Pires de Lima e Antunes Varela³⁷, nenhum princípio geral foi formulado relativamente aos créditos provenientes da mesma fonte ou às dívidas que se filiam na mesma relação jurídica que apenas preveem a faculdade do direito de retenção nos casos especialmente previstos.

³⁵ In anotação ao art. 755.º do CC, 2021, p. 1010. E no citado preceito identificamos um afloramento do entendimento da doutrina e jurisprudência alemã que segundo a citada autora (2019, pp. 334-335) consideram suficiente para a invocação do direito de retenção a existência de uma ligação corrente da vida e isto ainda que para o § 273 do BGB o direito de retenção dependa da verificação das obrigações derivarem da mesma relação jurídica.

³⁶ Cfr. Pires de Lima/Antunes Varela, 2011, p. 773 e Taveira da Fonseca, 2019, p. 311, elucidam que o legislador português naquele preceito optou por um direito de retenção com caráter geral ou genérico para as situações limitadas aos casos em que o crédito do retentor sobre o titular da coisa tenha acontecido por virtude das despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados, sem que se especifique a causa.

³⁷ Cfr. Pires de Lima/Antunes Varela, 2011, p. 773.

2.3 Pressupostos do direito de retenção (artigos 754.º e 756.º do Código Civil) e o regime consignado no n.º 2 do artigo 759.º do Código Civil

Para que exista direito de retenção³⁸, nos termos do previsto nos arts. 754.º e 756.º do CC, necessária se torna, então, a verificação de três requisitos: em primeiro lugar que o titular do direito detenha, legitimamente, a coisa que deve entregar a outrem; em segundo lugar que o devedor da restituição do bem seja, simultaneamente, credor daquele a quem a coisa é devida; e, por fim, que o crédito do retentor (exigível) resulte de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados, verificando-se, assim, uma relação de conexão direta e material entre o crédito e a coisa retida (*debitum cum re junctum*), e não tenha sido prestada caução.

Conforme já referido, o legislador nacional, e para além dos existentes em legislação avulsa, também, admitiu um especial direito de retenção para os casos previstos no art. 755.º do CC em que o crédito do retentor e a coisa retida estão unidos por uma conexão jurídica em que há uma comunhão na fonte e já não uma conexão material.

Vejamos que para o exercício do direito de retenção o seu titular tem de deter a coisa. E para que esta detenção se verifique basta que o devedor (da retenção) tenha um poder de facto sobre o que se pretende reter, significando este um controlo material sobre a coisa³⁹ ou uma posse que se encontra fundada num direito real de garantia⁴⁰. A dita

³⁸ Conforme mencionado pela doutrina, mormente por Menéres Campos, 2013, pp. 222-223, bem como por Taveira da Fonseca, *in* anotação ao art. 754.º do CC, p. 1006, Pires de Lima/Antunes Varela, 2011, pp. 773-774, Almeida Costa, 2022, pp. 974-975, que a título exemplificativo menciona as benfeitorias expendidas no art. 1273.º do CC e os danos expressos nos arts. 1322.º e 1323.º do CC.

³⁹ Cfr. Júlio Gomes, 2005, p. 10, acompanhado por Taveira da Fonseca, 2019, *op. cit.*, p. 287. Contudo, Mascarenhas Ataíde, num entendimento que não sufragamos, refere que o exercício de poderes de facto sobre a coisa não significa que o titular de tal exercício seja titular de qualquer poder de controlo (2015, pp. 79-120). Efetivamente, torna-se difícil de lobrigar que quem tem o exercício do poder de facto, e relativamente ao qual a lei (em caso de dúvida) até presume que tem a posse (conforme vertido no n.º 2, do art. 1252.º do CC), não venha a controlar a coisa.

⁴⁰ Tal como refere Andrade Mesquita, 2001, p. 171. Efetivamente, e tal como previsto no art. 1251.º do CC, sendo a posse, também, o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício de um direito real, entende-se que a posse para efeitos do direito de retenção não exige o *animus possidendi*, mas, antes, um *animus domini*, conforme esclarece o Ac. do STJ de 16/10/08, proc. 08A2357, que cita para esta distinção Luso Soares, 1996. E aquela posse, em caso de dúvida, presume-se que é concretizada por aquele que exerce o poder de facto sobre a coisa. Logo, para efeitos da constituição do direito de retenção é suficiente uma detenção ou posse precária que se caracteriza pelo poder de facto que é exercido pelo detentor sobre a coisa, ainda que em nome alheio, tal como previsto na parte final da alínea c), do art. 1253.º, “que tem por base um título do qual não resulta o direito real aparente, mas apenas o direito (ou obrigação) de reter a coisa ou de a utilizar.” – tal como referido por Pires de Lima/Antunes Varela, 1987, pp. 10-11. Essa detenção, ou posse precária, que se deve manter, sob pena de extinção do direito, é exercida, conforme já referido, com o dito *animus domini*. E o detentor, por via da remissão dos arts. 758.º e 759.º do CC, adquire, pelo n.º 1, do art. 670.º do CC, o direito de fazer uso das ações destinadas à defesa da posse, ainda que seja contra o próprio dono, encontrando-se neste tipo de situações o caso em que o proprietário, por esbulho, priva o detentor da coisa retida. Acompanhamos a doutrina (Antunes Varela, 1991/1992, p. 352, Andrade Mesquita, 2001, pp. 172-173, Lebre de Freitas, 2009, pp. 283-284 e Taveira da Fonseca, 2019, pp. 290-292) que considera que o detentor que invoca o direito de retenção não tem a faculdade de deduzir oposição mediante embargos de terceiro, prevista no art. 342.º do CPC, contra uma penhora, por se entender que esta não é incompatível com aquele direito. Efetivamente, a penhora não é incompatível com o direito

detenção, em que o retentor terá de manter um poder de facto sobre a coisa retida, poderá (inclusivamente) ser exercida por interposta pessoa, tal como tem entendido Taveira da Fonseca⁴¹ e Júlio Gomes⁴². E os atos que traduzem a detenção sobre a coisa tornam-se, sobremaneira, importantes no âmbito do direito real de garantia do direito de retenção, porquanto são aqueles que garantem a publicidade necessária à constituição daquele direito (não sujeito a registo) que no caso de recair sobre imóveis origina que o mesmo prevaleça sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido anteriormente registada, conforme previsto no art. 759.º, n.º 2 do CC. Daí que se tenha por assente que o direito de retenção tem por objeto coisas corpóreas (móveis ou imóveis) alheias (ou não) ao retentor e de natureza não fungível.

Não se olvide que no direito português, e na linha do ensinamento de Antunes Varela, (segundo o qual a coisa retida tem de pertencer ao devedor do retentor)⁴³, sobressai o entendimento de que o direito de retenção recai sobre uma coisa que não pertence ao detentor, por se tratar de um *ius in re aliena*. Mas Taveira da Fonseca⁴⁴ elucida que o retentor poderá ser o proprietário da coisa retida, pois nada na lei obstaculiza tal possibilidade. E apresenta, a título de exemplo, o caso do proprietário, que tendo efetuado obras que eram da responsabilidade do usufrutuário, pretende reter a coisa até receber a quantia devida. Nestes casos, e conforme elucida a citada autora, a função principal do direito de retenção é a função compulsória (que visa levar o devedor a realizar a prestação), sendo acessória a função de garantia (que se traduz em recusar a entrega até que a prestação da outra parte seja cumprida), não sendo

de retenção, porquanto o titular deste direito pode fazer valer tal direito pela dedução da reclamação de créditos, prevista no art. 788.º do CPC. Este entendimento está, também, vertido no Ac. do STJ de 26/06/01, proc. 01A1843 e no Ac. do STJ de 24/09/09, proc. 14731/16.0T8PRT-B.PL.S1. E não constituindo a entrega da coisa retida, na sequência de uma penhora, um ato voluntário, então, a perda da detenção não determina, nos termos do art. 761.º do CC, a extinção da garantia (cfr. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil*, 2011, pp. 783-784). A dita extinção, apenas, ocorre, e nos termos do n.º 2 do art. 824.º do CC, com a venda executiva do bem, porquanto este é transmitido livre dos direitos de garantia que os oneram. Mas, tendo o titular do direito de retenção invocado o seu direito e o respetivo crédito, em sede de reclamação de créditos, então, e ainda que tenha perdido a detenção da coisa, o seu crédito transfere-se para o produto da venda do bem, tal como consignado no n.º 3 do art. 824.º do CC, tendo aquele direito a ser pago com preferência aos demais credores, conforme previsto no n.º 1 do art. 759.º do CC. Contudo, e como bem tem sido defendido por Andrade Mesquita, 2001, pp. 269-271 e Taveira da Fonseca, 2019, p. 292, no âmbito de um processo executivo para entrega de coisa certa, já poderá o detentor deduzir oposição mediante embargos de terceiro pois, neste caso, não poderá obter a satisfação do seu crédito uma vez que nesta lide executiva não ocorrerá a venda judicial da coisa retida.

⁴¹ In anotação aos arts. 754 e 756.º do CC, “*Comentário ao Código Civil*, pp. 1006-1014, esta autora elucida que tal possibilidade se infere pela aplicabilidade ao retentor, por remissão, (vertida nos arts. 758.º e 759.º, n.º 3 do CC) do reconhecimento que é conferido ao credor pignoratício no art. 669.º n.º 1, quando preceitua que o penhor só produz os seus efeitos pela entrega da coisa empenhada ao credor ou a terceiro, bem como se pressupõe quando no n.º 2 do art. 755.º do CC se consigna que no caso de transportes sucessivos, em que os transportadores se obrigaram em comum, então, o último detém as coisas em nome próprio e em nome dos outros.

⁴² Gomes, 2005, p. 10.

⁴³ Antunes Varela, 2022, p. 579.

⁴⁴ Taveira da Fonseca 2019, p. 295.

atribuído ao retentor o direito a ser pago com preferência aos demais credores, pois a coisa pertence-lhe.

No que concerne aos casos em que o objeto retido pertence a um terceiro, tema este que já foi sumariamente abordado, não se pode deixar de fazer, ainda, referência à situação do subempreiteiro⁴⁵.

A doutrina tem, maioritariamente, entendido que estando reunidos os pressupostos do art. 754.º e do art. 756.º do CC, então, o subempreiteiro pode invocar o seu direito de retenção contra o empreiteiro⁴⁶. Contudo, a oponibilidade do direito de retenção do subempreiteiro relativamente ao dono da obra já acarreta alguma dificuldade de aceitação que secundamos. Efetivamente, sendo o dono da obra um terceiro à relação de crédito estabelecida entre o titular do crédito das despesas feitas por causa da coisa (que é o subempreiteiro devedor / retentor da coisa) e o devedor dessas prestações (que é o empreiteiro), então, àquele não pode ser oposto o direito de retenção, porquanto o subempreiteiro não tem qualquer crédito sobre o dono da obra.

Ao ser feita referência ao subempreiteiro não se pode deixar de fazer menção ao empreiteiro, relativamente ao qual não existem dúvidas, quer na doutrina⁴⁷, quer na

⁴⁵ No contrato de subempreitada, o subempreiteiro é o terceiro que se obriga perante o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra obrigado perante o dono da obra, conforme consignado no n.º 1, do art. 1213.º do CC. Logo, o contrato de subempreitada pressupõe a existência do contrato de empreitada, ao qual está subordinado, e por intermédio do qual o empreiteiro continua ligado ao dono da obra. É o subempreiteiro que executa os trabalhos em vista do fim comum que é a obra prevista no contrato de empreitada.

⁴⁶ Taveira da Fonseca, 2019, pp. 294-300, entende que o direito de retenção é oponível ao adquirente da coisa ainda que este direito se tenha constituído no momento da transferência da propriedade, não sendo admissível a constituição de tal garantia quando a propriedade da coisa já pertence a um terceiro. Por seu lado, Romano Martinez, 2000, pp. 387-388, considera que apenas é invocável o direito de retenção nos casos em que se verifica uma ação direta do subempreiteiro contra o dono da obra. Já Júlio Gomes, 2005, p. 15-16, entende que a invocação do direito de retenção está dependente da conexidade material entre o crédito e a coisa, pelo que aplaudiu a solução encontrada pelo Ac. do STJ de 28/05/81, proc. 69192 (*BMJ*, n.º 307, 1981, pp. 266-271), nos termos da qual “o subempreiteiro não goza contra o dono da obra de direito de retenção por não ser este o devedor do preço da empreitada”. Já no Ac. do TRG de 07/12/16, proc. 3517/16.1T8BRG.G1, entendeu-se que “é inviável o direito de retenção do subempreiteiro sobre o empreiteiro em caso de obra sobre imóvel, em que o solo ou a superfície pertence ao dono da obra, porquanto necessariamente se reflete sobre o dito dono da obra que em relação ao contrato de subempreitada é terceiro”. Efetivamente, este dono da obra não é o devedor do detentor, pelo que é terceiro naquela relação creditícia entre empreiteiro e subempreiteiro.

⁴⁷ Pires de Lima/Antunes Varela, 1997, pp. 875-876, defendiam que por virtude de no preço da obra (que corresponde ao crédito do empreiteiro) não poder ser considerado uma despesa realizada por causa da coisa, então, não se permitia, assim, ao empreiteiro invocar o direito de retenção, enquanto não for pago o preço da empreitada. A verdade é que a doutrina tem atualmente considerado que o facto de ambos os créditos terem origem no contrato de empreitada não impossibilita que entre os mesmos se estabeleça uma relação de conexão material, tal como refere Taveira da Fonseca, 2019, p. 312, Calvão da Silva, 2002, pp. 342-344. Pestana de Vasconcelos (2023, pp. 395-399) elucida que o empreiteiro para a realização da obra tem de efetuar despesas, designadamente, aquisição de materiais, máquinas, remunerações, que são feitas por causa da obra (da coisa), mas o direito de retenção não se limita àquelas, porquanto entende que o preço (que contempla o lucro expectável para aquela obra) está assegurado por aquele direito, sendo, então, o preço da obra o crédito do detentor/empreiteiro. Ao invés, Ferrer Correia/Sousa Ribeiro, 1988, p. 21, entendem que o direito de retenção apenas cobre as despesas, efetivamente, suportadas pelo empreiteiro para custear a execução da obra, adiantando Júlio Gomes, 2005, p. 19, que “muito embora não se diga na lei que o montante do crédito tem de ser igual às despesas realizadas, não parece que este preceito tenha sido pensado para garantir um lucro contratual: o que parece estar em jogo é uma espécie de responsabilidade da própria coisa, seja pelos danos que ela causou (a ovelha tresmalhada do vizinho que veio banquetear-se na minha horta), seja porque incorporou um valor que o retentor criou e verificar-se-ia um genuíno enriquecimento sem causa se este valor não fosse restituído.” A fim de justificar o direito de retenção do

jurisprudência⁴⁸, que aquele interveniente num contrato de empreitada, e para obter o pagamento do preço, pode fazer uso do direito de retenção, desde que se encontrem verificados os pressupostos vertidos nos arts. 754.º e 756.º do CC.

Nos termos da alínea a) do art. 756.º do CC, é excluído do direito de retenção quem obteve a coisa por meios ilícitos, devendo entregá-la se no momento da aquisição era conhecedor da aludida ilicitude. Daí que não seja admissível reconhecer ao empreiteiro um direito de retenção sobre a obra produzida, para garantia do preço, se a detenção da obra adveio de um ato de força do retentor, como por exemplo, a mudança unilateral das fechaduras da obra⁴⁹.

Para além da lícita detenção, o legislador, também, exige (conforme anteriormente mencionado) que o detentor seja, simultaneamente, credor da pessoa com direito à entrega. E que se venha a verificar ou uma conexão material, prevista no art. 754.º do CC, ou uma conexão jurídica (expendida no art. 755.º do CC) em que nesta se torna evidente a inexistência ou a diluição da “conexão objetiva entre a coisa retida e o crédito”^{50 51}.

Exclui-se, ainda, o direito de retenção a todo aquele detentor que adquiriu o crédito por virtude das despesas realizadas de má-fé na coisa retida, tal como previsto na alínea b) do art. 756.º do CC. Para a jurisprudência esta má-fé do retentor acontece quando este não se absteve de realizar as despesas com a coisa retida, quando bem sabia que havia vícios ou defeitos na sua aquisição e quando as realizou com a consciência de prejudicar ou lesar o direito do dono da coisa⁵². Taveira da Fonseca⁵³ elucida que a realização das ditas despesas não poderá violar o dever de lealdade e de proteção para

empreiteiro, Romano Martinez, *op. cit.*, p. 349 adianta “que nem seria de admitir que se atribuisse direito de retenção a quem realizou benfeitorias e não se concedesse ao empreiteiro que constrói, modifica ou repara uma coisa”.

⁴⁸ Agostinho Guedes, 1997, p. 320, dá-nos conta que no Ac. do STJ de 19/11/71 (*BMJ*, n.º 211, 1971, pp. 297-302), já havia sido reconhecido ao construtor um direito de retenção das chaves do prédio (que deveriam ser entregues finda a obra) enquanto não se encontrasse pago o preço da empreitada. A título exemplificativo fazemos referência ao Ac. do STJ de 29/01/14, proc. 1407/09.3TBAMT.E1.S1, que emitiu pronúncia no sentido de conceder ao empreiteiro o direito de retenção para pagamento do preço da obra, não sendo deduzido a este o lucro por aquele obtido ou a obter, e no Ac. do STJ de 16/05/19, proc. 61/11.7TBAVV-B.G1.S1, encontra-se vertido o entendimento que o art. 754.º do CC reconhece ao empreiteiro o direito de retenção, enquanto o dono da obra não pagar o preço da obra, quer esta tenha sido acaba ou não, tal como acontece no Ac. do STJ de 15/12/22, proc. 12144/21.0T8LSB.L1.S1.

⁴⁹ Cfr. Ac. do TRL de 07/05/09, proc. 749/08.0TVLSB.L1-6, no qual ficou vertido o entendimento que numa situação em que tanto o dono da obra como o empreiteiro têm acesso à obra, então, não se pode considerar que a coisa (obra) é detida por um ou por outro. Pelo que quando a empreiteira, unilateralmente, mudou as fechaduras da obra, não permitindo que o dono da obra tenha acesso à mesma, pratica um ato ilícito que não lhe permite invocar o direito de retenção, porquanto o empreiteiro obteve, assim, ilicitamente a detenção da coisa.

⁵⁰ Almeida Costa, 2022, p. 974.

⁵¹ Já Menezes Leitão, 2022, p. 237, entende que nestes casos a conexão advém da relação legal ou contratual subjacente à detenção da coisa.

⁵² Tal como o refere o Ac. do TRL de 10/09/20, proc.315/17.4T8ALM. L1-2, que elucida que a má-fé da alínea b), do art. 756.º do CC deve ser considerada no sentido psicológico, tal como esclarece o Ac. do TRP de 16/05/07, proc. 0751909.

⁵³ Taveira da Fonseca, 2019, p. 313 e anotação à alínea b) do art. 756.º do CC, 2021, p. 1015.

com aqueles a quem a retenção é oponível, pois, caso contrário, o retentor, apenas, se encontraria de má-fé quando soubesse que estaria a prejudicar o proprietário da coisa ou terceiros. E a exigência do conhecimento do prejuízo suscitaria a dificuldade em fazer prova que as despesas tenham sido realizadas de má-fé quando se obteve, licitamente, a coisa. Secundamos a citada autora quando refere que o expendido na mencionada alínea b), do art. 756.º do CC traduz o princípio que não permite o exercício do direito de retenção quando o crédito garantido tiver sido constituído de má-fé. Pelo que o retentor que na coisa retida realizou benfeitorias úteis e necessárias de má-fé nunca poderá invocar o direito de retenção sobre aquela como modo de garantir o pagamento do seu crédito relativamente aos valores das ditas benfeitorias⁵⁴.

O direito de retenção tem, ainda, de recair sobre coisas penhoráveis, pois aquele direito é excluído, e nos termos da alínea c) do art. 756.º do CC, relativamente a coisas impenhoráveis. Ora, e esta exigência de penhorabilidade compreende-se em face do regime jurídico do direito de retenção que qualifica tal direito como um direito real de garantia e em que se atribui ao seu titular um direito a ser pago com preferência pelo valor da coisa retida (art. 604.º do CC). E o facto de o direito de retenção ser excluído com a prestação de caução garante que o detentor da coisa não será obrigado a entregar a coisa sem receber a respetiva prestação.

O legislador de 1966 optou por estabelecer, no n.º 2 do art. 759.º do CC, que no caso de imóveis o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido anteriormente registada. Ora, em face do objeto da retenção expendido nas alíneas a) a e) do n.º 1 do art. 755.º do CC, crê-se que a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca (anteriormente registada), apenas se poderá verificar nos casos e situações previstas nas alíneas c) a f) do citado art. 755.º do CC, bem como nos casos consignados no preceito com carácter geral, ou seja, no art. 754.º do CC. O legislador ao determinar a dita prevalência tentou, assim, evitar o locupletamento do credor hipotecário, por virtude das despesas de melhoramento e conservação efetuadas pelo retentor/devedor na coisa⁵⁵.

Nos termos do expendido na alínea c) do n.º 1, do art. 691.º do CC, a hipoteca abrange as benfeitorias, com ressalva para os direitos de terceiros. Então, e para que os créditos do retentor, que derivam das despesas que efetuou na coisa (e que reforçam a hipoteca, porquanto aumentam ou não diminuem o valor da coisa), não ficassem desprotegidos, o legislador faz prevalecer o direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido anteriormente registada. Este princípio de prevalência está, assim,

⁵⁴ No Ac. do STJ de 11/11/93, proc. 085522, entendeu-se que o arrendatário rural, que no prédio arrendado efetuou uma benfeitoria útil de boa-fé, pode invocar o direito de retenção sobre o prédio, pelo valor da benfeitoria realizada, ainda que seja equiparado a possuidor de má-fé, pelo art. 1046.º do CC.

⁵⁵ Cfr. Menezes Cordeiro, 2023, p. 845.

intimamente ligado ao princípio da equidade e da boa-fé que pretendia evitar o enriquecimento dos credores hipotecários à custa do retentor. Até à década de 80 a citada prevalência era maioritariamente aceite pela doutrina e jurisprudência, pois o valor do dito crédito do retentor era inferior ao valor da coisa executada⁵⁶. Daí que assegurado o pagamento do crédito do retentor, também, o credor hipotecário via o seu crédito satisfeito, ainda que graduado em momento ulterior àquele. Foi após a entrada em vigor do DL 236/80, de 18/7 que doutrina teceu as maiores críticas à prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca.

3. O caso especial do direito de retenção, previsto na alínea f) do número 1, do artigo 755.º do Código Civil

3.1 Do seu enquadramento legislativo

Na década de 80 os promitentes-compradores que pretendiam adquirir a sua “habitação própria”⁵⁷ estavam numa situação de precariedade. Efetivamente, assistimos a um exponencial aumento do incumprimento dos contratos-promessa sinalizados⁵⁸, fruto da crise imobiliária vivida, bem como de uma elevada taxa de inflação, que teve por consequência um incremento dos preços, e em que tantas vezes aqueles se viam “coagidos, e para alcançarem o direito de propriedade da casa que já habitavam, a satisfazerem exigências inesperadas que sem compreensão agravavam o preço inicialmente fixado”⁵⁹. Daí que o legislador português, pelo citado DL 236/80 de 18/7, e no âmbito das transações de imóveis para a habitação, tivesse procurado reforçar a posição do promitente-comprador, “conferindo-lhe em caso de incumprimento da outra parte (e em alternativa ao direito em sinal em dobro) também o valor da coisa”, bem como a possibilidade de invocação do direito de retenção, desde que se tenha verificado a tradição da coisa⁶⁰. E este direito de retenção ficou consagrado no n.º 3 do artigo 442.º do CC, que tem por epígrafe “Sinal”.

Contudo, esta alteração legislativa foi alvo de críticas por parte da doutrina⁶¹ o que motivou a intervenção do legislador em 1986.

⁵⁶ Mas o STJ, e tal como referem Taveira da Fonseca, *in* anotação ao art. 755.º do CC, 2021, p. 1011 e Pinto Duarte, 2019, no Ac. de 09/05/15, proc. 1242/10.6YYPRT-A.P1.S1, e num caso muito especial de um crédito de alimentos destinados a garantir a subsistência de um deficiente, entendeu que a regra vertida no n.º 2, do artigo 759.º do CC não abrange os casos de hipoteca legal, tendo alegado que uma interpretação literal de tal preceito, naquele caso em apreço, violaria os princípios constitucionais da confiança e da proporcionalidade. Assim, entendeu o STJ que naquele caso especial a hipoteca legal prefere ao direito de retenção.

⁵⁷ Expressão esta referida no preâmbulo do DL 236/80 de 18/07.

⁵⁸ Cfr. Antunes Varela, 1989, p. 77.

⁵⁹ Conforme vertido no preâmbulo do Decreto-Lei 236/80 de 18/07.

⁶⁰ Conforme vertido no preâmbulo do Decreto-Lei 236/80 de 18/07.

⁶¹ Pires de Lima/Antunes Varela, 2011, p. 420 e Couto Gonçalves, 1987, pp. 329-335 (citados por Margarida Andrade/Afonso Patrão, 2016, p. 27) criticam o facto de tal redação ter permitido que o direito de retenção fosse reconhecido a todo o promitente-comprador, inclusivamente a quem não destina o imóvel à habitação.

No preâmbulo do DL 379/86 de 11/11, é referido que o objetivo precípua do legislador do DL n.º 236/80 de 18/07 foi o de “acautelar a posição do promitente-comprador de edifícios, ou de frações autónomas destes, sobretudo quando destinados a fins habitacionais”, pelo que concedeu ao beneficiário da promessa o direito de retenção sobre a mesma, pelo crédito resultante do não cumprimento.

Esclarece, ainda, o legislador de 1986 não existirem razões para que se venha a confinar tal instituto a tão estreitos limites (de edifícios, frações autónomas e sobretudo habitacionais), ainda que a atribuição do direito de retenção (que não está sujeito a registo) ao promitente-comprador, com *traditio*, ao prevalecer sobre a hipoteca, anteriormente registada, nos termos do n.º 2 do art. 759.º do CC, venha a prejudicar o reembolso dos empréstimos bancários dos construtores.

Efetivamente, o legislador de 1986, reconhecendo o conflito de interesses entre o retentor e o credor hipotecário, mantém aquele direito de retenção, mas, desta vez, circunscrito a um dos casos especiais do n.º 1 do art. 755.º do CC. E para justificar a manutenção de tal direito, o legislador, ainda, esclareceu que sendo importante a proteção dos direitos das instituições de crédito e o estímulo que aquelas merecem como dinamizadoras da atividade económica – financeira, a verdade é que estas mais facilmente que os particulares, e perante as dificuldades das empresas construtoras, conseguem encontrar expedientes legais para proteção das suas posições.

Não obstante o legislador reconhecer os conflitos de interesse, bem como as eventuais críticas, a verdade é que da letra da alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC não resulta a atribuição do direito de retenção, apenas, aos consumidores ou aos adquirentes de habitação. Antes se verifica a atribuição de um direito de retenção a qualquer beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve tradição da coisa, a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, e pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art. 442.º do CC.

Para além desta crítica, surgem outras, nomeadamente a da integração de tal direito num preceito destinado ao “Sinal”, bem como a que respeita à constatação de uma deficiente redação permitir a retenção a favor de quem podia não ter prestado sinal. Acresce que ao verificar-se que o crédito garantido pela retenção corresponde, agora, a uma quantia elevada, que não encontra paralelo com os demais créditos do n.º 1, do art. 755.º, e que pode chegar a ser de valor igual ou superior à coisa retida, suscitará que o credor hipotecário, titular de uma garantia anteriormente registada, poderá ver-se arredado da possibilidade de ser pago pelo produto da liquidação do bem, conforme elucida Antunes Varela, 1988/1989, p. 34. Efetivamente, este autor *in* “*Emendas, op. cit.*”, p. 34, Taveira da Fonseca, *in* anotação ao art. 759.º do CC, 2021, p. 1023, e Couto Gonçalves, 1987, p. 331, chegam até a considerar que a prevalência deste direito de retenção sobre a hipoteca, anteriormente registada, poderá motivar conluios, entre o promitente-vendedor e o promitente-comprador, com o fito de dificultar o credor hipotecário a receber o seu crédito. Assim, Calvão da Silva, 1985, pp. 53-113) veio a propor uma alteração ao DL de 1980 que permitisse quer a colocação deste direito de retenção ao lado dos demais casos especiais expressos no n.º 1 do art. 755.º do CC, quer a modificação do art. 759.º n.º 2, do CC de modo que “o direito de retenção prevaleça neste caso sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente, exceto no art. 755.º n.º 1 alínea f)”. E esta proposta ia ao encontro do entendimento já expresso por Vaz Serra (e que se encontra citado *in* anotação ao artigo 759.º do CC, 2021, p. 1022) para quem, também, o direito de retenção apenas deveria prevalecer sobre hipotecas anteriores nos casos em que garante os créditos que resultam de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados, ou seja, quando se verifica uma conexão material entre o crédito e a coisa retida.

E nestes casos, e tal como vertido pelo art. 759.º, n.º 2, do CC, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que tenha sido registada anteriormente, e permite que aquele venha a pagar-se pelo valor da coisa com preferência relativamente aos demais credores, conforme resulta do preceituado no art. 604.º do CC.

Logo, a opção do legislador de conceder o direito de retenção àquele beneficiário da promessa não se pode considerar “juridicamente condenável”⁶² com o argumento de se verificar um afastamento das condições expressas no preceito que prevê o direito de retenção com um carácter geral (o art. 754.º do CC), porquanto o Código Civil no artigo 755.º prevê outras situações em que existe uma conexão, entre a coisa retida e o crédito, que já não é material, mas antes jurídica, e que advém de a obrigação da entrega da coisa e o crédito provirem da mesma relação jurídica. E a citada opção do legislador que não sendo juridicamente condenável, também não foi julgada inconstitucional.

O Tribunal Constitucional no seu Ac. n.º 594/03 de 03/12 entende que a dita opção não surpreende, “na medida em que corresponde apenas a uma mais correcta localização da matéria na orgânica da sistematização legislativa (...) que foi aprovada e estava em vigor há muito tempo (...)”, não podendo a norma que define “um novo caso de direito de retenção ser vista, em si mesma, como ofensiva dos direitos de outros credores do devedor”, pois uma “eventual ofensa de tais direitos – a existir – decorreria da norma que estabelece a hierarquia entre os direitos dos diversos credores”. Pelo que “não existe qualquer violação, quer do princípio da proporcionalidade explicitado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, quer do princípio da confiança e segurança jurídica, decorrente do princípio do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da Constituição”. E pelo Ac. n.º 356/04 de 19/05, também, não foi julgada inconstitucional “a norma do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), do Código Civil em articulação com o disposto no artigo 759.º, n.º 2, do mesmo diploma”. Aquele Tribunal, ainda, elucidou que “a contenção dos princípios da confiança e da segurança jurídica”, por virtude da consagração da prevalência legal do direito de retenção (que não está sujeito a registo) face à hipoteca anteriormente registada, justifica-se pela preferência do legislador pelo direito dos consumidores, mormente para proteção dos seus específicos interesses⁶³.

A alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC, em face do disposto no preâmbulo do Decreto-Lei 379/86, de 11/11 (onde se encontra vertida a razoabilidade em se atribuir prioridade à tutela dos particulares, na lógica do consumidor), bem como de uma certa resistência da doutrina em aceitar a prevalência daquele direito de retenção sobre a

⁶² Pelo que nos afastamos do entendimento vertido por Pires de Lima/Antunes Varela, 2011, p. 778.

⁶³ Com exceção do Ac. n.º 374 de 15/07/03, (e em que foi afastada a inconstitucionalidade orgânica dos DL n.ºs 236/80 de 18/07 e 379/86 de 11/11) os demais Acórdãos do Tribunal Constitucional, proferidos sobre a matéria em apreço (o n.º 466/04 de 23/06/04, o n.º 359/05 de 6/06 e o n.º 698/05 de 14/12) mantiveram as mencionadas argumentações, ou seja, assertivamente, afirmaram que se trata de uma opção legítima do legislador que não coloca em causa os princípios da segurança, confiança e proporcionalidade.

hipoteca anteriormente registada⁶⁴, tem conhecido uma interpretação restritiva que não acompanhamos por não ter qualquer respaldo na letra do citado preceito legal⁶⁵.

Efetivamente, da conjugação do expendido na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC com o vertido no preâmbulo do legislador de 1986⁶⁶ entendemos que não se verifica qualquer justificação lúdima para restringir a interpretação do citado preceito ao promitente-comprador consumidor que destina o imóvel, objeto da *traditio* a uso particular, ou seja, que não o compra para revenda, nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa porquanto *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁶⁷.

⁶⁴ Calvão da Silva, 2020, pp. 191 e ss., foi um dos autores que criticou a inserção do direito de retenção no n.º 3 do art. 442.º do CC, defendendo que o mesmo deveria ser transferido para um dos casos especialmente previstos no n.º 1 do art. 755.º do CC, e considerou que a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, anteriormente registada, não deveria verificar-se no caso previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC. Ora, o legislador de 1986 escutou este autor quanto à crítica da inserção do direito de retenção, tendo-o colocado no art. 755.º, mas já não fez qualquer alteração ao n.º 2 do art. 759.º do CC. Entende-se que não poderá proceder a argumentação que a prevalência dada ao direito de retenção, previsto na citada alínea f), sobre a hipoteca (anteriormente registada) poderá motivar conluíus, entre o promitente-alienante e o promitente-adquirente, para arredar o credor hipotecário de ver satisfeito o seu crédito, por duas ordens de razão: a primeira reside no facto de a sentença que venha a reconhecer o direito de retenção apenas produzir a autoridade de caso julgado sobre o credor hipotecário se a ação para reconhecimento da existência de tal direito for, também, intentada contra aquele, tendo, ainda, este credor, e nos termos do n.º 3 do art. 789.º do CPC, a faculdade de impugnar o crédito e a garantia invocada pelo retentor (tal como refere Taveira da Fonseca, *in* anotação ao art. 759.º do CC *Comentário ao Código Civil*, 2021, p. 1023); a segunda razão prende-se com o facto de ao verificar-se uma situação de conluio, então, o modo de reação, como bem elucida Taveira da Fonseca (*in* anotação ao artigo 755.º do CC, *Comentário ao Código Civil*, 2021, p. 1012) será o recurso, designadamente, aos institutos da ação simulatória ou da impugnação pauliana.

⁶⁵ Pestana de Vasconcelos (2011, pp. 8-9) entende que a alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC é, materialmente, uma “norma de tutela de consumidor”. Contudo, reconhecendo que a letra da lei não faz essa precisão, faz uso de outros elementos hermenêuticos para reconstruir a *ratio* e, assim, restringir o alcance do citado preceito que considera apenas poder beneficiar o consumidor. Logo, segundo este autor, nos casos em que o promitente-adquirente não for consumidor, então, não se verificará qualquer tutela particular, porquanto os demais promitentes poderão, sempre, recorrer à constituição de outras garantias. E, assim, entende que “cai o fundamento” para se “atingir de forma tão drástica”, quer o credor hipotecário, quer os credores comuns da insolvência. Também Brandão Proença, 2008, p. 14 alude à tutela dos promitentes-adquirentes de imóveis que se destinam primordialmente à habitação, já construídos ou a construir. Órfão Gonçalves, (2004, p. 280) defende a prevalência do direito de retenção nos casos em que a *traditio* é anterior à concessão da garantia. A verdade é que cremos ser muito difícil verificar-se a prevalência defendida por este autor nos casos de constituição de hipotecas, para garantia do crédito concedido pelos credores hipotecários às empresas construtores de imóveis, porquanto aquelas são registadas logo após a concessão do financiamento que acontece num período muito anterior ao da celebração de um contrato-promessa de compra e venda.

⁶⁶ Em que se refere que o direito de retenção que o legislador de 1980 concedeu ao beneficiário do contrato-promessa de compra e venda de edifícios ou de frações autónomas daqueles edifícios não conhece nenhum motivo justificativo para ficar confinado a tão estreitos limites.

⁶⁷ Pelo exposto, não acompanhamos a uniformização de jurisprudência vertida no AUJ n.º 4/2014 de 19/05, segundo a qual “No âmbito da graduação de créditos em processo de insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com *traditio* devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador de insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do Código Civil”. Nem se acompanha o estabelecido no AUJ n.º 4/2019 de 25/07 que considera que “na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do Acórdão n.º 4/2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto da *traditio*, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa”. Ao invés, bem compreendemos a fundamentação expandida no Ac. do STJ de 18/12/07, proc. 07B4123, que entende que a opção do legislador pelo vertido na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC teve por fundamento, quer a necessidade de proteção de qualquer promitente-comprador (que tenha, ou não, maior capacidade financeira, tenha, ou não, maior vulnerabilidade perante instituições de crédito), quer a “necessidade de dinamizar o mercado de construção com o reforço da posição do promitente-comprador”.

Logo, na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC o beneficiário que goza do direito de retenção, no caso ali especialmente previsto, é tão-somente o “beneficiário”, e não o beneficiário “consumidor”. E a coisa a que se refere o contrato prometido (e relativamente à qual o beneficiário da promessa de transmissão obteve a tradição) não é necessariamente uma coisa que o seu beneficiário destinará à habitação ou a uso particular não afeto a uma atividade profissional ou lucrativa, mas antes um imóvel, objeto do contrato prometido e que até poderá ser rústico.

Acompanhamos Lopes do Rego e João Moreira Camilo⁶⁸ no entendimento segundo o qual dos preâmbulos do DL n.º 379/86 de 11/11 e do DL n.º 236/80 de 18/07 extrai-se que o bem jurídico ali protegido é a tutela do consumidor. Contudo, esse bem jurídico (e por vontade do legislador) não integra o elemento constitutivo do direito de retenção, previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC. Pelo que a qualidade de “consumidor” não terá, assim, de ser alegada e provada em sede de invocação judicial do direito de retenção, porquanto não constitui o elemento essencial da causa de pedir.

O direito de retenção (não sujeito a registo⁶⁹) que prevalece sobre a hipoteca, (ainda que anteriormente registada) confere à especial situação da alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC uma tutela especialmente forte. Efetivamente, ao verificar-se uma concorrência entre o crédito do promitente-comprador e o crédito do credor hipotecário, aquele prevalece sobre este e pode até dar-se o caso de o valor do bem, ao não ser suficiente para satisfazer dois créditos, apenas permitir a satisfação, integral, do crédito garantido com direito de retenção. Entende-se que esta foi a vontade do legislador e que se tem mantido, designadamente no caso da alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do CC, que não admite aplicação analógica⁷⁰ e com o fundamento no facto de se considerar que o promitente-adquirente (consumidor ou não) é aquela parte do contrato-promessa que já

⁶⁸ Na fundamentação vertida nos respetivos votos de vencido que deduziram no citado AUJ n.º 4/2014 de 19/05.

⁶⁹ Lebre de Freitas, 2006, pp. 581-626, expressava a necessidade de registar a tradição da coisa em momento anterior ao registo da hipoteca para que o direito de retenção pudesse preferir. Não obstante tal proposta se encontrar integrada no projeto que acompanhou a proposta de lei de autorização legislativa para a reforma da ação executiva, elaborada pela então senhora Ministra Celeste Cardona, a verdade é que a mesma foi desconsiderada.

⁷⁰ Taveira da Fonseca, 2019, pp. 348-349, elucida que a impossibilidade de aplicar analogicamente o direito de retenção, a outras situações de conexão jurídica, advém da proibição de “criação de direitos reais” que não se encontram tipificados na lei. Conforme refere a citada autora, deveremos rejeitar a aplicação do direito de retenção por analogia a outras situações de conexão jurídica entre créditos, porquanto estamos perante um direito real de garantia que se encontra sujeito aos princípios da taxatividade ou do “*numerus clausus*”, previstos, respetivamente, nos arts. 1305.º e 1306.º do CC. A citada autora considera que a verdadeira razão para a exclusão da aplicação analógica de tal instituto a outros casos, em que se verifica uma conexão de créditos, reside “na necessidade de proteção de terceiros que os princípios da taxatividade dos direitos reais e da *par conditio creditorum* visam alcançar”, a qual adquire, ainda, uma importância maior em face da prevalência do direito de retenção, sobre imóveis, relativamente a hipotecas anteriormente registadas. E o TRP no Ac. de 07/12/13, proc. 1900/11.8TBPVZ-F.P1, igualmente considerou que “o direito de retenção previsto nos artigos 754.º e 755.º do CC não contempla a aplicação analógica, atendendo, desde logo, ao princípio da taxatividade ou do *numerus clausus* dos direitos reais (artigo 1306.º, n.º 1 do CC)”.

entregou ao promitente-vendedor, por conta do preço, um valor considerável e que com a *traditio* obteve a firme convicção que o negócio prometido será concretizado.

O promitente-comprador merece uma especial proteção perante um credor hipotecário que está munido de pessoas qualificadas (financeiros, consultores, avaliadores e advogados) para avaliarem (até por solicitação de planos de negócios e outros instrumentos equivalentes) se o mutuário reúne as condições sérias para beneficiar de empréstimo. Aquele credor financiador terá a faculdade de exigir a constituição de outras garantias reais e pessoais, para além da hipoteca, para acautelar o seu crédito. Logo, não ficará desprotegido perante o promitente-adquirente que goza, apenas, do direito de retenção.

Já o promitente-adquirente que disponibilizou (a título de sinal) avultadas quantias para adquirir o imóvel, que já foi objeto de *traditio*, ficará numa situação de maior vulnerabilidade do que aquela em que se encontra o credor hipotecário e que se agudizará se o incumpridor vier, entretanto, a ser declarado insolvente. Daí que ponderados os interesses em jogo, o legislador tenha concedido àquele promitente uma especial tutela em face da posição mais enfraquecida que ocupa no contrato-promessa, quer perante o promitente-vendedor, quer perante o credor hipotecário⁷¹, não sendo de admitir, por total ausência de respaldo na letra da lei, a restrição interpretativa da alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC.

3.2 Da *traditio*

Os pressupostos do especial direito de retenção, previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC resumem-se à promessa de transmissão ou constituição de direito real, à tradição da coisa objeto do contrato prometido e à titularidade por parte do retentor de um crédito sobre a outra parte que deriva do incumprimento do contrato-promessa que lhe é imputável. A verdade é que sem que se verifique a tradição do imóvel não pode ser invocado o direito de retenção, pelo que, então, a dita tradição constitui o principal elemento deste direito especial de garantia.

Vamos, agora, debruçar-nos sobre as características desta tradição da coisa, objeto do aludido contrato prometido, sem prejuízo do que já foi anteriormente referido

⁷¹ Conforme Pestana de Vasconcelos, 2023, pp. 407-411, o legislador pretendeu tutelar a posição do adquirente face, sobretudo, a dois riscos, sendo o primeiro aquele que deriva do facto de perante um aumento considerável da valorização do bem retido poder ser mais vantajoso para o promitente-alienante recusar a alienação e pagar o sinal em dobro ao promitente-adquirente, resultando o segundo risco da probabilidade séria de perante o incumprimento do promitente-alienante, então, o promitente-adquirente ser preterido face ao credor hipotecário, quer em sede de processo executivo, quer em sede de processo de insolvência. A verdade é que este autor, e conforme já referido na anterior nota 67, vem a considerar que a tutela conferida ao promitente-adquirente, por via da atribuição do direito de retenção, somente se verifica se estivermos perante um promitente-adquirente que é consumidor.

sobre as características da detenção, mormente nas notas identificadas sob os n.ºs 39 e 40.

A *traditio* corresponde a um contrato inominado em que se recebe, antecipadamente, a coisa prometida para a passar a usar e usufruir⁷².

No Ac. do STJ de 16/01/16, proc. n.º 135/12.TBMSF.G1.S1, em que foi relatora Maria Clara Sottomayor, ali é referido que Calvão da Silva⁷³ elucida que a “tradição da coisa exprime, e na disciplina dos direitos reais, a transmissão da detenção de uma coisa entre dois sujeitos de direito”. E um destes sujeitos é o antigo detentor que abandona a coisa, pelo que este comportamento corresponde ao elemento negativo da *traditio*, e o outro sujeito é aquele que assume a tomada de poder sobre a coisa, tradicionalmente denominado de *apprehensio*, constituindo este seu comportamento o elemento positivo da aludida *traditio*.

Ora, e é no elemento positivo da *traditio*, na referida *apprehensio*, que encontramos a tradição material e a tradição simbólica que permitirão a aquisição da posse, tal como vertido na alínea b) do art. 1263.º do CC.

Segundo a dilucidação expendida no Acórdão citado, a *traditio* material é concretizada por intermédio de um ato de entrega e de recebimento da própria coisa e a *traditio* simbólica já corresponderá ao “significado social ou convencional” que a sociedade atribui a certos gestos e expressões, como, por exemplo, a entrega das chaves do imóvel ou a entrega dos respetivos documentos.

Ora, a *traditio* consiste no poder de facto sobre a coisa que foi entregue pelo promitente-vendedor ao promitente-comprador, passando este a ter uma relação material com a coisa que se traduz em “atos materiais ou simbólicos” que são demonstrativos do controlo que o mesmo tem sobre a coisa e que se deve manter.

E esta demonstração dos atos de controlo sobre a coisa tornam-se, sobremaneira, importantes num direito de retenção sobre coisa imóvel que não estando sujeito a registo prevalece sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada. Daí que Lebre de Freitas⁷⁴ se incline para um entendimento restritivo da *traditio* que, limitando-se à tradição material e simbólica, venha a ser acompanhada de um ato de efetiva apreensão material da coisa prometida.

Logo, as características da *traditio*, que constitui o principal elemento constitutivo do direito de retenção, especialmente previsto na citada alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC em que o crédito não tem uma relação material com a coisa retida, antes

⁷² Tal como vertido no Ac. do TRP de 20/01/09, proc. 0827049.

⁷³ Em anotação ao Ac. do STJ de 19/04/01, in *RLJ*, A. 133 (2000-2001) pp. 367-370 e A. 134 (2001-2002), p. 21.

⁷⁴ In “Sobre a prevalência...”, 2006, p. 528.

provém da mesma relação jurídica, são equivalentes às características da detenção⁷⁵ prevista no artigo 754.º do CC em que se verifica a dita conexão material entre a coisa retida e o crédito.

Assim, e num âmbito de uma ação judicial de reconhecimento da existência do direito de retenção, ou em sede de reclamação de créditos, deverão ser alegados os factos constitutivos do poder de facto do retentor sobre a coisa, sob pena de improcedência da ação ou da procedência da impugnação da reclamação de créditos.

3.3 Da natureza do crédito

Vamos, então, agora, lobrigar em que é que se traduz o crédito, previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC de que é titular o beneficiário do direito de transmissão em que se verificou a *traditio* e que lhe permite invocar o direito de retenção.

Menezes Leitão⁷⁶ sustenta uma interpretação restritiva do citado preceito legal ao entender que o direito de retenção “só tem conexão com o direito ao aumento do valor da coisa ou do direito, que é o único crédito resultante do não cumprimento que tem uma relação direta com a coisa a reter”. Assim, entende aquele autor que a retenção não abrange o crédito da restituição do sinal em dobro, nem o crédito relativo à restituição do sinal (em singelo) e do preço pago, pois em relação a estes considera que não existe a conexão direta com a coisa.

Pestana de Vasconcelos⁷⁷, que acompanhamos, entende que o direito de retenção especialmente previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC “não se enquadra nos elementos de conexão (material) do art. 754.º do CC”. Logo, a limitação do crédito do retentor ao aumento do valor da coisa, com o fundamento na dita conexão material, defendida por Menezes Leitão, não parece que tenha respaldo na letra do citado preceito legal, bem como na intenção do legislador.

Pestana de Vasconcelos⁷⁸ e Gravato Moraes⁷⁹ entendem, e bem, que o direito de retenção atribuído ao crédito, que resulta do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º do CC, abrange “qualquer dos créditos pelos quais o promitente-adquirente pode optar na eventualidade de não cumprimento pela outra parte, na promessa sinalizada”⁸⁰.

Logo, o promitente-adquirente não faltoso (*accipiens*), e nos termos do art. 442.º do CC, pode optar: **i)** pela faculdade de exigir o dobro do sinal que prestou; **ii)** ou, tendo-

⁷⁵ Já abordadas no anterior ponto 2.3 (pp. 20-26) e nas notas 39-40.

⁷⁶ Menezes Leitão, 2022, pp. 241-242, aderindo a este entendimento Menezes Cordeiro, 2018, pp. 401-402.

⁷⁷ In “Direito das garantias, 2023, p. 406 e In “Direito de retenção, op. cit., pp. 7-8.

⁷⁸ In “Direito das garantias, 2023, pp. 407-408.

⁷⁹ In “Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente vendedor”, CDP, n.º 29, 2010, pp. 3-5

⁸⁰ In “Direito das garantias”, 2023, nota 1113, p. 407.

se verificado a tradição da coisa objeto do contrato prometido, pode exigir ao promitente-alienante uma indemnização equivalente ao aumento do valor da coisa ou do direito a transmitir ou a constituir sobre ela (determinado objetivamente, à data do incumprimento da promessa) com dedução do peço convencionado, devendo, ainda, ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago; **iii)** ou tem, ainda, a faculdade de exigir uma indemnização pelo não cumprimento do contrato, desde que esta indemnização tenha sido contratualmente prevista⁸¹.

Para Ana Prata⁸² o aludido direito de retenção, que exige a *traditio*, garantirá qualquer um dos citados créditos indemnizatórios. Considerando, ainda, que o sinal não é um facto constitutivo do aludido direito de retenção, pois deste (sinal) não depende o direito de indemnização calculado no valor da coisa, previsto no art. 442.º, nem a citada alínea f) a este faz referência.

O titular do crédito, abrangido pelo especial direito de retenção previsto na alínea c) do n.º 1 do art. 755.º em que se verifica a *traditio*, é o promitente-comprador, seja este consumidor ou não e que merece proteção em face do entendimento já anteriormente expandido.

4. Da posição do promitente-adquirente de imóvel no âmbito do processo de insolvência do promitente-alienante e da invocação do direito de retenção

Abordado que foi o instituto do direito de retenção, bem como o direito de retenção especialmente previsto na alínea c) do n.º 1 do art. 755.º do CC, iremos agora analisar, e no âmbito do processo de insolvência do promitente-alienante, a posição em que se encontra o beneficiário da promessa de transmissão de imóvel, bem como os fundamentos para a admissibilidade da invocação do aludido instituto, as consequências da declaração da insolvência sobre o contrato-promessa em curso e as orientações que resultam dos acórdãos uniformizadores de jurisprudência.

⁸¹ Também Calvão da Silva (2020, p. 166) entende que o crédito resultante do incumprimento definitivo, imputável à outra parte que prometeu transmitir ou constituir um direito real, e que respeita ao dobro do sinal, ao valor da coisa, ou à indemnização convencionada é garantido, acessoriamente, pelo direito de retenção previsto na citada alínea f).

⁸² Prata, 2006, p. 888.

4.1 Da admissibilidade da invocação do direito de retenção por parte do promitente-adquirente

4.1.1 Da resolução do contrato-promessa antes da declaração de insolvência e do reconhecimento do direito de retenção

O atual Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18/03, destina o seu capítulo IV do título IV aos “Efeitos sobre os negócios em curso” e compreende os arts. 102.º a 119.º. No art. 106.º encontramos a disciplina do contrato-promessa, constituindo aquele dispositivo uma norma com caráter imperativo, porquanto o artigo 119.º (sob a epígrafe “Normas imperativas”) preceitua que “é nula qualquer convenção das partes que exclua ou limite a aplicação das normas anteriores do presente capítulo”.

O aludido artigo 106.º no seu n.º 1 respeita aos casos de insolvência do promitente-vendedor, nos termos do qual o administrador da insolvência não poderá recusar o cumprimento do contrato-promessa com eficácia real se já tiver acontecido tradição da coisa a favor do promitente-comprador. E o seu n.º 2 consigna que “à recusa do cumprimento de contrato-promessa de compra e venda pelo administrador de insolvência é aplicável o disposto no n.º 5, do artigo 104.º, com as necessárias adaptações, quer a insolvência respeite ao promitente-comprador quer ao promitente-vendedor”.

No citado capítulo não se encontram abrangidos os casos em que os contratos foram resolvidos antes da declaração de insolvência. Nestas situações os créditos indemnizatórios constituirão: **i)** ou um crédito que integra a massa, no caso de ter sido o insolvente, e antes da declaração de insolvência, a resolver o contrato-promessa por incumprimento culposos da outra parte e cujo cumprimento o administrador deve exigir; **ii)** ou um crédito sobre a insolvência que é da titularidade do promitente que previamente àquela resolveu o contrato-promessa por incumprimento da outra parte. Este crédito sobre a insolvência poderá ser classificado como um crédito comum ou garantido, nos termos do artigo 47.º do CIRE. E verificando-se que está associado àquele crédito uma garantia, mormente, o direito de retenção, previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC, e desde que se mostrem cumpridos os seus pressupostos, então, a dita garantia não será afetada pela declaração de insolvência. Neste caso, e como o bem pertence ao insolvente, então, o mesmo é apreendido para a massa insolvente, tal como previsto nos arts. 149.º e 150.º do CIRE, sem que essa apreensão venha a extinguir a dita garantia especial, tal como se infere pela conjugação do art. 97.º e do art. 164.º do CIRE. Então, e para que aquele direito venha a ser reconhecido como um direito de garantia,

deverá o credor deduzir a sua reclamação de créditos, nos termos do art. 128.º do CIRE, em cuja causa de pedir alegará os factos constitutivos do direito de retenção por si invocado. Ora, e sendo o dito crédito reconhecido como garantido, ao credor serão concedidos os direitos expendidos no art. 164.º do CIRE que lhe permitirão adquirir o bem que foi objeto do direito de retenção.

4.1.2 Da recusa do administrador de insolvência em cumprir o contrato-promessa e da consequente inadmissibilidade legal em reconhecer o crédito do promitente-comprador como garantido pela via do direito de retenção

O administrador de insolvência, e nos termos do citado n.º 1, do artigo 106.º do CIRE, perante a insolvência do promitente-alienante, não pode recusar o cumprimento do contrato-promessa, se ao mesmo tiver sido atribuída eficácia real e na condição de já se ter verificado a tradição a favor do promitente-comprador⁸³. O n.º 2 do citado artigo abrange os contratos-promessa de compra e venda não contemplados no n.º 1, designadamente, os que têm eficácia meramente obrigacional, bem como aqueles em que se verifique eficácia real, mas sem a *traditio*, e aqueles em que o insolvente é o promitente-comprador com ou sem eficácia real ou tradição do imóvel⁸⁴. E aquele n.º 2 determina que à recusa de cumprimento do contrato-promessa de compra e venda é aplicável o disposto no n.º 5 do art. 104.º. Já esta norma preceitua que os efeitos da recusa de cumprimento pelo administrador (quando admissível) são os previstos no n.º 3 do artigo 102.º, limitando o direito de crédito previsto na respetiva alínea c), e como

⁸³ Carvalho Fernandes & João Labareda, 2011, p. 1161, entendem que mesmo naqueles casos, e em que se verifica incumprimento, a proteção conferida ao promitente-comprador não o constrange à realização do contrato definitivo, podendo aquele optar pelo direito ressarcitório quando se verificarem os respetivos requisitos, “podendo, nesse caso, invocar o direito de retenção, porque, por pressuposto que vem da exigência do artigo 106.º, n.º 1, igualmente se verifica a tradição da coisa”.

⁸⁴ Pelo que não se acompanha o entendimento de Pestana de Vasconcelos, in “Direito de retenção, op. cit., pp. 15-29) que considera que na insolvência do promitente-vendedor os efeitos de recusa do cumprimento do contrato-promessa sinalizado não estão regulados, aplicando tal preceito apenas aos contratos-promessa não sinalizados. Adianta este autor que quando tiver sido constituído sinal a contraparte do insolvente terá direito, como crédito (comum ou garantido) sobre a insolvência, ao sinal em dobro ou a uma indemnização pelo aumento do valor da coisa, tal como previsto no art. 442.º, n.º 2 do CC. E este autor apresenta esta solução corrigida pela necessidade que considera existir da invocada coerência interna que postula que se numa situação de recusa de cumprimento, por parte do administrador, quando é insolvente o promitente-comprador se faz uso do regime do sinal (em que aqui se verifica uma perda definitiva pela massa), então, esse regime também deve ser chamado para os casos de recusa de cumprimento, por parte do administrador e em que é insolvente o promitente-vendedor, podendo, então, o credor (anterior promitente-adquirente), consumidor, invocar que o seu crédito se encontra garantido, pelo direito de retenção, nos termos da alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC. Este autor (2013, pp. 5-13), cujo entendimento parcialmente acompanhamos, considera que uma outra solução não salvaguardará “a posição do promitente-comprador/consumidor numa promessa sinalizada com tradição da coisa em que o bem seja uma fração para habitação” e atentarà contra as “exigências de justiça material”. A verdade é que esta interpretação, que tem na sua génese um processo hermenêutico complexo, não tem respaldo na lei, ainda que seja seguida, com algumas pequenas variantes interpretativas por Gravato Morais (2010, pp. 3 e ss.), Carvalho Fernandes & João Labareda (2011, pp. 1152 e ss.) e Brandão Proença (2008, pp. 3 e ss.).

crédito sobre a insolvência, a uma indemnização calculada pela diferença entre o valor do bem prometido vender (apurado este na data da recusa do cumprimento) e o do preço acordado atualizado para a data da insolvência.

Logo, verificando-se que o administrador, no âmbito do respetivo processo, recusa cumprir um contrato-promessa, ao qual não foi atribuída eficácia real e em que houve tradição da coisa, então, o credor promitente-comprador poderá reclamar o seu crédito que está determinado pelo n.º 3, do art. 102.º e com a limitação prevista no n.º 5, do art. 104.º que o classifica como um crédito sobre a insolvência e que não beneficia do direito de retenção por opção do legislador insolvencial.

O legislador insolvencial de 2004, propositadamente, efetuou uma destrinça entre o regime do direito de retenção que é concedido ao beneficiário da transmissão que obteve a tradição da coisa, e em que este tem a faculdade de invocar aquela garantia, nos termos previstos na alínea f), do n.º 1, do artigo 755.º do CC, e o regime do processo insolvencial em que no âmbito do processo de insolvência, e relativamente aos negócios em curso, o crédito daquele beneficiário já não será um crédito garantido, por via do direito de retenção, mas antes um crédito sobre a insolvência⁸⁵.

Aliás, o legislador preambular do CIRE refere que “o capítulo dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios jurídicos em curso é um daqueles em que a presente reforma mais se distancia do regime homólogo do CPEREF”, adiantando que o mesmo é objeto de uma extensa remodelação em que o art. 119.º (que determina a nulidade de convenções que visem excluir ou limitar a aplicação dos preceitos daquele capítulo) constitui uma das suas importantes normas. Daí que Sebastião Póvoas, no seu voto de vencido ao AUJ 4/2014, tenha referido que o “citado n.º 2, do artigo 106.º do CIRE, com remissão em 2.º grau para o também citado artigo 102.º, estabelece um regime autónomo de regulação das consequências da recusa de cumprimento da promessa sem eficácia real, “maxime”, quanto à indemnização, a tornar inaplicável o artigo 442.º do Código Civil”. Pelo que “entende que não existe o direito de retenção previsto na alínea f) do n.º 1, do artigo 755.º já que este pressupõe a indemnização / aplicação do último preceito citado”. Ainda menciona que “perante este quadro, e sob

⁸⁵ Aliás, relativamente aos negócios em curso, o STJ no AUJ n.º 3/2021 de 16/08 uniformizou a jurisprudência seguinte: “Quando o administrador de insolvência do promitente vendedor optar pela recusa do cumprimento do contrato-promessa de compra e venda, o promitente-comprador tem direito a ser ressarcido pelo valor correspondente à prestação efetuada, nos termos dos artigos 106.º, n.º 2, 104.º, n.º 5 e 102.º, n.º 3 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março”. Logo, com tal uniformização, o STJ parece reconhecer que as regras insolvenciais são distintas das vertidas no CC, daí que não tivesse reconhecido ao titular do direito de retenção previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC o crédito que resulta das regras do art. 442.º do CC.

pena de violação do “princípio ubi lex non distinguit ...”, não pode, como se pretende no aresto votado buscar-se a figura do “comerciante-consumidor”⁸⁶.

O regime legal previsto no CIRE para a posição do promitente-comprador, no âmbito do processo de insolvência do promitente-vendedor, em que havia sido celebrado um contrato-promessa obrigacional e com *traditio*, que vem a conhecer a decisão de recusa de cumprimento do dito contrato-promessa, ao não admitir a possibilidade de aquele gozar do direito de retenção, nos termos previstos no art. 755.º n.º 1 alínea f) do CC, relegando-o para um credor comum, evidencia o desconhecimento do legislador da real situação deste promitente-comprador. Com a dita declaração de insolvência, a que se segue a decisão do administrador em não cumprir o contrato, que tem por consequência a atribuição àquele credor de um direito indemnizatório que é classificado como um crédito sobre a insolvência (um crédito comum), eis que perante a venda do bem, numa insolvência em que existem créditos garantidos e privilegiados, o dito credor não obtém qualquer satisfação.

O legislador de 2004, no âmbito dos negócios em curso, quando ponderou os interesses em causa, tendo em consideração os casos pontuais das experiências das legislações europeias, focou-se em criar preceitos similares aos das ditas experiências legislativas sem ponderar as consequências negativas que as mesmas alcançariam no nosso ordenamento jurídico e que nos parecem ser contrárias às que o legislador pretenderia alcançar.

Daí que se torne urgente uma revisão de tal matéria que terá por fito a consagração de uma tutela mais adequada para o promitente-comprador. E esta até poderá concretizar as propostas já pensadas por Brandão Proença⁸⁷, nomeadamente: a alteração ao artigo 831.º do CPC, de modo que naquele preceito possam estar incluídas as promessas obrigacionais com cláusula de tradição; a declaração de resolução ou a sentença de uma ação específica (intentada e registada antes da declaração de insolvência do promitente-vendedor) deveria permitir a classificação do crédito

⁸⁶ Menezes Leitão, 2022, pp. 182-190, entende que somente nos casos em que os contratos-promessa conheçam efeitos meramente obrigacionais e com tradição do bem é que perante a recusa do administrador de insolvência, em cumprir o contrato-promessa em curso, o promitente-comprador tem o direito de invocar o direito de retenção para garantir o seu crédito indemnizatório, previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC, não havendo razão para que a proteção que a lei civil confere ao promitente-comprador seja preterida na insolvência. Acompanhamos Catarina Serra (2010, p. 93, pp. 94-95) quando refere que a recusa de cumprimento pelo administrador de insolvência é um ato lícito, pelo que aplicabilidade do artigo 442.º do CC não pode ter lugar e, consequentemente, a do artigo 755.º do CC. Logo, não se compreende que o STJ para fazer atuar tal direito de garantia na esfera do credor promitente-comprador tenha que fazer uso da figura da “imputabilidade reflexa considerando o comportamento da insolvente na origem do processo falimentar”. A citada autora (2012, p. 104, nota 168) vem, ainda, elucidar que em face da dita recusa do administrador (que não está associada a qualquer imputabilidade reflexa) e por virtude do previsto no artigo 119.º do CIRE, não restam dúvidas sobre a inaplicabilidade do artigo 442.º do CC. Efetivamente, consignando o citado artigo 119.º um princípio de proibição das cláusulas penais, então, nunca poderá ter lugar um regime que preveja um recurso ao sinal que é semelhante ao das ditas cláusulas penais.

⁸⁷ Brandão Proença, 2008, pp. 3 e ss.

indemnizatório como garantido que apenas acontece, e em face da lei vigente, se o incumprimento anteceder a decretação de insolvência; a aplicação do n.º 1, do art. 106.º do CIRE às promessas com eficácia real, ainda que sem tradição, e às obrigacionais com cláusula de tradição, possibilitando, e naqueles casos, a aquisição do direito, através do exercício do direito de preferência na alienação do bem.

Não obstante a legitimidade de tais opções, cremos mais coerente o legislador concretizar no CIRE uma revisão do art. 106.º que acompanhe o já decidido pelo STJ em sede de AUJ que venha a permitir que “no âmbito da graduação de créditos em processo de insolvência, o crédito do promitente-comprador emergente de contrato-promessa, ainda que com eficácia meramente obrigacional, em que tenha havido tradição da coisa, goza do direito de retenção, nos termos previstos no artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC”⁸⁸. Outra opção legítima é aquela que surge pelas palavras de Pires da Rosa⁸⁹ e que considera que “o direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, inscrito no artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CCivil, permanece tal qual em processo de insolvência”

Efetivamente, se tal não vier a acontecer, constata-se que os Tribunais com raciocínios lógicos decidirão *contra legem*, em busca da justiça naquele caso em concreto.

⁸⁸ Súmula jurisprudencial apresentada por Abrantes Geraldês no seu voto de vencido ao AUJ n.º 4/2014, p. 2891.

⁸⁹ Súmula jurisprudencial apresentada no seu voto de vencido ao AUJ n.º 4/2014, p. 2892-2893.

5. Conclusão

Efetuada que foi a análise do instituto direito de retenção, mormente do caso especial vertido na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC, em que foram analisados os diplomas legislativos que introduziram tal específico direito de garantia, bem como a respetiva doutrina e jurisprudência, entende-se que goza daquele direito qualquer promitente-comprador e sobre qualquer imóvel objeto da *traditio*.

Logo, torna-se difícil admitir a interpretação restritiva da norma que considera que aquele direito apenas pode ser invocado pelo promitente-comprador consumidor e sobre um imóvel, objeto da *traditio*, destinado a uso particular, porquanto a mesma não tem qualquer respaldo na lei. Daí que não se acompanhe o entendimento vertido nos AUJ n.ºs 4/2014 e 4/2019.

No âmbito da insolvência verifica-se que são imperativas as normas previstas no CIRE quanto aos efeitos sobre os negócios em curso, designadamente o art. 106.º.

Assim, entende-se que quando se está perante um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional e com *traditio*, e em que se verifica uma recusa do administrador em cumprir o contrato, o regime a aplicar é o que se encontra vertido no CIRE e já não no CC, tal como parece reconhecer o AUJ 3/2021, sendo, então, tal crédito classificado como comum.

Verificando-se a injustiça que resulta da aplicação de regimes distintos para uma mesma situação que merece igual tutela, a jurisprudência e a doutrina apresentam fundamentos com recurso a raciocínios hermenêuticos complexos para legitimar que o beneficiário da promessa possa também em sede de insolvência do promitente-alienante ver o seu crédito reconhecido como garantido pela via do direito de retenção.

A verdade é que tais arestos nos parecem não estar de acordo com a letra e com o espírito da lei, pelo que se entende que deve ser concretizada uma alteração legislativa ao art. 106.º do CIRE que venha a reconhecer, e nos termos do citado preceito 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, o direito de retenção ao beneficiário da promessa nos contratos obrigacionais com *traditio*.

Bibliografia

- ALMEIDA COSTA, M. J. (2022). *Direito das obrigações*, 12.^a ed. rev. e atualizada. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, M. C. & PATRÃO, A. (2016). A posição do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência do promitente-vendedor – Comentário ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência, n.º 4/2104, de 19 de maio. *Revista Julgar Online*. <http://julgar.pt/a-posicao-juridica-do-beneficiario-de-promessa-de-alienacao-no-caso-de-insolvencia-do-promitente-vendedor/>.
- ANDRADE MESQUITA, L. M. (2001). *Apreensão de bens em processo executivo e oposição de terceiro*. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES VARELA, J. de M. (1988-1989). Emendas ao regime do contrato-promessa. *RLJ*, n.ºs 2766-3777, pp. 33-95.
- ANTUNES VARELA, J. de M. (1989). *Sobre o contrato-promessa*, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES VARELA, J. de M. (1991-1992). Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de fevereiro de 1986. *RLJ*, n.º 3812, pp. 339-352.
- ANTUNES VARELA, J. de M. (2022). *Das obrigações em geral*, vol. II, 15.^a reimpr. da 7.^a ed. de 1997, Coimbra: Almedina.
- ATAÍDE, R. P. C. de M. (2015). Sobre a distinção entre posse e retenção. *ROA*, pp. 79-120.
- BRANDÃO PROENÇA, J. C. (2008). Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis máxime com fim habitacional. *CDP*, n.º 22, pp. 3-26.
- CALVÃO DA SILVA, J. (1985). Contrato-promessa – Análise para reformulação do Decreto-Lei n.º 236/80. *BMJ*, n.º 349, pp. 53-113.
- CALVÃO DA SILVA, J. (2000-2002). Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/04/01. *RLJ*, Ano 133 (2000-2001), pp.367-375, e Ano 134 (2001-2002), pp. 21-32.
- CALVÃO DA SILVA, J. (2002). *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CALVÃO DA SILVA, J. (2020). *Sinal e contrato-promessa*, 15.^a ed., rev. e aumentada. Coimbra: Almedina.
- CÓDIGO CIVIL ESPANHOL. <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/#:~:text=El%20C%C3%B3digo%20Civil%20es%20un%20texto%20legal%20que,tie ne%20una%20gran%20importancia%20en%20nuestro%20sistema%20jur%C3%ADdico.>
- CÓDIGO CIVIL ITALIANO. <https://www.codice-civile-online.it/codice-civile/articolo-2794-del-codice-civile>.
- CORDEIRO, A. M. (2018). *Tratado de direito civil, direito das obrigações*, t. VII. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2023). *Tratado de direito civil, direito das obrigações*, t. X, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, A. F. & RIBEIRO, J. de S (1988). Direito de retenção, empreiteiro. *CJ*, t. I, pp. 17-23.
- COUTO GONÇALVES, L. M. (1987). À volta do contrato de promessa. *RDES*, n.º 3, pp. 320-335.

- CRUZ, S. (1984). *Direito romano (ius romanum)*, 4.^a ed. rev. e atualizada. Coimbra.
- FERNANDES, L. C. & LABAREDA, J. (2011). A reclamação, verificação e graduação de créditos em processo de insolvência. *O Direito*, pp. 1147-1169.
- FREITAS, J. L. de (2006). Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença. *ROA*, vol. II, pp. 581-626.
- FREITAS, J. L. de (2009). *Ação executiva, depois da reforma*, 5.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES, J. M. V. (2005). Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...). *CDP*, n.º 11, pp. 3-25.
- GONÇALVES, G. O. (2004). Temas da ação executiva. *Themis*, n.º 9, pp. 263-302.
- GRAVATO MORAIS, F. (2010). Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente vendedor. *CDP*, n.º 29, pp. 3-12.
- GUEDES, A. C. (1997). A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada. In A. Pinto Monteiro (coord). *Contratos: Actualidade e evolução*, vol. 1, pp. 315-330. Porto: Universidade Católica Editora.
- JUSTO, A. S. (2010). *Breviário de direito privado romano*. Wolters Kluwer / Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINEZ, P. R. (2000). *Direito das obrigações (parte especial) contratos*, 2.^a ed., 2.^a reimpr. Coimbra: Almedina.
- MENÉRES CAMPOS, M. I. (2003). *Da hipoteca, caracterização, constituição e efeitos*. Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. T. (2022). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, anotado*, 12.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. T. (2022). *Direito das obrigações*, vol. I, 16.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. T. (2022). *Garantia das obrigações*, 6.^a ed. Coimbra: Almedina.
- PACHECO, A. F. P. (1911). *Direito de retenção na legislação portuguesa*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- PESTANA DE VASCONCELOS, L. M. (2011). Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. *CDP*, n.º 33, pp. 3-29.
- PESTANA DE VASCONCELOS, L. M. (2013). Direito de retenção, *par conditio creditorum*. *CDP*, n.º 41, pp. 5-17.
- PESTANA DE VASCONCELOS, L. M. (2023). *Direito das garantias*, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- PIRES DE LIMA, A. de & ANTUNES VARELA, J. (1987). *Código Civil anotado*, vol. III, 2.^a ed., rev. e atualizada, reimpr. Coimbra: Coimbra Editora.
- PIRES DE LIMA, A. & ANTUNES VARELA, J. (1997). *Código Civil anotado*, vol. II, 4.^a ed., rev. e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora.
- PIRES DE LIMA, A. & ANTUNES VARELA, J. (2011). *Código Civil anotado*, vol. I, 4.^a ed., rev. e atualizada, reimpr. Coimbra: Coimbra Editora.
- PRATA, A. (2019). Anotação ao art. 759.º do CC, *Código Civil anotado*, 2.^a ed. rev. e atualizada. Coimbra: Almedina.
- SERRA, C. (2010). *O novo regime português de insolvência*, 4.^a ed. Coimbra: Almedina, Coimbra.
- SERRA, C. (2012). *O regime português da insolvência*, 5.^a ed. Coimbra: Almedina.

SOARES, F. L. (2020). *A Posse – Estudo de direito civil português*. Coimbra: Almedina.

TAVEIRA DA FONSECA, A. (2019). *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*. Coimbra: Almedina.

TAVEIRA DA FONSECA, A. (2021). Anotação ao art. 754.º do CC – *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, das obrigações em geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

TAVEIRA DA FONSECA, A. (2021). Anotação ao art. 755.º do CC – *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, das obrigações em geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

TAVEIRA DA FONSECA, A. (2021). Anotação ao art. 756.º do CC – *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, das obrigações em Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

TAVEIRA DA FONSECA, A. (2021). Anotação ao art. 759.º do CC – *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, das obrigações em geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Jurisprudência

Acórdão de 19/11/71, proc. 63 648 (relator: Adriano Campos de Carvalho). *BMJ*, n.º 211, 1971, pp. 297-302.

Acórdão de 28/05/81, proc. 69192 (relator: Abel de Campos). *BMJ*, n.º 307, pp. 266-271.

Acórdão de 11/11/93, proc. 085522 (relator: Machado Soares).
<http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/o/7A668E8DF75BF52A802568FC003AD318>.

Acórdão de 27/11/97, proc. 97B597 (relator: Almeida e Silva).
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/44dbef79ee7361802568fc003bb09a>.

Acórdão de 26/06/01, proc. 01A1843 (relator: Silva Paixão).
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/29d77756aa023d1380256b3e00533401> Acórdão n.º 374/03 de 15/07 (relator: Mário Torres).
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030374.html>.

Acórdão n.º 594/03 de 03/12 (relator: Maria Helena Brito).
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030594.html>.

Acórdão n.º 356/04 de 19/05 (relator: Maria Fernanda Palma).
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040356.html>.

Acórdão n.º 466/04 de 23/06 (relator: Benjamim Rodrigues).
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040466.html>.

Acórdão de 18/11/04, proc. 7728/2004-6 (relator: Aguiar Pereira).
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/0373597d85f9be7780256f80004c2c67>.

Acórdão n.º 359/05 de 6/06 (relator: Rui Moura Ramos).
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050359.html>.

Acórdão n.º 698/05 de 14/12 (relator: Pamplona de Oliveira).
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050698.html#:~:text=A%20cria%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20e%20a%20hierarquia%C3%A7%C3%A3o%20na,al%C3%ADnea%20b%29%20do%20n.%C2%BA1%20do%20art.%20165%20CRP>.

Acórdão de 16/05/07, proc. 0751909 (relator: Sousa Lameira).
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/746eb13f2e00c6e1802572de004fc5b7?OpenDocument> Acórdão de 18/12/07, proc. 07B4123 (relator: Alberto Sobrinho).
<file:///C:/Users/ferna/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Content.Outlook/UDUDA64H/Ac%20STJ%2018-12-2007.html>.

Acórdão de 17/07/08, proc. 3081/2008-1 (relator: Rui Voga).
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/86f5b97b0277f9ad802574f1005437ae>.

Acórdão de 16/10/08, proc. 08A2357 (relator: Moreira Alves).
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0e64470606228c198025757800538aaf>.

Acórdão de 20/01/09, proc. 0827049 (relator: M. Pinto dos Bastos).
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/48e1a1e1c9b4afaa802575520055756a>.

Acórdão de 07/05/09, proc. 749/08.0TVLSB.L1-6 (relator: Teresa Soares).
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/abf3e3d9ae688592802575d9005e0244?OpenDocument>.

Acórdão de 24/09/09, proc. 14731/16.0T8PRT-B.PL.S1 (relator: Maria da Graça Trigo).
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/126645ed636a2ccb8025862500820693>.

Acórdão de 07/12/13, proc. 1900/11.8TBPVZ-F.P1 (relator: José Eusébio Almeida).
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/B4B897130767554C80257C080047DC92>.

Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014 de 19/05 (relator: Paulo Távora Vítor).
<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/4-2014-25343713>.

Acórdão de 29/01/14, proc. 1407/09.3TBAMT.E1.S1 (relator: João Bernardo).
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f1a58c33a3ef806a80257c77004e578b?OpenDocument>.

Acórdão de 09/05/15, proc. 1242/10.6YYPRT-A.P1.S1 (relator: Abrantes Geraldês).
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8fae33679c4f11c780257e810036de2d?OpenDocument>.

Acórdão de 16/01/16, proc. n.º 135/12.TBMSF.G1.S1 (relator: Maria Clara Sottomayor).
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a16a31225454b45f80257f5b00544158>.

Acórdão de 07/12/16, proc. 3517/16.1T8BRG.G1 (relator: Maria de Fátima Andrade).
<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/95A1063DD6B66E8B8025809F004ED6D5>.

Acórdão de 16/05/19, proc. 61/11.7TBAVV-B.G1.S1 (relator: Rosa Tching).
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/682475ad41ca434b802583fd002f64ab>.

Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2019 de 25/07 (relator: Maria Olinda Garcia).
<https://dre.tretas.org/dre/3798141/acordao-do-supremo-tribunal-de-justica-4-2019-de-25-de-julho>.

Acórdão de 10/09/20, proc.315/17.4T8ALM. L1-2 (relator: Laurinda Gemas).
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/82d67cd24658c86e802585f9003a4c21?OpenDocument>.

Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 3/2021 de 16/08 (relator: Fernando Jorge Dias).
<https://files.diariodarepublica.pt/1s/2021/08/15800/0003000055.pdf>.

Acórdão de 15/12/22, proc. 12144/21.0T8LSB.L1.S1 (relator: Ana Paula Lobo).
<http://www.dgsi.pt/JSTJ.NSF/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/959ac063be4e44368025891a0035d123>.

**Reflexão sobre a criminalização do aborto por negligência e das
ofensas à integridade física *in utero***

Raquel Sofia Meireles Ferreira

Sob a orientação da Professora
Doutora Conceição Cunha

*À minha mãe e ao Ney da Costa
à minha avó Leonor
ao meu irmão
à minha família tios e primos (em especial à minha tia)
e ao Pablo*

“O homem que disse ‘preferia ter sorte a ser bom’ tinha uma visão profunda da vida. As pessoas têm medo de reconhecer como grande parte da vida está dependente da sorte. É assustador pensar como tanta coisa escapa ao nosso controlo. Há momentos numa partida de ténis em que a bola atinge o topo da rede, e por um breve segundo, tanto pode ir para a frente ou cair para trás. Com um pouco de sorte avança, e ganha. Ou pode não avançar, e perdes”.

Frase inicial do Filme Match Point de
Woody Allen (2005)

Agradecimentos

Um agradecimento especial e reconhecimento à minha orientadora, Professora Doutora Conceição Cunha.

Resumo

O presente estudo pretende fazer uma reflexão sobre o aborto praticado por negligência e as ofensas à integridade física *in utero* dolosas e negligentes, comparando com a legislação espanhola, onde se encontram tipificadas no código penal, designadamente nos artigos 146, 157 e 158 do CPE, respetivamente.

Não pretendemos abordar as questões relativas à Interrupção Voluntária da Gravidez não punível, mas as situações que, não cabendo nesse âmbito, são praticadas negligentemente e à luz do nosso direito penal não são criminalizadas.

Começaremos por abordar os bens jurídicos em causa: vida intrauterina e integridade física do nascituro, que nos parecem ser merecedores de uma tutela efetiva por parte do direito penal.

Iremos, igualmente, abordar a negligência e o momento da conduta/resultado que terá relevância para efeitos penais.

Finalmente, iremos sugerir a criminalização de tais condutas à semelhança do que já ocorre em Espanha.

Palavras-chave: aborto; negligência; crimes *in utero*; lesões ao feto; ofensa à integridade física do nascituro; dever jurídico de garante; omissão; Direito Penal espanhol.

Abstract

This study aims to reflect upon the legal types of abortion, when performed with negligence, and intentional and negligent offences to physical integrity *in utero*, in Portugal, thus drawing a comparison with the Spanish legislation, where they are typified in the Spanish Criminal Code, in articles 146, 157 and 158, respectively.

We do not intend to address the issues related to the Voluntary Interruption of Pregnancy but in situations that not fitting within this scope are practiced negligently and in our criminal law have no protection.

We will begin by addressing the legal assets in question: intrauterine life and physical integrity of the unborn child, which seem to us to be deserving of effective protection by criminal law.

We will also address negligence and the timing of the conduct/result that will be relevant for criminal purposes.

Finally, we will suggest the criminalization of such acts, as already occurs in Spain.

Keywords: abortion; negligence; crimes *in utero*; injuries to the foetus; offences to physical integrity; legal duty of guarantor; default; Spanish criminal law.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
al.	Alínea
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CCCCP	Comentário Conimbricense do Código Penal
CDOMA	Código Deontológico da Ordem dos Médicos Anotado
Cfr.	Confrontar
CP	Código Penal (Português)
CPE	Código Penal Espanhol
CRP	Constituição da República Portuguesa
<i>e.g.</i>	exempli gratia (por exemplo)
<i>et al.</i>	et alii (e outros)
<i>i.e.</i>	id est (isto é)
IVG	Interrupção Voluntária da Gravidez
JIC	Juiz de Instrução Criminal
LBS	Lei de Bases da Saúde
OMS	Organização Mundial de Saúde
p.	página
pp.	páginas
Proc.	Processo
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TAF	Tribunal Administrativo e Fiscal
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Tr. Pt.	a tradução para português é da nossa responsabilidade
TS	Tribunal Supremo (Espanha)

Nota prévia

O interesse e a curiosidade para investigar e escrever sobre o tema desta dissertação foram suscitados durante a parte letiva do Mestrado, mais concretamente nas aulas de Crimes Contra as Pessoas.

A partir daí, tomei consciência e comecei a refletir sobre se faria sentido a criminalização do aborto por negligência e a criação de um tipo legal de ofensas à integridade física *in utero*, já que estão em causa bens jurídicos merecedores de tutela.

O meu interesse aumentou pelo facto de em Espanha, país ao qual tenho alguma ligação em virtude de ali ter residido durante alguns anos, estas condutas se encontrarem tipificadas no Código Penal. Além de que existem vários casos de negligência, sobretudo médica, que podem levar ao aborto ou a que o nascituro sofra lesões que terão consequências na sua vida inteira e, embora possa haver respostas a nível civil, parecem-nos que poderão, igualmente, merecer respostas por parte do Direito Penal.

Um dos casos que recentemente chamou a minha atenção para os problemas jurídicos convocados pela vida intrauterina foi o do “bebé sem rosto”. Embora este caso não coloque as mesmas questões que constituem o cerne do nosso estudo, acabou por me despertar para a temática da vida intrauterina, sua complexidade e necessidade de tutela.

É suficiente uma pesquisa perfunctória para encontrar vários comentários e notícias, não só relativamente a este caso, mas a vários outros casos¹. Aliás, a este respeito, Marta Temido² disse o seguinte: “(...) esta infeliz circunstância mostra as fragilidades do modelo regulatório e há um conjunto de entidades que têm por obrigação melhorá-la e, portanto, essa é a principal lição que eu penso que vale a pena daqui retirar (...)”³.

O que me levou a questionar se não haverá aqui lugar a repensar a legislação penal a respeito do aborto por negligência e das ofensas à integridade física/lesões *in utero* (dolosas e negligentes).

¹ “A Agência das Nações Unidas também indicou que todos os anos são registados, a nível mundial, 2,6 milhões de casos em que o bebé nasce morto (nado-morto) e outros 2,7 milhões de casos em que o recém-nascido morre durante os primeiros 28 dias de vida”. – Diário de Notícias *online*, 05.12.2015, que levou a OMS a elaborar um “*Guia de implementação da lista de verificação da OMS para partos seguros*”, in <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/199177/9789248549458-por.pdf;sequence=5>. Apesar de não serem objeto do presente estudo as situações ocorridas quando já se pode falar de vida humana, pode haver situações na iminência do início do processo de nascimento e outras em que, não ocorrendo a morte do feto, este (e depois a criança) venha a padecer de alguma doença ou lesão, que se poderão enquadrar nos temas em estudo.

² Ministra da Saúde de 15.10.2018 a 10.09.2022.

³ Expresso *online* de 22.07.2020.

Atentemos ainda noutras notícias⁴:

(...) a Ordem dos Médicos, pelo conselho disciplinar do Sul, propôs em abril de 2020 uma pena de suspensão de cinco anos para o médico obstetra mas, mais tarde, num despacho de acusação, anexou os outros cinco processos contra Artur Carvalho para justificar a sua expulsão do organismo (...).

Mas, de acordo com as notícias, há mais casos semelhantes⁵:

(...) em 2013 e 2015, o Supremo Tribunal de Justiça condenou uma clínica de Matosinhos e o Hospital de Barcelos a indemnizações de 70 mil e 200 mil euros em casos de malformações em bebés. (...) A primeira condenação remonta a um caso de 2003, em Matosinhos, onde nasceu um bebé sem braços e com os pés, a língua e o nariz deformados. (...) Já em 2015, o mesmo tribunal condenou o Hospital de Barcelos num outro processo de contornos idênticos. Neste caso, o bebé veio ao mundo com graves malformações dos membros superiores e inferiores que eram detetáveis a partir das 12 semanas de gestação, e que lhe determinam uma incapacidade permanente global de 93%. (...). Ao contrário do que tem sucedido com os processos cíveis, alguns das quais têm tido sucesso, as ações desencadeadas por vítimas deste tipo de negligência médica na justiça penal não têm tido grandes resultados, pelas dificuldades que o Ministério Público tem encontrado em deduzir acusações à luz das leis vigentes.^{6 7}

Relativamente ao aborto por negligência:

(...). Os dois arguidos estavam acusados de dois crimes de homicídio por negligência, mas o coletivo de juízes deu como provado apenas um deles, por entender que o feto “não tem personalidade jurídica”, ao contrário do que foi defendido no despacho de pronúncia e confirmado pela Relação. (...).^{8 9}

⁴ Diário de Notícias *online* de 22.06.2020.

⁵ Observador *online* de 18.10.2019.

⁶ Público *online* de 18.10.2019.

⁷ Como analisaremos adiante, é necessário refletir se nestes casos a negligência médica provocou as lesões ou se consistiu em não ter detetado tais lesões para dar hipótese aos pais de interromper a gravidez.

⁸ Diário de Notícias *online* de 6.7.2017.

⁹ Refere-se ao Ac. do TRC, de 15.05.2013, no ponto 5. *Infra* iremos analisar o processo completo.

Devo mencionar que, quando comecei a pensar no tema da minha tese, a negligência médica/profissional foi a primeira que me veio à mente, mas quando pesquisei “sentenças”¹⁰ de Espanha vi que este problema também pode ter lugar em casos de acidentes rodoviários, ou como consequências de atos, *e.g.*, de ofensas à integridade física da grávida (não só de pessoal da área da saúde) e que me parece que poderão merecer um olhar diferente e, talvez, uma mais severa responsabilização penal.

Assim, entusiasticamente e com um profundo sentimento de esperança em contribuir, pelo menos, para a reflexão sobre estes temas, decidi investigar sobre os mesmos.

¹⁰ Escrevo “sentenças” porque em Portugal denominar-se-iam Acórdãos, já que são proferidas por tribunais superiores.

Índice

I. Introdução	11
II. Análise sistemática dos crimes <i>objectum operis</i>	13
1. O crime de aborto	13
2. O crime de ofensas à integridade física <i>in utero</i>	16
3. Teses sobre as condutas pré-natais	19
3.1. Tese do momento da conduta	20
3.2. Tese do momento em que ocorre o resultado	20
3.3. Tese do início do efeito lesivo	21
4. A negligência no ordenamento jurídico nacional	23
5. Análise de jurisprudência nacional	25
5.1. O processo n.º 1053/10.9T3AVR (Homicídio vs. Aborto)	25
5.2. O processo n.º 1276/18.2T9CVL (Ofensas à Integridade Física)	29
6. Os crimes de aborto por negligência e de lesões ao feto no CPE	32
6.1. O crime de aborto no CPE	33
6.1.1. Análise das <i>sentencias</i> SAP 2339/2017 e STS 3788/2018	34
6.2. O crime de lesões ao feto no CPE	36
6.2.1. Análise da <i>sentencia</i> STS 2894/2022	37
III. Sugestões	39
IV. Conclusões	41
V. Bibliografia e Jurisprudência	42

I. Introdução

Temos consciência de que iniciámos este trabalho com um título provocatório, já que, no nosso ordenamento jurídico, nenhuma das situações supramencionadas (aborto por negligência e ofensas à integridade física do nascituro/lesões ao feto) estão tipificadas no CP e, consequentemente, não constituem crimes nem são puníveis, por força do princípio da legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹¹.

Não obstante, com o presente estudo pretendo analisar se fará ou não sentido a sua tipificação e, consequentemente, a punibilidade do aborto por negligência e a criação de um tipo legal de crime de ofensas à integridade física *in utero*.

Apesar do mencionado na Nota Prévia, como explicaremos adiante, não nos ocuparemos de defender a criminalização de casos como o do “bebé sem rosto”¹², já que nos parece difícil o seu enquadramento numa eventual criminalização do aborto negligente, ou nas das lesões provocadas *in utero*.

De igual forma, não abordaremos os casos de interrupção da gravidez não puníveis que constam do art. 142.º do CP.

Com efeito, quando falamos da criminalização do aborto por negligência não nos pretendemos imiscuir nos casos de interrupção voluntária da gravidez, mas sim nas situações que não têm cabimento no art. 140.º por não ter havido intenção do agente (nem sequer conformação – dolo eventual) no sentido da produção do resultado típico, *i.e.*, pretende-se que o presente estudo se foque exclusivamente naqueles casos em que por uma ação ou omissão negligentes vem a ocorrer o aborto, relativamente aos quais nos parece existir um vazio legal, não havendo resposta por parte do direito penal.

É certo que pode haver resposta por parte de outros ramos do direito, designadamente, do direito civil e que, conforme refere Paulo Pinto de Albuquerque¹³, “(...) a Convenção não impõe sequer a criminalização do **aborto negligente**, desde que a ordem jurídica preveja outros meios de responsabilização do autor, por exemplo, de responsabilidade civil, administrativa e disciplinar (...)”.

No entanto, estamos perante a violação do bem jurídico vida intrauterina, com dignidade constitucional¹⁴ e, como tal, no nosso ponto de vista, é um bem jurídico merecedor de uma tutela criminal mais abrangente à semelhança do que ocorre noutros países, designadamente em Espanha¹⁵.

¹¹ Cfr. art. 29.º da CRP e arts. 1.º e 2.º do CP. Sobre a legalidade ver Taipa de Carvalho, 2022, pp. 163-178, e Figueiredo Dias, pp. 209-241.

¹² Devemos referir que mantivemos este caso na Nota Prévia, porque nos despertou interesse, embora depois tenhamos concluído que o caso não se enquadrava no tema que viemos a escolher; no fundo, serviu de móbil, mas, naquele caso, a questão teve mais a ver com a falta de diagnóstico e informação dos pais do que, propriamente, com a inflicção de lesões ao nascituro.

¹³ Pinto de Albuquerque, 2021, p. 587 § 3 (negrito do autor).

¹⁴ Art. 24.º CRP.

¹⁵ Art. 146 do CPE.

Por outro lado, no que respeita às ofensas à integridade física *in utero* entendemos que existe um vazio legal ainda maior, já que, neste caso, não há qualquer tipificação legal, nem de condutas dolosas, nem negligentes. “(...) Por fim, não há sequer sanções penais para as lesões não letais causadas aos embriões uterinos nidados e fetos, como sucede nos artigos 157.º e 158.º do CP espanhol (...)”.¹⁶

Concordamos com Vera Lúcia Raposo¹⁷ quando refere que “(...) a proteção que o Código Penal Português (doravante CP) lhe confere restringe-se a actos dolosos que afectem a sua vida e já não a sua integridade física. Os efeitos jurídicos destas restrições resultam numa grave lacuna do nosso ordenamento criminal (...)”.

Refira-se que estas situações não são tão lineares como podem aparentar numa primeira leitura e, como em tantas outras questões jurídicas, há opiniões e posições divergentes tanto na doutrina como na jurisprudência, tornando-se necessário definir e tentar delimitar o melhor possível os conceitos que estão na base destes comportamentos.

Será necessário analisar os bens jurídicos que se pretende salvaguardar/proteger, o objeto do aborto por negligência e das ofensas à integridade física *in utero*, ou seja, o feto ou o embrião e, consequentemente, definir quando se inicia e quando termina a vida intrauterina¹⁸.

De toda maneira, não podemos olvidar que nos debruçamos sobre condutas pré-natais que podem conduzir à morte ou ofensas à integridade física do nascituro, pelo que será importante analisar as várias teses para podermos determinar as condutas que se enquadram nas situações objeto do presente estudo¹⁹.

Parece-nos, igualmente, importante a análise dos conceitos de negligência para a final nos ser possível concluir se todo e qualquer ato negligente deveria ser considerado numa eventual futura tipificação.

Finalmente, porque o CPE²⁰ prevê os crimes de aborto por negligência e de *lesões ao feto* (dolosas e negligentes) analisaremos aqueles tipos legais, bem como alguma jurisprudência a respeito, a fim de fazermos uma análise comparativa entre o nosso ordenamento jurídico e o de Espanha para nos ser possível concluir se, na nossa opinião, faria sentido a inserção de tipos legais semelhantes no direito penal português.

¹⁶ P. P. Albuquerque, 2021, Nota Prévia ao art. 140.º, p. 587 § 5, 2.ª parte.

¹⁷ V. L. Raposo, 2013, p. 1069.

¹⁸ C. Cunha, 2022a, pp. 107 e 108, § 1 e § 2.

¹⁹ C. Cunha, 2022a, pp. 107 e 108 § 2 e 79 § 3 – 3.3.

²⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, publicada no Boletín Oficial del Estado (BOE), <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

II. Análise sistemática dos crimes *objectum operis*

1. O crime de aborto

São **fontes** do crime de aborto, no nosso ordenamento jurídico, o art. 358.º do CP de 1886 e o § 218.º do StGB²¹ alemão. No nosso ordenamento jurídico este crime encontra-se previsto no art. 140.º do CP de 1982, imediatamente a seguir ao Capítulo I – *Dos crimes contra a vida*, e inserido no Capítulo II – *Dos crimes contra a vida intrauterina*.

Analisando o tipo legal - art. 140.º do CP -, que se divide em três números, é possível concluir que o legislador pretende punir terceiros que provoquem o aborto sem consentimento da grávida, bem como terceiros que o façam com o consentimento daquela e ainda a própria grávida quando consente ou ela própria se faz abortar.

Na primeira situação o crime é mais severamente punido pois entende-se que além da defesa da vida intrauterina se pretende também defender a liberdade e a autodeterminação, bem como a integridade física, da grávida.

Com efeito, o crime de aborto visa proteger, desde logo, o **bem jurídico**²² **vida humana intrauterina**, cuja dignidade penal decorre do art. 24.º da CRP²³, mas também a **integridade física**²⁴, a **liberdade** e **autodeterminação** da mulher grávida²⁵, e ainda, a paternidade e maternidade²⁶. Pelo que, está em causa um bem jurídico *autónomo e eminentemente pessoal*, uma vez que não se protege a vida humana (propriamente dita), que é protegida pelos crimes de homicídio. “Tal autonomia justifica (ou encontra concretização em) um diferente regime de proteção face aos crimes de homicídio, tanto ao nível de molduras legais, como ao nível de protecção típica (ausência da punição por negligência, (...) etc.)”.²⁷

O objeto da proteção é a vida humana implantada no útero da mãe²⁸, ou seja, é o feto ou o embrião, pelo que tem especial relevo e importância definir quando se inicia esta vida intrauterina e quando termina para aplicação dos tipos legais correspondentes.

²¹ Strafgesetzbuch (código penal alemão).

²² O TC reconheceu que a vida humana intrauterina se encontra constitucionalmente protegida pelo art. 24.º da CRP nos AC. 25/84 e 85/85, referindo-se, no primeiro que “(...) cremos, porém, que se pode e deve concluir que também essa vida humana intra-uterina está abrangida nesses preceitos e princípios que lhes subjazem (...)” e no segundo “(...) entende-se que a vida intra-uterina compartilha da proteção que a Constituição confere à vida humana (...)” em “2.2 – Fundamentos da decisão”.

²³ Princípio este que se traduz também no art. 63.º do CDOM: “o médico deve guardar respeito pela vida humana desde o momento do seu início (...)”, veja-se Pereira de Melo & Oliveira Rodrigues, 2021, pp. 313 a 316.

²⁴ Art. 25.º da CRP.

²⁵ Art. 26.º e 27.º da CRP.

²⁶ Art. 68.º da CRP.

²⁷ Neste sentido, D. Cunha, 2012, pp. 224 e 225 § 12.

²⁸ A autonomia do bem jurídico vida intrauterina pode levantar problemas relativamente aos bens jurídicos da mulher grávida, motivo pelo qual se fala da “duplicidade na unidade”.

Apesar de haver posições divergentes²⁹, concordamos que se inicia com a nidação, *i.e.*, com a implantação do embrião no útero³⁰, que geralmente ocorre no 13.º dia após a fecundação³¹. Refira-se que, igualmente, em Espanha, “A doutrina maioritária inclina-se a fixar o começo da proteção penal da vida humana na fase da nidação (...)”. Tr. Pt. 32

Por outro lado, relativamente ao **fim da vida intrauterina**, a maioria dos autores considera que ocorre com início das contrações ritmadas, intensas e frequentes que conduzirão à expulsão do feto ou com o início da cesariana³³; considerar este momento é bastante pertinente pois é o que define quando deixamos de estar perante um aborto ou ofensas à integridade física do nascituro/lesões ao feto e passamos a preencher os tipos legais de homicídio³⁴ e de ofensa à integridade física³⁵.

Conforme refere Figueiredo Dias³⁶, “Nesse sentido fala a necessidade de correspondência entre a especial força de tutela jurídico-penal e os especiais perigos que podem verificar-se no decurso do processo de nascimento (...)”. Estamos em crer ser importante mencionar como é que esta questão tem sido entendida pela doutrina espanhola, já que este trabalho visa fazer uma comparação com os crimes no ordenamento jurídico espanhol; segundo Suanzes Pérez³⁷:

(...) para uns começa já no momento do parto, de forma que se a morte da criança ocorre dentro do ventre materno considera-se aborto, enquanto se se tiver produzido contacto visual com o nascituro estaremos perante um homicídio (...) outros exigem a respiração pulmonar autónoma do recém-nascido; uma corrente exige o corte do cordão umbilical (...) alguns autores requerem a total separação do ventre materno, haja ou não respiração pulmonar ou corte do cordão umbilical (...) Tr. Pt.

Como não podia deixar de ser, em Espanha consideram, igualmente, importante esta definição para determinar se estaremos perante um crime de aborto ou de homicídio. Mas, a jurisprudência espanhola parece que se inclina, também, para a tese do início do processo de nascimento, referindo que aquele “(...) põe fim ao estado fetal e

²⁹ Como é o caso de Maia Gonçalves, de Leal Henriques e de Simas Santos, que defendem que a vida intrauterina e, consequentemente, a tutela penal se iniciam com a fecundação, *cfr.* Paulo Pinto de Albuquerque, 2021, p. 589.

³⁰ “Pode dizer-se que são exclusivamente questões de praticabilidade ou pragmatismo que justificam a solução (...)”. Damião da Cunha, 2012, p. 225 § 15.

³¹ *Cfr.* C. Cunha, 1995, pp. 195 e ss., o que vai de encontro ao entendimento no ordenamento jurídico alemão StGB.

³² No mesmo sentido, Fernando Suanzes Pérez, 1999, p. 462.

³³ Ao contrário do que sucede no art. 66.º do CC, nos termos do qual “A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida (...)”.

³⁴ Arts. 131.º a 137.º do CP.

³⁵ Arts. 143.º e 144.º do CP.

³⁶ F. Dias, 2012, p. 8 § 9.

³⁷ F. S. Pérez, 1999, pp. 463 e 464.

que, portanto, a partir desse momento, o feto passará a considerar-se pessoa”. Tr. Pt. 38

Consideramos crucial delimitar o momento a partir do qual termina a vida intrauterina e a vida humana se inicia para preenchimento e aplicação dos tipos legais correspondentes; parecendo-nos que a tese do início do processo de nascimento é claramente maioritária, apesar de haver posições divergentes³⁹. Mas, igualmente importante e gerador de maior controvérsia é a definição de qual o momento relevante para a imputação da conduta típica e o seu enquadramento no respetivo tipo legal, *i. e.*, se o momento da prática do facto, se o momento do efeito lesivo, ou o do resultado.

Há três teses a este respeito, que analisaremos mais detalhadamente *infra*⁴⁰, com recurso a exemplos. Refira-se que:

Para a doutrina tradicional, faz-se abortar provocando a separação, antes do tempo, do embrião do corpo da mãe, mas se com isso ocorrer um nascimento prematuro, a criança pode nascer com vida, o que conduz à tentativa, que nem sempre será punível. Para haver consumação, a atividade sobre a vida fetal deve provocar a morte do feto⁴¹.

Contudo, como referem Figueiredo dias⁴² “(...) a morte dada durante o parto, seja qual for a via pela qual este se opere, se considere já um verdadeiro homicídio, antes que um aborto (...)” e Damião da Cunha⁴³ “(...) se o parto prematuro é resultado de um acto abortivo, é irrelevante se o feto morre dentro do ventre materno ou já no exterior (...).

Trata-se de um **crime de dano** e de **resultado**, o elemento **objetivo** do ilícito é causar o aborto/fazer a grávida abortar; quanto ao tipo **subjetivo** é o **dolo** (em qualquer das suas modalidades).

O crime de aborto pode ser cometido por **omissão**⁴⁴, nos termos do art. 10.º do CP; o dever jurídico de garante⁴⁵ recairá, em princípio, sobre a mãe/grávida, o pai e sobre

³⁸ A respeito do crime de lesões ao feto, em 16/10/2019, <https://www.iberley.es/temas/delito-lesiones-feto-48521>.

³⁹ Iremos no ponto 5.1. *infra* analisar uma situação em que, no mesmo processo, foram defendidas correntes divergentes, por um lado aquela a que aludimos *supra*, por outro, a do nascimento completo e com vida.

⁴⁰ Ver ponto 3.; optámos por desenvolver estas teses nesse ponto em virtude de serem comuns e importantes não só para a distinção entre aborto e homicídio, mas também para a distinção das ofensas à integridade física *in utero* (atualmente não previstas no nosso CP) do crime de ofensas à integridade física.

⁴¹ Garcia e Castela Rio, 2018, p. 638.

⁴² F. Dias, 2012, p. 8.

⁴³ D. Cunha, 2012, p. 228.

⁴⁴ Nas palavras de T. Carvalho, 2022, pp. 550 a 575, “(...) **depende de vários fatores**, nomeadamente da *especial importância, individual e/ou social, do bem jurídico em perigo e/ou da relação entre omitente e o bem em causa*, bem como, obviamente, da avaliação prática, feita pelo legislador, sobre a ‘*necessidade penal*’ da qualificação da omissão como crime”. Para aprofundar os crimes de omissão ver, também, F. Dias, 37.º capítulo, 2022, pp. 1055-1123 e P. Faria, 2017, pp. 147-217.

⁴⁵ Conforme resulta do art. 10.º, n.º 2 do CP, a omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. Sobre dever jurídico de garante P. Faria, 2017, pp. 170 e ss.; T. Carvalho, 2022, pp. 560 e ss.

o médico ou profissional de saúde que acompanha a mulher grávida⁴⁶. A **tentativa** apenas é punível nos casos em que não há consentimento da mulher grávida (art. 140.^o n.^o 1), nos termos do art. 23.^o do CP.

Note-se que “se pode discutir se estamos perante um aborto (e, portanto, se há preenchimento da tipicidade), [quando estejam em causa] (...) os casos de **gravidez molar** (...), de **gravidez extra-uterina** e o caso de o feto ser um **anencéfalo** (...)”⁴⁷; nas duas primeiras situações, a doutrina e jurisprudência são unânimes em considerar que não há vida intrauterina e, conseqüentemente, não preenchem o crime de aborto, e o último deve ser considerado como um feto inviável, sendo aplicáveis as regras gerais da justificação da interrupção voluntária da gravidez.

2. As ofensas à integridade física *in utero*

Ao contrário do que ocorre com o crime de aborto, o nosso CP é completamente omissivo relativamente ao crime de ofensas à integridade física *in utero*, já que não é aplicável o disposto nos arts. 143.^o e ss. por não se ter iniciado a vida humana⁴⁸ – *vide supra*⁴⁹.

Augusto Silva Dias refere que “Tal como a vida, são bens das pessoas, pelo que vítima de uma ofensa no corpo ou na saúde só pode ser alguém cujo processo de nascimento já teve início”, remetendo para as considerações relativas ao início da vida e concluindo no sentido de “(...) a integridade física ou a saúde do feto não serem objeto de tutela penal. Deste modo, se a ofensa à integridade física ou à saúde do ser humano é praticada antes do início do parto, carecerá de relevância penal (...)”. E, ainda, nas palavras de Vera Lúcia Raposo,^{50 51} “(...) parece que as lesões causadas ao embrião/feto caem numa terra de ninguém (...)”. Aliás, esta autora considera que “numa certa perspetiva a tutela da integridade física do embrião assume maior relevância do que a sua vida, pois reportamo-nos a danos que vêm frequentemente a ser sofridos por uma pessoa (...)”. Com algumas reservas⁵², tendemos a concordar com esta opinião já que, apesar da incontestável dignidade constitucional do bem jurídico vida intrauterina⁵³, parece-nos que a vida e integridade física da pessoa humana têm uma maior

⁴⁶ P. P. Albuquerque, 2021, p. 590, § 7 e D. Cunha, 2012, p. 227, § 22.

⁴⁷ D. Cunha, 2012, p. 227, § 22 (negrito do autor), ver também P. P. Albuquerque, 2021, p. 589, § 5.

⁴⁸ Neste sentido, A. S. Dias, 2007, reimpressão, 2021, p. 87.

⁴⁹ *Vide* introdução.

⁵⁰ V. L. Raposo, 2013, pp. 1072 e 1073.

⁵¹ Esta posição é também defendida por parte da doutrina em Espanha, que considera que para a pessoa humana a vida é mais importante do que a saúde, mas há uma inversão valorativa em relação ao feto, considerando mais importante a saúde do que a vida, *cfr.* P. Ramos, 2003, pp. 176 e 177.

⁵² Porque nos parece que aqui facilmente se pode entrar na discussão se, em determinados casos, poderá ser preferível uma vida acompanhada de um dano denominado de *wrongful life* ou não ter nascido simplesmente, o que tem relevância sobretudo nos casos de IVG.

⁵³ Neste sentido, V. L. Raposo, 2013, pp. 1078 e 1082 e ss.

relevância/preponderância e as lesões pré-natais poderão ter repercussões, muitas vezes causadoras de graves limitações na autonomia e dignidade da pessoa, durante toda a sua vida.

Com efeito, partilhamos a opinião de que faria sentido a inserção deste tipo legal no código penal, sobretudo se considerarmos que tem vários pontos em comum com o crime de aborto. Desde logo, se a vida intrauterina é reconhecida como um bem jurídico com dignidade constitucional e merecedor de tutela por parte do direito penal, *in casu*, apesar de o **bem jurídico** ser a **saúde e integridade física do nascituro**^{54 55}, sendo o objeto da ação o corpo do nascituro, parece-nos que deverá ser igualmente tutelado, sem olvidar que, assim como no crime de aborto, também neste caso serão frequentemente violados bens jurídicos da mulher grávida, pois as ofensas ao feto poderão ser provocadas indiretamente (*e.g.* através de medicação administrada à mulher grávida, ou ofensas à integridade física daquela, que se repercutem no nascituro), estando em causa, mais uma vez, a questão da “duplicidade na unidade”.

Seriam enquadráveis neste tipo legal os casos em que ativamente fosse adotada uma conduta que provocasse lesões no nascituro, *e.g.* através de ofensas à integridade física à grávida, seja por agressões físicas, ou ministrar determinado medicamento⁵⁶, podendo o agressor ser médico, profissional de saúde⁵⁷, a própria mulher grávida⁵⁸ ou um terceiro⁵⁹. À semelhança do que referimos a propósito do crime de aborto parece-nos que também se pode praticar ofensas à integridade física do nascituro por **omissão**⁶⁰, recaindo o dever de garante sobre as mesmas pessoas referidas *supra*.

Na nota introdutória referimos que casos de *wrongful birth/life*, como o do “bebé sem rosto”, chamaram a nossa atenção e motivaram-nos para a análise da questão da não punibilidade da negligência no que respeita às ofensas à integridade física *in utero*. Mas levanta-se a questão de saber se o profissional de saúde, através da sua conduta, é o causador do dano, ou se não é o causador de tal deficiência, que se deverá a um problema genético/malformação. Cremos que poderia haver responsabilidade por omissão se fosse possível tratar tal deficiência *in utero* e caso se tivesse sabido de tal problema

⁵⁴ Art. 25.º CRP.

⁵⁵ Concordamos com V. L. Raposo, 2013, pp. 1086 e 1087, quando refere que, “se o bem jurídico protegido pelas lesões fetais coincidissem com a saúde e integridade física da pessoa tal significa que apenas existia um facto típico caso esta viesse efetivamente a nascer e, além do mais, a nascer com a lesão. (...)” já que “(...) causaria grande perturbação jurídica deixar a punição penal na dependência de fatores aleatórios ... tão-pouco a punição do crime de ofensas corporais vive na dependência destas terem sido ou não tratadas (...)”.

⁵⁶ *E.g.*, talidomida (referimo-nos apenas a título exemplificativo, pois este medicamento, que era usado para as insónias e enjoos matinais, foi responsável por mais de 10000 casos registados de defeitos congénitos e ausência de membros), que nos dias de hoje já é prescrito com muitas restrições, conforme resulta do parecer da CNEV, de 11.05.2004.

⁵⁷ Pela realização de tratamentos ou exames radiológicos recebidos pela grávida, exame de amniocentese...

⁵⁸ Seja pelo uso/abuso de substâncias tóxicas como álcool, estupefacientes.

⁵⁹ Pensemos no caso de um acidente rodoviário.

⁶⁰ *E.g.*, pela omissão de atos médicos que seriam adotados se fosse prestado um acompanhamento/assistência diligente à mulher grávida.

atempadamente. No entanto, entendemos que, em regra, não se pode considerar que a conduta do médico (por ação ou omissão) seja a causadora dos danos/ofensas à integridade física, pois, também em regra, estes problemas não serão tratáveis *in utero*.

Não nos parece haver dúvidas de que, nesses casos, houve um erro médico, pois foi violado o dever de informação e que haverá responsabilidade civil/disciplinar^{61/62/63}, contudo, as lesões/deficiências dever-se-ão a problemas genéticos ou congénitos e não à conduta do médico, se considerarmos que a criança nasceria sempre com aquelas lesões ainda que o médico tivesse feito o correto diagnóstico, pelo que cremos não ter cabimento neste tipo de “crime”, pois o que foi violado foi o direito à informação e, consequentemente, a possibilidade dos progenitores, *i.e.*, da grávida, optar pela IVG^{64 65}. Situação diferente e que nos parece ter cabimento seria se, no caso concreto, pelo facto de o médico não detetar as malformações também não tivesse aconselhado/realizado o tratamento *in utero*, que poderia evitar que a criança nascesse com aqueles problemas de saúde; esta seria uma situação concreta em que poderia haver responsabilidade por omissão. Tratar-se-ia, igualmente, de um **crime de resultado**, o elemento **objetivo** do ilícito é a ofensa ao corpo/saúde do nascituro⁶⁶ e o tipo subjetivo abrangeria tanto o dolo como a negligência.

Finalmente, à semelhança do que referimos acerca do crime de aborto, é de extrema importância a delimitação/definição do momento relevante para a imputação da conduta típica e o seu enquadramento no respetivo tipo legal, pelo que passaremos de seguida a analisar as três teses a este respeito.

⁶¹ Art. 25.º CDOM, “Informação de diagnóstico e prognóstico”, pp. 173-176 CDOMA.

⁶² Base 2 n.º 1 al. d), e) e f), da LBS “Direitos e deveres das pessoas” “(...) A receber informação sobre o tempo de resposta para os cuidados de saúde de que necessitem; (...) A ser **informadas** de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar; f) A **decidir, livre e esclarecidamente**, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo nos casos excecionais previstos na lei, a emitir diretivas antecipadas de vontade e a nomear procurador de cuidados de saúde (...)” (negrito nosso).

⁶³ Ac. TRP, 01.03.2012 “V – Age com culpa o médico radiologista que procede a exames de um feto (...) fazendo constar neles que a gravidez tinha evolução favorável e compatível com o tempo gestacional e que o bebé era perfeitamente normal, quando acabou por nascer, às 38 semanas, com síndrome polimalformativa e com patologias que seriam detectáveis por um radiologista normal. VI – O erro de diagnóstico das patologias e a omissão do inerente dever de informação impediram a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu direito à autodeterminação (...)” (negrito e sublinhado nossos).

⁶⁴ Referimos da grávida, embora como questiona CONCEIÇÃO CUNHA, 2022a, p. 113, “(...) fará sentido, quaisquer que sejam as circunstâncias, a total desconsideração pela vontade do pai do nascituro?”, questão que deixaremos, igualmente, em aberto.

⁶⁵ Não iremos, igualmente, aqui entrar na discussão se seria preferível uma vida nestas circunstâncias ou a opção pela realização do aborto, porque, como se deixou nota desde início, não é nossa pretensão abordar os casos de IVG.

⁶⁶ *E.g.*, uma doença, ou a sua agravação, uma infeção...

3. As teses sobre as condutas pré-natais

A doutrina e a jurisprudência dividem-se acerca do problema das **condutas pré-natais** que conduzem à morte – se devem ser consideradas **homicídio** ou **aborto**⁶⁷, bem como aquelas que não conduzindo à morte se manifestam em lesões que perduram depois do nascimento e, neste caso, se estamos perante um crime de **ofensas à integridade física**⁶⁸ ou se não estaremos perante qualquer crime por não existir um tipo legal que puna as *lesões in utero*.

“As chamadas condutas pré-natais vêm suscitando um complexo e muito discutido problema de distinção entre o preenchimento dos tipos objetivos de ilícito do homicídio e do aborto (...)”.⁶⁹ Como veremos, a regra geral, prevista no art. 3.º do CP, aponta para o momento da prática do facto como aquele que tem relevância para efeitos criminais, independentemente do momento em que se verifica o resultado, “A aplicação da lei no tempo reporta-se ao **momento em que o facto ou omissão tiveram lugar**, isto é, ao momento em que o agente atuou ou deveria ter atuado”.⁷⁰

Entendemos que tal não é tão pacífico como pode parecer com a simples aplicação do preceito legal mencionado, designadamente, no tipo de situações que são objeto do presente estudo, tendo em consideração que “(...) grande parte das lesões pré-natais, precisamente por terem lugar durante a gestação, afetam a pessoa que nascerá de forma grave e por vezes irreparável”.⁷¹ Levantam-se problemas sobre as condutas pré-natais, que conduzem à morte, no sentido de se saber se deverão ser consideradas homicídio ou aborto. E, semelhantemente, o mesmo problema se levanta quando não está em causa a morte, mas lesões/doenças – deverão ser consideradas ofensas à integridade física ou não preenchem qualquer tipo de crime?

Apesar de se entender que a partir do início do processo de nascimento as condutas praticadas levarão à aplicação dos tipos legais de homicídio ou de ofensas à integridade física, haverá motivos para um tratamento tão desigual só porque o ato lesivo foi praticado antes de iniciado o processo de nascimento mesmo que o resultado só se manifeste após aquele momento?

Vejamos as diferentes teses:

⁶⁷ C. Cunha, 2022a, p. 79 § 3 – 3.3.

⁶⁸ C. Cunha, 2022a, p. 114 § 2 – 2.2.

⁶⁹ F. Dias, 2012, p. 10 § 13.

⁷⁰ P. P. Albuquerque, 2021, p. 97 § 2 (negrito do autor).

⁷¹ V. L. Raposo, 2013, p. 1088.

3.1 Tese do momento da conduta

É a que resulta do teor literal do art. 3.º do CP, nos termos do qual: “O facto considera-se praticado no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido”, conferindo uma proteção mínima relativamente às condutas pré-natais.

Resumindo, para os defensores desta tese, se a conduta ocorrer antes do início do processo de nascimento, estaremos perante um aborto (se da conduta resultar a morte do feto), se ocorrer depois ou durante o nascimento, perante um homicídio, ou ofensas à integridade física. Ficando sem resposta criminal⁷² o aborto por negligência e as ofensas à integridade física, mesmo que o resultado só se verifique após o nascimento.

3.2 Tese do momento em que ocorre o resultado

Como se depreende, esta tese centra-se no plano oposto à que analisámos *supra*. Considera, para efeitos de preenchimento do tipo de ilícito, não o momento em que ocorre a conduta, mas o momento em que se produz o resultado.

Imagine-se o atropelamento de uma grávida que conduziu ao parto prematuro, vindo a criança a morrer: para os defensores desta tese teria ocorrido um homicídio por negligência, vejamos a

“(...) Sentença de 06-02-2004, do 2.º Juízo Criminal de Braga que, num caso de atropelamento de uma grávida de 31 semanas, condenou a condutora por homicídio negligente da criança que, nascida em parto prematuro provocado pelo embate, veio a falecer cerca de 6 horas após o parto em virtude de insuficiência respiratória e hemorragia cerebral decorrentes do choque e queda sofridos pela mãe aquando do acidente”.⁷³

Esta é a tese mais protetora do nascituro, pois se outra fosse a solução, neste caso, cairíamos no crime de aborto, não punível porque este tipo legal é doloso.

Na doutrina e jurisprudência nacionais parece ser a tese com menos defensores embora se assista a condenações nestes termos. Pelo contrário, nos Estados Unidos da América é comum a aplicação dos tipos legais (homicídio e ofensas à integridade física) mesmo estando em causa condutas pré-natais. Existem inúmeros processos denominados como *fetal abuse* por crimes de maus-tratos, consumo de drogas, (...).⁷⁴

⁷² Falamos em responsabilidade criminal, porque poderá haver responsabilidade civil e disciplinar no caso dos médicos/profissionais de saúde...

⁷³ F. Dias, 2012, p. 10 §13.

⁷⁴ Pimenta, 2017, p. 40.

Esta tese pode conduzir a uma certa insegurança jurídica. Augusto Silva Dias⁷⁵ refere criticamente que “O resultado é relativamente aleatório e (...) está dependente do estabelecimento de um nexo de imputação objetiva com a conduta desvaliosa. Aquele critério nunca poderia valer, (...), para qualificar, (...), o facto como aborto ou homicídio”.

3.3 Tese do início do efeito lesivo⁷⁶

Esta é uma tese intermédia relativamente às duas anteriores. Para os seus defensores, se o efeito lesivo começa antes do início do processo de nascimento, mesmo que a morte ocorra depois, teremos um aborto; se o efeito lesivo começa depois de iniciado o processo de nascimento, teremos um homicídio.⁷⁷

Paulo Pinto de Albuquerque⁷⁸ defende que “(...) é também irrelevante o momento em que se verifica a morte do feto por força da manobra abortiva, podendo falecer ainda no ventre materno ou já fora dele. (...)”. Augusto Silva Dias⁷⁹, seguindo o entendimento de Figueiredo Dias, refere a título de exemplo:

(...) Uma enfermeira injecta numa mulher grávida dois dias antes do parto um vírus que só actua por contágio sobre o nascituro dois dias depois, produzindo a sua morte durante o parto. (...) a infecção da mãe é declarada antes do início do parto, mas transferida para a criança durante o parto, hipótese em que haveria homicídio, ou é declarada e transferida para o nascituro antes do início do parto provocando a sua morte depois desse momento, caso em que haveria aborto (...).

Nesta segunda hipótese apenas está abrangido o aborto se houver atuação dolosa. E, no caso de não resultar a morte, mas ofensas à integridade física, não existe qualquer responsabilidade criminal (nem por dolo, nem por negligência).

E, nas palavras de Figueiredo Dias⁸⁰, “(...) **momento decisivo para definição do objecto da acção – e também do bem jurídico lesado – não é o da actuação física, mas o do início do efeito lesivo** (que não seria o mesmo que o momento do resultado: a morte)”.

Parece ser esta a tese sufragada pelo StGB alemão, desde o caso *Contergan*⁸¹, para delimitar ou qualificar um comportamento como homicídio ou aborto - ou como ofensas

⁷⁵ A. S. Dias, 2021, p. 21.

⁷⁶ F. Dias, 2012, p. 11, § 14 e ss.; A. S. Dias, 2021, pp. 21 e 22, P. P. Albuquerque, 2021, p. 589.

⁷⁷ C. Cunha, 2022a, p. 79 § 3 – 3.3 a.; F. Dias, 2012, p. 10 e 11, § 13, § 14 e § 15.

⁷⁸ P. P. Albuquerque, 2021, p. 589 § 6 última frase.

⁷⁹ A. S. Dias, 2021, pp. 21 e 22.

⁸⁰ F. Dias, 2012, p. 11, § 14 (negrito do autor).

⁸¹ Ocorrido na Alemanha em finais dos anos 50 e inícios dos anos 60: uma farmacêutica fabricou um medicamento que era receitado a mulheres grávidas, no primeiro trimestre, para os vómitos, mas que

à integridade física da pessoa ou do feto -, e em Espanha esta é a tese dominante, segundo Peñaranda Ramos⁸²:

Na Alemanha, desde o caso Contergan, foi praticamente imposta uma determinada solução: a de que para qualificar um comportamento como homicídio ou aborto (ou como lesões pessoais ou lesões ao feto) o decisivo não é a qualidade que tenha o objeto no momento do resultado, mas aquele que ostente quando a ação incida (ou comece a incidir sobre o mesmo). Em Espanha esta é possivelmente também a opinião dominante.

Consequentemente, esta parece ser a solução mais adotada na doutrina e na jurisprudência. Sufragamos esta tese, pois, conforme refere Figueiredo Dias, “(...) já na edição anterior deste Comentário – art. 131.º § 13⁸³ – defendemos (...) o problema em causa não é, em sentido próprio, o do ‘momento da prática do facto’ para o art. 3.º, mas **a do preenchimento do tipo em função do âmbito de proteção da norma (...)**”.⁸⁴

conduziu ao nascimento de mais de 3000 crianças com deformações nos membros e acabou por provocar a morte de muitos deles. Ramón Ribas, 2002, pp. 72 e ss.

⁸² P. Ramos, 2003, p. 172 § 2.

⁸³ No qual era referido “o problema aqui em questão, (...) de preenchimento do tipo sob a forma do âmbito de proteção da norma, não de momento de prática do facto – não pode ser corretamente resolvido em função nem do momento da conduta, nem da verificação do resultado (...)”.

⁸⁴ F. Dias, 2012, p. 11 § 15.

4. A negligência no ordenamento jurídico nacional^{85 86}

Ao longo deste estudo temos vindo a referir que no nosso ordenamento jurídico o tipo subjetivo do aborto é o dolo.

A negligência apenas é punível nos casos expressamente previstos na lei, conforme resulta do art. 13.º do CP. É objetivo deste trabalho analisar se as condutas em causa, face aos bens jurídicos que se pretende proteger, poderiam justificar a sua punição por negligência. Assim, abordaremos perfunctoriamente a negligência.

Ora, nos termos do art. 15.º do CP, considera-se que age negligentemente quem não procede com o cuidado a que está obrigado e de que é capaz⁸⁷, segundo as circunstâncias, sendo que podemos estar perante **negligência consciente** quando o agente “(...) representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime, mas atuar sem se conformar com essa realização; (...)”⁸⁸ ou **negligência inconsciente** quando o agente “(...) não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto”.⁸⁹ E, embora a lei não a defina, a **negligência grosseira** é a forma mais grave de negligência, qualificativo aplicável quer à negligência consciente, que inconsciente. Ora, “o carácter grosseiro resulta do facto do agente revelar uma ‘especial aptidão’, um ‘perigo intolerável’ de ocorrência do resultado e (...) uma ilicitude mais gravosa, a que acresce (...) uma atitude particularmente censurável de descuido ou leviandade”, acrescentando que “(...) a negligência grosseira releva não apenas ao nível do ilícito, mas também da culpa”^{90 91}, i.e., está em causa uma “(...) acção violadora do dever objetivo de cuidado (“desvalor da ação”) e pela ocorrência do resultado típico (“desvalor do resultado”) (...)”.⁹²

Com efeito, a negligência traduz-se na violação de um dever de cuidado⁹³ ou na criação de um risco não permitido, e estando em causa um bem jurídico com dignidade penal, “a inexistência de um tipo legal de crime de aborto por negligência gera alguma controvérsia”⁹⁴, o que se entende porque, como veremos, a linha que, por vezes, separa os tipos legais de aborto e de homicídio pode ser muito ténue, visando ambos a proteção da vida (humana e intrauterina) e, no primeiro caso, a negligência não é punível, mas no segundo, e bem, já é.

⁸⁵ Doutrina duplo escalão F. Dias, 2022, pp. 1007 e 1008 – 3.

⁸⁶ P. Faria, 2017, pp. 47 e ss.

⁸⁷ F. Dias, 2022, p. 1007: “(...) torna-se indispensável que tenha ocorrido a violação, por parte do agente, de um **dever de cuidado** que sobre ele impende (...) que o resultado fosse *previsível e evitável* para o homem prudente, dotado das capacidades que detém o “homem médio” pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente”.

⁸⁸ Art. 15.º al. a) do CP.

⁸⁹ Art. 15.º al. b) do CP.

⁹⁰ P. P. Albuquerque, 2021, p. 168 § 10.

⁹¹ Para desenvolvimento da doutrina do “duplo escalão”, F. Dias, 2022, pp. 1007 e 1008 § 12 e § 13.

⁹² A. T. Carvalho, 2022, p. 526 § 929.

⁹³ F. Dias, 2022, pp. 1011 e ss.

⁹⁴ C. Cunha, 2022a, p. 108.

Conforme referido *supra*, entende-se que haja uma diferença de tratamento entre a vida intrauterina e a da pessoa humana, mas será que se justifica essa diferença ao ponto da não punibilidade da negligência no primeiro caso?

Será que do ponto de vista da dignidade penal, da proteção dos bens jurídicos aqui em causa, bem como da relevância dos mesmos na *sociedade de risco* em que vivemos, a necessidade de proteção destes bens, aliada ao avanço da ciência, conhecimento, capacidades de resposta (sobretudo no que respeita ao pessoal da área da saúde), e informação da população em geral, justificariam a punibilidade da negligência?

Não podemos, contudo, olvidar que são situações com uma grande especificidade e complexidade, que poderão estar em causa bens jurídicos do nascituro por um lado, e da mulher grávida por outro, que são autónomos (ou relativamente autónomos) entre si, deparando-nos com o mencionado problema da *duplicidade na unidade*.

Aqui chegados e feitas as considerações *supra*, cremos ser pertinente ver como a jurisprudência tem decidido, o que nos dará uma visão prática destas situações, nos permitirá assimilar os conceitos e questões levantadas ao longo do trabalho, a fim de nos ser possível tomar uma posição relativamente às questões que vamos deixando em aberto.

5. Análise de jurisprudência nacional

5.1. O processo n.º 1053/10.9T3AVR95 (Homicídio vs. Aborto)

Passamos a transcrever o sumário deste Acórdão para uma melhor compreensão do *thema decidendum*, embora após análise do processo completo, como veremos, a conclusão/decisão possa ser, justificadamente, diferente:

I - Para efeitos da tutela penal, **a vida humana começa no início do parto**, ou seja, com o início das contrações ritmadas, intensas e frequentes de expulsão do feto ou, no caso de parto com cesariana, com início da intervenção médica na barriga da mulher.

II - Consequentemente, a morte do feto, **no decurso de trabalho de parto**, causada por profissionais de saúde, devido a violação das legis artis, consubstancia a prática de um **crime de homicídio negligente**.

III - Existe uma **pluralidade de crimes de homicídio por negligência** quando o agente causa a morte a várias pessoas, ainda que com uma única ação.

IV - Assim, se nas referidas circunstâncias, ocorre também a **morte da parturiente**, verificam-se **dois crimes de homicídio** p. e p. no artigo 137.º do CP.⁹⁶

O douto Ac. foi proferido na sequência de recurso do Despacho de Pronúncia, o qual já tinha decidido no mesmo sentido. Ora, resumindo os factos provados: no dia 12.05.2010, pelas 4:21h, a parturiente deu entrada nas Urgências do Hospital, encontrando-se em início de trabalho de parto, com dilatação de 2-3 cm. e contrações moderadas, tendo sido encaminhada para o bloco de partos, cujo acompanhamento foi atribuído a um Enfermeiro. Por volta das 05:30h. foi administrada analgesia epidural e foi sujeita a monitorização cardiotocografia (CTG) com registo em Monitor Fetal.

Pelo menos entre as 05:42h e as 7:00h. não foram visualizados os registos referentes à parturiente, tendo àquela hora sido detetado por outra enfermeira que na Central de Vigilância do CTG não eram apresentados registos referentes à parturiente.

Com efeito, aquela havia falecido em “consequência de lesão alveolar difusa por microembolismo pulmonar, fortemente sugestivo de coagulação vascular disseminada, com provável origem em embolia amniótica”⁹⁷ e, consequentemente, o feto foi retirado

⁹⁵ Ac. do TRC, datado de 15.05.2023, este processo foi referido logo na nota prévia.

⁹⁶ Negrito e sublinhado nossos.

⁹⁷ Transcrição do Ac. do Juízo Central Criminal de Aveiro – Facto Provado 17).

sem vitalidade, através de cesariana, com lesões tradutoras de “distresse fetal” e “asfixia aguda intrauterina”. O Enfermeiro atuou em violação das *leges artis* “(...) não curando de visualizar os registos (...) e providenciar pela atempada prestação de socorro (...) tornou-se impossível reverter a paragem (...) evitando a sua morte e a do que feto que se aprestava a dar à luz”.⁹⁸

Contrariamente, ao decidido pelo JIC e TRC, em sede de **Julgamento**, que correu termos no Juízo Central Criminal de Aveiro – Juiz 1, foi proferido Ac. condenatório, em 06.07.2017, por **apenas um crime de homicídio por negligência**. O Tribunal considerou que o feto não tem personalidade jurídica, pois esta apenas é adquirida no momento do nascimento completo e com vida, *cf.* art. 66.º do CC, seguindo o entendimento de Maia Gonçalves.

Não obstante, o Ac. faz referência à posição do JIC e do TRC, apoiadas “(...) na posição de Figueiredo Dias (...) que a proteção dispensada pelo crime de homicídio inicia-se (...) “com o **início do ato de nascimento**”, sendo que “o fim de proteção da norma do homicídio impõe que a morte dada durante o parto, (...) se considere já um verdadeiro homicídio (...)”.⁹⁹

Voltando a referir-se a Figueiredo Dias, refere que “esse momento se verifica – não necessariamente quando se inicia o processo de dilatação, mas – quando se iniciam **contrações ritmadas, intensas, frequentes que previsivelmente conduzirão à expulsão do feto**” (...).¹⁰⁰ Todavia, o Tribunal coletivo concluiu que

(...) mesmo a acolher-se aquela posição doutrinária, designadamente sustentada por Figueiredo Dias, o caso dos presentes autos não seria pela mesma abrangido, no sentido de a morte do feto, nas condições em que ocorreu, integrar os elementos típicos do crime de homicídio. (...) os factos provados mostram que a parturiente (...) deu entrada na Urgência em fase inicial de trabalho de parto (...) e quando foi submetida a epidural (...) continuava em início de trabalho de parto (...)

(...) a parturiente Maria de Lurdes não tinha “contrações ritmadas, intensas e frequentes”, que conduziriam à expulsão do feto, nem tão pouco estava a ter lugar qualquer “processo cirúrgico de cesariana” (...) e nada aponta para que tenha tido tal tipo de contrações até ao momento da

⁹⁸ Transcrição do Ac. do Juízo Central Criminal de Aveiro – Facto Provado 25).

⁹⁹ Ac. do Juízo Central Criminal de Aveiro, pp. 31 e 32.

¹⁰⁰ Neste sentido, decidi, igualmente, o duto Ac. TRP, de 14.12.2022:

“I – Para efeitos de aplicação das normas relativas à incriminação dos homicídios, só pode falar-se da existência de uma ‘pessoa’ a partir do início do trabalho de parto. II – Deve ter-se por iniciado o trabalho de parto logo que se verifique a eclosão da contractilidade uterina dolorosa, regular em frequência e intensidade, dirigida, por regra, a lograr o completo apagamento e dilatação cervicais. III – O aborto negligente não é punível”.

morte (...)”, concluindo que “(...) a morte do feto não tem enquadramento típico autónomo, sem prejuízo de poder relevar em termos de desvalor de resultado da conduta, caso se conclua pela prática do ilícito à parturiente (...) (com reflexo na medida da pena).

Este Ac. foi objeto de recurso por parte do arguido e dos assistentes, tendo o TRP proferido Ac., datado de 27.06.2018, nos termos do qual julgou os recursos improcedentes e manteve a decisão recorrida “nos seus precisos termos”. Ora, no que importa ao presente estudo, o Assistente (marido da grávida) reiterou que a parturiente deu entrada no Hospital “(...) em início do trabalho de parto, com contracções e com dilatação, tendo dores significativas (...)”.

Note-se que o Ac. confirma a decisão de 1ª Instância, no que respeita à absolvição do arguido relativamente ao crime de homicídio por negligência em relação ao feto, do qual vinha pronunciado, no entanto com fundamento diferente, por considerar que não há necessidade de entrar na discussão sobre a tutela penal do feto já que está em causa uma única conduta negligente do agente (enfermeiro) que violou dois bens jurídicos penalmente protegidos, pelo que se terá que considerar verificado apenas um crime¹⁰¹, conforme passamos a transcrever:

(...) as considerações doutrinárias trazidas à colação sobre o princípio da tutela penal no que se refere à ofensa da vida, tem todo o significado quando estamos perante crimes de natureza dolosa, pois na verdade a problemática da unidade ou pluralidade de infracções coloca-se, com natural preponderância, relativamente aos crimes dolosos.

A questão da unidade e pluralidade de infracções – adstrita à hipótese de existência de uma só conduta naturalística negligente do agente ter causado múltiplas violações de bens jurídicos penalmente protegidos – tem sido abundantemente debatida na jurisprudência (...) o S.T.J. se tem pronunciado, (...), no sentido de se verificar um único crime. (...)

No caso, a discussão sobre a tutela penal do feto, ficará secundarizada, sendo reconhecida, face à autonomização desse crime, pelo que, (...) jamais seria possível a punição autónoma do arguido pelo crime de homicídio ao feto, sendo este infeliz resultado unicamente ponderado em

¹⁰¹ Neste sentido, relativamente aos crimes negligentes e omissivos: “Se através de uma única ação violadora do dever de cuidado se produz mais do que um resultado típico ter-se-á de admitir, em princípio, a unidade do facto (...)”. P. Faria, 2017, p. 379.

sede de medida da pena (...).¹⁰²

Analisado o processo na íntegra, cumpre tecer os seguintes comentários: como sustentado em 1. *supra* perfilhamos o entendimento de que o fim da vida intrauterina e o começo da vida humana ocorre com o início do processo de nascimento, *i.e.*, nos termos mencionados no sumário do Ac. do TRC transcrito.

Contudo, com o devido respeito, parece-nos que tanto o JIC como o TRC fizeram errada interpretação dos factos relativamente a este momento, *i.e.*, a parturiente estava em início de trabalho de parto¹⁰³, com contrações e dilatação de 2-3 cm, mas o processo de nascimento, ou seja, as *contrações ritmadas e constantes com vista à expulsão do feto*¹⁰⁴, todavia não teriam começado e tardariam algumas horas, conforme decorre do Ac. do Juízo Central Criminal de Aveiro.

Por outras palavras, estávamos, ainda, perante vida intrauterina, consequentemente, a sua lesão não seria punível pelo crime de homicídio, conforme interpretado e decidido pelo Tribunal Coletivo.

Com efeito, tanto a conduta/omissão do enfermeiro como o resultado tiveram lugar antes de iniciado o processo de nascimento, motivo pelo qual apenas pode estar em causa o tipo legal de aborto¹⁰⁵, o qual não é punível por negligência¹⁰⁶. Resposta diferente, *i. e.*, a solução do JIC e do TRC, só poderia ter lugar se, de facto, como ali referem, o processo de nascimento se tivesse iniciado, nos termos do sumário do Ac.

Por outro lado, não podemos concordar com a posição do TRP relativamente ao concurso de crimes¹⁰⁷, *i. e.*, pelo facto de os bens jurídicos terem sido violados por uma única conduta negligente apenas podermos estar perante um crime de homicídio por negligência.

Figueiredo Dias defende que “se através de uma mesma acção são mortas *várias* pessoas estar-se-á perante uma hipótese de **concurso efetivo**, sob a forma de concurso ideal, com absoluta indiferença por que a negligência tenha sido consciente ou inconsciente”.¹⁰⁸

¹⁰² “Esta posição, preponderante no S.T.J., tem vindo, no entanto, a perder terreno, desde logo ao nível doutrinal e, nos últimos anos, também na jurisprudência das diversas Relações”. – Ac. do TRP, datado de 28.10.2015, Proc. n.º 3/13.5GCADG, Relator Castela Rio.

¹⁰³ Cremos que o início do trabalho de parto distingue-se do início do processo de nascimento, porque ainda não há contrações ritmadas e constantes com vista à expulsão do feto. Embora se reconheça que a delimitação do momento a partir do qual se deixa de falar em início do trabalho de parto e se pode falar em início do processo de nascimento pode ser gerador de dúvidas.

¹⁰⁴ Referidas, entre outros, por F. Dias e no sumário do Ac. *supra*.

¹⁰⁵ Ver *supra* 3.3., tese do início do efeito lesivo.

¹⁰⁶ Nesta situação, mesmo que seguissemos a tese do momento do resultado a resposta seria a mesma, porque a morte ocorreu antes do início do nascimento.

¹⁰⁷ Não sendo objeto deste trabalho, entendemos, no entanto, ser necessário fazer uma reflexão sobre o tema, ainda que perfunctória, pois na maior parte das situações resultaram ofensas a vários bens jurídicos – da mãe e do nascituro.

¹⁰⁸ F. Dias, 2012, pp. 186 e 187, § 27, e F. Dias, 2022, pp. 1173 e 1174.

E, no mesmo sentido, afirma Paulo Pinto de Albuquerque¹⁰⁹: “Nos crimes que tutelam bens jurídicos pessoais, sejam dolosos, negligentes, cometidos por ação ou omissão, (...) implica necessariamente a consideração da pluralidade de vítimas (...)”.

Assim, a conduta do arguido provocou a morte da grávida e do feto/nascituro, pelo que, não obstante estar em causa apenas uma única conduta negligente, o número de crimes deve ser determinado pelos vários bens jurídicos violados/pluralidade de vítimas. É certo que, *in casu*, não se chegaria a levantar esta questão porque o aborto por negligência não é crime!

Finalmente, importa referir que foi deduzido pedido de indemnização civil e que correu em separado, tendo sido instaurado um processo de responsabilidade civil contra o enfermeiro e o hospital, que correu termos no TAF de Aveiro¹¹⁰, no âmbito do qual foi proferida Sentença no dia 15.01.2023, tendo os ali réus sido solidariamente condenados a pagar a quantia de 92.500,00 € ao Autor (marido da grávida)¹¹¹.

E, paralelamente, correu um processo de responsabilidade disciplinar contra o enfermeiro, que culminou com a aplicação de sanção disciplinar (suspensão de 30 dias), no qual se considerou que atuou “com desrespeito pela deontologia profissional, não aplicando os conhecimentos científicos e técnicos adequados, com desrespeito pela vida e a saúde da pessoa ao seu cuidado, nem adotando as medidas adequadas a garantir a prestação de cuidados de saúde (...)”¹¹², sumariamente diríamos – por violação das *leges artis*.

Parece que, como mencionado na introdução, há respostas por parte de outros ramos do direito, designadamente, do Direito Civil, na proteção do nascituro por atos negligentes. Deixamos, por ora, todavia, em aberto a questão:

Será esta resposta suficiente para proteção do bem jurídico vida, saúde e integridade física do nascituro?

5.2. O Processo n.º 1276/18.2T9CVL113 (Ofensas à Integridade Física)

Também este processo foi objeto de notícia, nos jornais, pois, por Ac. do TRC, datado de 25.01.2023, *in casu*, a médica obstetra foi condenada pela prática de **dois crimes de ofensas à integridade física por negligência** (um na pessoa da grávida

¹⁰⁹ P.P. Albuquerque, 2021, p. 239, § 16 ao art. 3.º.

¹¹⁰ Proc. n.º 790/14.3BEAVR.

¹¹¹ Correspondentes a 80.000,00 € pela morte da mulher, 40.000,00 € pela morte do feto e 65.000,00 € por danos não patrimoniais do Autor, aplicando os valores em 50% por considerar que esta seria a possibilidade de sobrevivência.

¹¹² Sentença do TAF de Aveiro, proc. n.º 790/14.3BEAVR, p. 56.

¹¹³ Ac. TRC datado de 25.01.2023.

e outro ao feto).

Os factos ocorreram em 14.06.2018, dia em que a médica arguida propôs a indução do parto a uma grávida com 40 semanas e 4 dias de gestação. A médica prescreveu e determinou a administração de misoprostol, fármaco utilizado na indução do parto, mas, face ao historial da ofendida (gravidez prévia com parto por cesariana), é contraindicado o uso daquele medicamento pelas *leges artis*. E, devido à sua administração, a ofendida sofreu rutura uterina, pelo que teve de ser submetida a cesariana de urgência. Antes de iniciar a cesariana, a médica arguida realizou a auscultação do feto, verificando que o mesmo estava com frequência cardíaca presente e normal.

O Tribunal concluiu, ainda, que a “(...) administração daquele fármaco provocou dores abdominais excruciantes, tendo o feto entrado na cavidade abdominal da mãe”¹¹⁴, e que o feto nasceu “(...) em morte aparente, branco, hipotónico, sem reflexos, sem respiração e sem batimentos cardíacos, sofreu asfixia aguda, com necessidade de intubação (...)”.¹¹⁵

Refira-se que tanto a mãe como o bebé não ficaram com qualquer sequela ou lesão relacionada com o episódio relatado, “(...) além ... da cicatriz ... da cesariana (...)”.¹¹⁶

No que respeita ao concurso de crimes concordamos com a posição adotada tanto na Sentença como no Acórdão que decidiram, no mesmo sentido que defendemos *supra*¹¹⁷, i.e., que estando em causa bens jurídicos eminentemente pessoais há concurso efetivo:

O bem jurídico protegido é a integridade física que pode ser atingida por uma ofensa no corpo ou na saúde de alguém, independentemente da dor ou do sofrimento causados, da gravidade dos efeitos ou da sua duração e é eminentemente pessoal, cometendo-se um crime de ofensa à integridade física por cada pessoa que seja ofendida.¹¹⁸

Por outro lado, este caso, retrata a típica situação em que se aplica a tese do início do efeito lesivo. Vejamos os três momentos que nos parecem fulcrais:

1. A médica deu um medicamento à grávida para induzir o trabalho de parto não observando a Orientação da DGS, i.e., em violação das *leges artis*.
2. Antes de ter sido iniciada a cesariana, o feto apresentava frequência cardíaca.
3. O feto nasceu em morte aparente, branco, hipotónico, sem reflexos, sem

¹¹⁴ Facto 9) de “II Fundamentação de Facto: 2.1. Factos Provados:” da Sentença do Juízo Local Criminal da Covilhã, datada de 23.02.2022.

¹¹⁵ Ponto 10) *ibidem*.

¹¹⁶ Facto provado 18) *ibidem*.

¹¹⁷ *Vide* 5.1. *supra* e notas 101 e 102.

¹¹⁸ Parágrafo 5, de “3.1. Do Enquadramentos Jurídico-Penal da Conduta do Arguido”, *ibidem*.

respiração e sem batimentos, sofreu asfixia aguda, com necessidade de intubação.

A conduta da médica – que despoletou a rutura do útero da ofendida e demais consequências, foi a administração do medicamento – ocorreu antes do início do processo de nascimento. *In casu*, foi realizada uma cesariana pelo que este é o momento a partir do qual, como referimos em 1 *supra*, se considera iniciado o nascimento.

Ora, se antes daquela (início da cesariana), o feto apresentava frequência cardíaca normal temos forçosamente de concluir que o início do efeito lesivo ocorreu após o início do nascimento e, conseqüentemente, caímos no âmbito do art. 148.º do CP, por se considerar que estamos perante vida humana.

Se o Tribunal adotasse o entendimento da tese do momento da conduta não teria sido possível condenar a médica, pois estava em causa o feto e, como temos vindo a referir, a conduta não teria cabimento jurídico-penal, ainda que fosse dolosa.¹¹⁹ Cremos que, *in casu*, se fez correta interpretação e aplicação da legislação penal. *Mas, questionamos nós, poderia fazer sentido que houvesse um tipo legal aplicável aos crimes in utero? Ainda que com uma pena mais leve? A fim de se evitar que as condutas pré-natais sejam alvo de uma total ausência de resposta por parte do direito criminal?*

Nos casos analisados estava em causa a conduta de profissionais de saúde. Contudo, este problema não se restringe aos mesmos. Pensemos, *e.g.*, no caso de um acidente de viação, ou de uma qualquer agressão à grávida, com consequências graves para a vida e integridade física não só daquela, mas também do feto.

Levantada a questão, vamos então analisar quais poderiam ser as soluções num sistema jurídico que tipifica estes comportamentos, analisando a legislação e alguma jurisprudência de Espanha.

¹¹⁹ O pedido de indemnização civil correu em separado e foi peticionada a quantia de 20.000.00 € e de 15.000,00 € a título de danos não patrimoniais sofridos pela grávida e pelo feto, respetivamente. Neste caso, não tivemos acesso ao processo de responsabilidade civil e não obtivemos informações respeitantes ao processo disciplinar, que presumimos ter sido instaurado.

6. Os crimes de aborto por negligência e de lesões ao feto no CPE

Em Espanha estes crimes foram introduzidos no CP de 1995, tendo sido significativamente ampliada a proteção da regulação dada à vida e à saúde humanas na sua fase pré-natal. Os atuais artigos 146, 157 e 158 foram resultado de forte pressão doutrinária, que conduziu à tipificação e consequente punição do aborto negligente e das lesões dolosas e negligentes ao feto, que até então ficavam impunes¹²⁰. O que ainda é uma realidade no ordenamento jurídico português.

Como já foi abordado *supra*¹²¹, também a jurisprudência espanhola tem entendido que “o começo do nascimento põe fim ao estado fetal e, consequentemente, transforma em pessoa o que antes era um feto”¹²², sendo este conceito importante para delimitar o momento em que são praticadas as condutas e em que se iniciam as lesões, para, consequentemente, fazer a subsunção ao respetivo tipo legal.

Peñaranda Ramos¹²³ explica que “o CPE de 1995 tentou superar os eventuais inconvenientes¹²⁴, excluindo qualquer responsabilidade das grávidas por negligência tanto no caso do aborto como das lesões ao feto e limitando a responsabilidade de terceiros aos casos de negligência grosseira”. Tr. Pt. Não obstante, segundo o mencionado autor, são levantadas questões relativamente a atos negligentes de terceiros, *e.g.*, “(...) marido, colegas de trabalho, amigos, funcionário do quiosque onde a grávida costuma comprar tabaco, do médico, que intervenham, com o consentimento da grávida, em condutas de risco para a vida ou saúde do feto (...)”. Tr. Pt. 125

Na nossa opinião, o legislador espanhol, ao excluir as condutas negligentes da grávida e tipificando apenas a negligência grosseira de terceiros, não visa a responsabilização das pessoas que não causem diretamente as lesões.

¹²⁰ P. Ramos, 2003, p. 166.

¹²¹ Ver nota 38.

¹²² Vide P. Ramos, 2003, p. 169.

¹²³ P. Ramos, 2003, p. 174.

¹²⁴ Uma *intolerante intromissão na liberdade da grávida e das pessoas que a rodeiam*, *i. e.*, P. Ramos, 2003, p. 173, a respeito do Projeto de Lei de Proteção dos Embriões no Direito Alemão: “(...) no que respeita à proteção da vida e saúde pré-natais (...) ao não ter em conta adequadamente a relação, de caráter simbiótico, entre a grávida e o produto da concepção (...) seria insuficiente para realizar uma correta ponderação entre os interesses que se pretendiam tutelar e o direito da grávida ao livre desenvolvimento da sua personalidade (...)”.

¹²⁵ P. Ramos, 2003, p. 174.

6.1. O crime de aborto no CPE

O crime de aborto no CPE está dividido em quatro artigos, contudo tem alguns pontos muito semelhantes ao nosso art. 140.^o, *i.e.*, visa-se a punição de quem provoca o aborto sem o consentimento da mulher grávida¹²⁶, de quem provoca o aborto com o consentimento daquela – fora dos casos previstos na lei¹²⁷ – e, ainda, da própria grávida¹²⁸; no primeiro caso, no CPE a pena é de 4 a 8 anos e no CP de 2 a 8 anos, no segundo, no CPE é de 1 a 3 anos e no CP é de 1 mês a 3 anos e, no terceiro, que diz respeito à grávida, o CPE apenas aplica pena de multa, enquanto o CP aplica, igualmente, pena de prisão. Parece resultar um cuidado do legislador espanhol, não desprotegendo o nascituro, mas também não penalizando demasiado a mãe/grávida, por reconhecimento dos bens jurídicos daquela, designadamente, a liberdade e autodeterminação.

Mas a maior diferença – e que é a primeira questão central deste estudo – resulta do facto de em Espanha se encontrar prevista a penalização do **aborto por negligência**, vejamos:

Art. 146.^{Tr. Pt.}

Aquele que por negligência grosseira¹²⁹ provocar um aborto será punido com pena de prisão de três a cinco meses ou com multa de seis a dez meses.

Quando o aborto for realizado por negligência profissional aplicar-se-á igualmente a pena acessória de inabilitação especial para o exercício da profissão, ofício, ou cargo pelo período de um a três anos.

A grávida não será punida ao abrigo desta disposição.

¹²⁶ Art. 144: Quem provocar o aborto de uma mulher, sem o seu consentimento, será punido com pena de prisão de quatro a oito anos e inabilitação especial para exercer qualquer profissão na área da saúde, ou para prestar serviços de qualquer índole em clínicas, estabelecimentos ou consultórios ginecológicos, públicos ou privados, pelo período de três a dez anos.

As mesmas penas aplicar-se-ão a quem provoque o aborto quando obtiver o consentimento da mulher mediante violência, ameaça ou engano. ^{Tr. Pt}

¹²⁷ Ou seja, fora dos casos previstos nos arts. 12 e ss. da *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, na sua redação atual, ao contrário do nosso CP, em Espanha os casos em que é admitida a IVG não constam do CPE, mas de legislação avulsa.

¹²⁸ Art. 145: “1. Quem provocar o aborto de uma mulher, com o seu consentimento, fora dos casos permitidos por lei será punido com pena de prisão de um a três anos e inabilitação especial para exercer qualquer profissão na área da saúde, ou para prestar serviços de qualquer índole em clínicas, estabelecimentos ou consultórios ginecológicos, públicos ou privados, pelo período de um a seis anos. O juiz poderá impor a pena na sua metade superior quando os atos descritos neste apartado se realizem fora de um centro ou estabelecimento público ou privado licenciado. 2. A mulher que provoque o seu aborto ou consentir que outra pessoa o cause, fora dos casos permitidos por Lei, será punida com pena de multa de seis a vinte e quatro meses. 3. Em qualquer caso, o juiz ou tribunal aplicarão as penas respetivamente previstas neste artigo na sua metade superior quando a conduta for levada a cabo a partir da vigésima segunda semana de gestação.” ^{Tr. Pt}

¹²⁹ P. Ramos, 2003, pp. 172-174 § 3.

Por outro lado, parece haver um especial cuidado do legislador espanhol em colocar um ónus acrescido nos profissionais de saúde, prevendo em todos os tipos legais de crime¹³⁰ a pena acessória de proibição de exercício de qualquer profissão relacionada com a área da saúde.¹³¹

Aqui chegados, tendo por base os conceitos analisados ao longo deste estudo, parece-nos fulcral ter uma perspetiva prática, através da análise de decisões dos tribunais, relativas a situações que à luz do nosso ordenamento jurídico não poderiam conduzir a uma condenação criminal, por aplicação do já mencionado princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

6.1.1. Análise das sentencias SAP C 2339/2017 e STS 3788/2018¹³²

O processo teve origem pelos factos que passamos a descrever: em 09.11.2014, o Arguido, acompanhado por outras pessoas, dirigiu-se a uma padaria, por volta das 6:30 a.m., tocaram à campainha, gritaram e golpearam a porta com o objetivo de lhes darem comida; uma das funcionárias foi à porta, informou que só abriam às 8:30 a.m. e que não os iriam atender antes, pouco tempo depois a Ofendida saiu da padaria para ir à carrinha de distribuição do pão.

O Arguido colocou-se à sua frente e deu-lhe uma cabeçada, desferiu-lhe um golpe com a mão na orelha direita, empurrões e sacudidelas – não lhe tendo perpetrado qualquer golpe na barriga, que a ofendida protegia com os braços, por estar grávida de 20 semanas, pedindo ao Arguido que não a agredisse pois estava grávida.

Não resultou provado que o Arguido tivesse intenção de afetar a gravidez da Ofendida, nem que tivesse representado essa possibilidade. Contudo, em consequência das agressões, a ofendida sofreu múltiplas contusões e traumatismo crânio-encefálico leve. A Ofendida tinha 45 anos de idade e uma gravidez de alto risco, a situação *supra* provocou-lhe grande ansiedade e preocupação. No dia 14.11.2014 foi internada por ameaça de aborto e infeção urinária, onde permaneceu até 22.11.2014. E, no dia 28.11.2014, deu novamente entrada no Hospital, onde foi realizado o parto de um feto morto, tendo sido dado como provado que a causa do aborto foi o stress pós-traumático sofrido pela Ofendida após a agressão e o medo de perder o feto.

Para definir o crime negligente como a violação de um dever de cuidado, a decisão do Tribunal faz referência ao STS 1089/2009 e distingue entre negligência grave e a que

¹³⁰ Referimo-nos a todos artigos em análise neste trabalho.

¹³¹ A respeito da cláusula de negligência profissional no CPE, ver P. Faria, 2021, pp. 308-311.

¹³² Ambas são referentes ao mesmo processo - SAP C 2339/2017 da 2.^a Instância (Audiencia Provincial de A Coruña) e a STS 378/2018 do Supremo Tribunal.

não é¹³³, por referência ao STS 1823/2002, nos termos do qual a negligência grave “(...) exigiu sempre a violação das mais elementares regras de cautela ou diligência exigíveis numa determinada atividade” Tr. Pt., e ao STS 537/2005:

A jurisprudência desta sala habitualmente considera grave a negligência quando se infringiram deveres elementares que se podem exigir ao menos diligente dos sujeitos”. É temerária, mencionou-se reiteradamente, quando supõe “um esquecimento total e absoluto das mais elementares regras de previsão e cuidado” Estas considerações adquirem uma relevância especial quando a situação de risco criado com o comportamento negligente afeta a bens de primeiro interesse, como é a vida das pessoas, e quando se está a criar um perigo elevado para ditos bens sem a adoção das necessárias medidas de cuidado e controlo. Tr. Pt. 134

Concluindo que o aborto sofrido pela ofendida é atribuível à conduta do arguido¹³⁵, pelo que este foi condenado por um **crime de ofensas à integridade física** em concurso ideal com um **crime de aborto por negligência** na pena de 4 meses de prisão, e na pena acessória de inabilitação especial para ser elegível para um cargo ou emprego honorífico ou de autoridade durante o período da condenação e, ainda, na indemnização à vítima no montante de 80.000,00 € pelos danos físicos e psicológicos sofridos, *i. é*, danos não patrimoniais; esta sentença foi confirmada pelo TS.

Desde logo, a condenação pelo crime de aborto foi possível por no CPE estar expressamente prevista a criminalização da negligência no art. 146. Se os factos tivessem ocorrido em Portugal, não haverá dúvidas de que se trataria de condutas praticadas *in utero* (pré-natais) e que o resultado também teria ocorrido, indiscutivelmente, nesta fase, pelo que esta conduta/resultado seria não punível¹³⁶.

¹³³ P. 7, segundo parágrafo do Ac.: “(...) aparece estruturalmente configurado, de uma parte, pela violação de um dever de cuidado interno (dever subjetivo de cuidado ou dever de previsão), que obriga a ter consciência da presença de um perigo cognoscível e da sua gravidade; e de outra, pela violação de um dever de cuidado externo (dever objetivo de cuidado), que obriga a comportar-se de forma a não criar riscos não permitidos (...)”, devendo ainda ser tido em consideração “(...) o nexo de causalidade entre a ação negligente e o dano (...) e a imputação objetiva do resultado à conduta...”. Tr. Pt.

¹³⁴ Transcrição p. 7, 2.º parágrafo da STS 3788/2018 aqui em análise, não foi possível encontrar as decisões originais referidas na *Sentencia*.

¹³⁵ “(...) é atribuível à negligência do arguido que violou de claramente os deveres de cuidado que lhe eram exigíveis ao provocar com o seu comportamento uma situação com claras evidencias de perigo, e quebrar, conhecendo o estado de gravidez la vítima, as cautelas necessárias para não comprometer o mesmo em relação à situação de risco que ele próprio provocou. Pelo contrário deu-lhe vários golpes e sacudidelas, enquanto lhe dirigia frases depreciativas e humilhantes (...)”. Tr. Pt.

¹³⁶ Não punível pelo crime de aborto por negligência, o que não significa que não pudesse haver outras formas de reação, designadamente, através da responsabilidade civil e disciplinar, e que, eventualmente, conforme a interpretação, o resultado aborto pudesse ser tido em consideração na medida da pena, conforme decorre dos Ac. proferidos no âmbito do Proc. 1053/10.9T3AVR, analisado em 5.1. *supra*.

6.2. O crime de lesões ao feto no CPE

Chegamos à segunda questão objeto do presente estudo, *i.e.*, as ofensas à integridade física *in utero*, relativamente às quais o nosso ordenamento jurídico é omissivo. Em Espanha, encontra-se dividido em dois artigos, o primeiro aplicável a condutas dolosas e o segundo a condutas negligentes.

Art. 157. CPE Tr. Pt. 137

Quem, por qualquer meio ou procedimento, provocar uma lesão ou doença que prejudique gravemente o normal desenvolvimento do feto, ou que lhe provoque uma grave incapacidade física ou psíquica ^[138], será punido com pena de prisão de um a quatro anos e inabilitação especial para o exercício de qualquer profissão na área da saúde, ou para prestar serviços dessa índole em clínicas, estabelecimentos ou consultórios ginecológicos, públicos ou privados, pelo período de dois a oito anos.

Art. 158. CPE – Tr. Pt.

Quem, por negligência grave, praticar os factos descritos no artigo anterior, será punido com a pena de prisão de três a cinco meses ou multa de seis a dez meses.

Quando os factos descritos no artigo anterior forem praticados por negligência profissional impor-se-á igualmente a pena de inabilitação especial para o exercício da profissão, ofício ou cargo pelo período de seis meses a dois anos.

A grávida não será punida ao abrigo desta disposição.

Analogamente ao previsto nos tipos legais de aborto, também nestes tipos legais parece haver um especial cuidado do legislador em impor um ónus acrescido aos profissionais de saúde, prevendo em todos os artigos a pena acessória de proibição de exercício de qualquer profissão relacionada com a área da saúde.

Iremos, de seguida, ver uma situação concreta em que houve condenação por *lesões ao feto*.

¹³⁷ Concordamos com RAPOSO, 2013, p. 1089, quando refere “(...) o tipo de lesões fetais protege a saúde e a integridade física do não nascido (...). Esta é uma posição que defendemos de *iure condendo* (...), mas também de *iure condito* (...)”.

¹³⁸ E. R. Ribas, 2002, pp. 386 e 387, critica a redação da primeira parte do artigo pois “(...) nada é dito acerca da necessidade dos efeitos se manifestarem na pessoa nascida (...)”, observando, na nota 123, que na segunda parte “(...) denota-se permanência e, consequentemente, transmissibilidade à pessoa nascida”.

6.2.1. Análise da *Sentencia* SAP CA 2894/2022

O caso teve vários arguidos, todos membros de uma família de etnia cigana¹³⁹, foram condenados os pais e dois filhos e as vítimas/ofendidos eram um filho, a nora e o neto.

Na parte que releva para o presente estudo, Santiago (nora) estava grávida com parto provável para meados de março de 2018 e, em 22.02.2018, Maria Inês (matriarca da família), sem o consentimento da primeira, com o objetivo de lhe provocar o aborto e com a consciência dos graves danos que o feto iria sofrer, introduziu dois comprimidos CYTOTECH¹⁴⁰, na vagina de Santiago, que começou a ter contrações, tendo sido conduzida ao Hospital pela arguida que, aquando da sua entrada, a identificou como Carolina (sua filha). No Hospital encontraram um dos comprimidos na vagina de Santiago e verificaram que o feto estava em sofrimento, tendo sido decidido realizar uma cesariana de urgência.

Como consequência direta e necessária da conduta de Maria Inês, *i.e.*, devido às contrações incontroladas pelo parto induzido, o feto foi submetido a uma situação de anoxia e isquemia que lhe provocaram lesões cerebrais graves e irreversíveis e, após o nascimento, ficou internado 31 dias na UCI¹⁴¹ de Pediatria. E ficou com várias lesões permanentes, entre elas, afasia grave¹⁴² e com necessidades de tratamento/terapia, de utilizar ortóteses para estabilizar o seu corpo e extremidades, andarilhos e cadeiras de rodas para se deslocar, tendo perdido a sua autonomia física, mental, intelectual, e sensorial, precisando da ajuda indispensável e contínua de outra pessoa.

Maria Inês foi condenada por um **crime de aborto na forma tentada** e por um **crime de lesões ao feto**, nas penas de 2 anos e de 1 ano de prisão, respetivamente, e *inabilitação* especial do direito de ser eleita para cargos públicos durante aquele período, *inabilitação* especial para exercer qualquer tipo de profissão sanitária ou para prestar serviços de qualquer índole em clínicas, estabelecimentos ou consultórios ginecológicos públicos ou privados, durante 4 anos e na proibição de residir na mesma localidade, de aproximação a menos de 200 m. e comunicação com o seu neto Ángel, por cada um dos crimes.¹⁴³

Entendemos que esta condenação não seria possível em Portugal, ou melhor, seria possível relativamente à tentativa do crime de aborto por aplicação do art. 140.º n.º 1 em conjugação com os arts. 22.º e 23.º, todos do CP, mas relativamente ao crime de ofensas

¹³⁹ Não pretendemos fazer qualquer juízo ou valoração étnica ou xenófoba, apenas reproduzir sucintamente o que consta da decisão do Tribunal.

¹⁴⁰ Cujo princípio ativo é o ácido misoprotático, conhecido e potente abortivo – de acordo com a sentença, no processo analisado em 5.2. *supra* para induzir o trabalho de parto.

¹⁴¹ Unidade de Cuidados Intensivos.

¹⁴² Foram parcialmente ocultadas no texto publicado.

¹⁴³ As regras aplicáveis ao concurso de crimes estão previstas nos arts. 73 e ss. do CPE; não nos vamos debruçar sobre o assunto por não serem objeto deste estudo.

à integridade física não seria, a menos que adotássemos a tese do momento em que ocorre o resultado¹⁴⁴.

Indiscutivelmente, os factos foram praticados antes do início do processo de nascimento e o efeito lesivo também ocorreu antes, com as contrações¹⁴⁵ provocadas pelo medicamento abortivo e, *in casu*, o processo de nascimento iniciou-se com a cesariana de urgência após os médicos terem diagnosticado já o sofrimento fetal.

¹⁴⁴ Ver 3.2. *supra*.

¹⁴⁵ Numa primeira leitura suscitou-nos a dúvida se estas contrações seriam as que correspondem ao início do processo de nascimento, *i.e.*, as contrações ritmadas e constantes com vista à expulsão do feto, ou se ainda não (*cfr. supra* p. 28 – nota 104). Entendemos que, neste caso, as lesões começaram antes do início do processo de nascimento.

III. Sugestões

Somos do entendimento de que, *de jure constituendo*, faria sentido a introdução dos tipos legais de **aborto por negligência** e de **ofensas à integridade física in utero, dolosas e negligentes**, visando conferir uma maior proteção aos bens jurídicos vida, saúde e integridade física do nascituro.

Da investigação realizada ao longo deste estudo temos forçosamente de concluir que existe uma lacuna no nosso sistema jurídico-penal, no respeitante às condutas sobre as quais nos debruçamos.

Mais, entendemos que, quando esteja em causa **negligência grosseira de profissionais de saúde**, deveria ser prevista a possibilidade de aplicação de **penas acessórias**¹⁴⁶, conforme já se encontra contemplado no crime de violência doméstica¹⁴⁷ (art. 152.º n.ºs 4 a 6 do CP).

Com efeito, parece-nos que, *in casu*, seria aplicável a pena acessória em termos semelhantes e devidamente adaptados dos arts. 66.º e ss. do CP, de acordo com os critérios de escolha e determinação da pena previstos.

Por outro lado, cremos que a mulher grávida que provoque o seu aborto por negligência não deverá ser punida, tendo em conta o problema que já mencionámos algumas vezes ao longo do presente estudo, que é o da “duplicidade na unidade” e dos potenciais conflitos entre a salvaguarda dos bens jurídicos do nascituro e os da mãe. Conforme questiona Daniel Bessa Melo¹⁴⁸,

(...) até que ponto se pode exigir que uma mulher grávida evite todo e qualquer comportamento potencialmente danoso para o feto e, sem que, com isso, cerceie desproporcionalmente a sua autonomia? (...) Poderá ser-lhe exigida que, durante nove meses, interrompa o seu projeto de vida?

Ora, na nossa opinião, a resposta a estas perguntas parece-nos que só pode ser negativa pelo que defendemos a não punibilidade da mulher grávida quando estejam em causa atos negligentes.

Não olvidando que a lesão dos bens jurídicos poderia ser praticada por terceiros, designadamente, *e.g.*, pelo agressor da grávida¹⁴⁹, seja na sequência de um acidente de viação do qual resulte a morte ou ofensas à integridade física da grávida e/ou do nascituro, ou na situação em que alguém tenta fazer a grávida abortar e não logra o

¹⁴⁶ Para desenvolvimentos sobre as penas acessórias (das pessoas singulares) ver Conceição Cunha, 2022b, pp. 269-312.

¹⁴⁷ Não pretendemos dizer que deverão ser as mesmas penas acessórias, mas defendemos a sua previsão de forma semelhante.

¹⁴⁸ “A proteção do feto e a autonomia materna”, *Revista Julgar Online*, abril de 2020, p. 16.

¹⁴⁹ Como ocorreu nos casos das *Sentencias* de Espanha que analisámos *supra*.

resultado aborto, mas lesões no nascituro e, claro, sem esquecer a negligência dos profissionais de saúde.

Por outras palavras, defendemos a criação de tipos legais semelhantes aos do CPE, obviamente, adaptados ao nosso sistema jurídico.

IV. Conclusões

A primeira conclusão que podemos retirar é que nos parece haver uma necessidade profunda de refletir sobre estes temas, já que estão em causa os bens jurídicos vida humana, saúde e integridade física do nascituro, com dignidade penal, reconhecida amplamente na doutrina e jurisprudência.

Existem vários casos de aborto por negligência e de ofensas à integridade física do nascituro que não são sancionados por parte do direito penal e que a sociedade em geral crê que são criminalmente puníveis, sendo reconhecida essa necessidade por várias entidades, como resulta dos breves trechos de notícias que transcrevermos na nota prévia.

Parece-nos que a desigualdade no âmbito da proteção da vida humana propriamente dita e da vida humana em formação ou *in utero* pode conduzir a graves injustiças, deixando criminalmente impunes condutas reprováveis, como as que, a título exemplificativo, vimos *supra*. E entendemos que o nascituro é merecedor de uma maior proteção e o agressor de responsabilização.

Com efeito, entendemos que urge uma reforma legislativa para que as condutas pré-natais com consequências danosas para o nascituro, seja provocando a sua morte, ou provocando-lhe lesões ou doenças que poderá ter de suportar durante toda a sua vida *não caiam em terra de ninguém*¹⁵⁰. Reafirmamos que deveria ser incluída a punição da negligência no crime de aborto, e tipificadas as ofensas à integridade física *in utero* tanto dolosas como negligentes.

Para finalizar, parafraseando Vera Lúcia Raposo¹⁵¹ “(...) o direito penal não deve proteger apenas aqueles que não nasceram, mas também, e sobretudo, aqueles que nasceram”. E, acrescentamos nós, deve proteger também aqueles que não nasceram devido a condutas negligentes!

¹⁵⁰ Vide nota 48.

¹⁵¹ Vera Lúcia Raposo, 2013, p. 1105.

V. Bibliografia

Livros e Artigos

- ALBUQUERQUE, P. P. de (2021). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CARVALHO, A. T. de (2022). *Direito penal – Parte geral – Questões fundamentais – Teoria geral do crime*, 4.^a edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, D. da. (2012). Comentário ao Art. 140.^o do CP. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, pp. 221-235. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, M. C. F. da. (1995). *Constituição e crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora.
- CUNHA, M. C. F. da. (2022a). *Os crimes contra as pessoas – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, M. C. F. da. (2022b). *As reações criminais no direito português*. Porto: Universidade Católica Editora.
- DIAS, A. S. (2007). *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2.^a edição, reimpressão 2021. Lisboa: AAFDL.
- DIAS, J. de F. (Dir.). (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*, Tomo I – Artigos 131.^o a 201.^o, 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. de F. (2019 –). *Direito penal – Parte geral*, Tomo I – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime, 3.^a edição, reimpressão 2022. Coimbra: GESTLEGAL.
- FARIA, M.P. R. de (2017). *Formas especiais do crime*, 1.^a edição. Porto: Universidade Católica Editora.
- FARIA, M.P. R. de (2021). *O crime negligente – A negligência do médico*. Porto: Universidade Católica Editora.
- GARCIA, M. M. & CASTELA RIO J. M. (2018). *Código penal – Parte geral e especial – (com notas e comentários)*, 3.^a edição. Coimbra: Edições Almedina (ebook).
- GÓMEZ, N. G. La imprudencia en el nuevo código penal. Especial referencia de la imprudencial profesional y la inhabilitacion especial para ejercicio de una profesión o cargo. *DS: Derecho y salud* vol. 5, número 1, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3178532>, 1997: 62-75).
- MELO, D. B. de (2020). A proteção do feto e a autonomia materna. *Revista Julgar Online*. <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/04/20200420-ARTIGO-JULGAR-A-Prote%C3%A7%C3%A3o-do-Feto-e-a-Autonomia-Materna-Daniel-Bessa-de-Melo.pdf>.
- PEÑERANDA RAMOS, E. (2003). La protección de la vida y salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 11, pp. 165-247.
- PIMENTA, R. de A. (2017). *As lesões pré-natais. Reflexão acerca da (eventual) tutela penal da integridade física pré-natal*. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

- RAPOSO, V. L. (2013). Aqueles que nasceram (breve excuro sobre o enquadramento penal das lesões pré-natais). In M. Costa Andrade, et al. *Direito penal – Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünnerfeld*, pp. 1065-1109. Coimbra: Coimbra Editora.
- RAMÓN RIBAS, E. (2002). *El delito de lesiones al feto Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*. Granada: Editorial Colmares.
- SUANZES PÉREZ, F. (1999). El delito de aborto. La modificación de indicaciones. In J. M. Gómez y Díaz-Castroverde, M. Juane Sánchez & F. J. Sanz Larruga. *Lecciones de derecho sanitario*, pp. 459-487. La Coruña – Espanha: Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións.

Artigos online

- Diário de Notícias (04.12.2015) <https://www.dn.pt/sociedade/mais-de-300-mil-mulheres-morrem-anualmente-durante-o-parto-4915700.html>.
- Diário de Notícias (06.07.2017) <https://www.dn.pt/sociedade/enfermeiro-do-hospital-de-aveiro-condenado-em-caso-de-morte-de-gravida-e-feto-8616974.html>.
- Iberley (16.10.2019) – A respeito do crime de lesões ao feto, <https://www.iberley.es/temas/delitos-contrasalud-integridad-corporal-47961>.
- Observador (18.10.2019) retirado de <https://observador.pt/2019/10/18/malformacoes-em-bebes-ja-houve-duas-condenacoes-no-supremo-por-casos-identicos-ao-do-bebe-sem-rost/>.
- Diário de Notícias (22.07.2020) <https://www.dn.pt/pais/tudo-o-que-se-sabe-sobre-os-processos-do-medico-do-bebe-sem-rost-12455890.html>.
- Expresso (22.07.2020) <https://expresso.pt/sociedade/2020-07-22-Obstetra-do-caso-do-bebe-sem-rost-reformou-se-no-dia-1-de-julho>.
- Guia de Implementação da Lista de Verificação da OMS para Partos Seguros, <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/199177/9789248549458por.pdf;sequence=5>.
- Parecer n.º 42 (maio 2004) do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-sobre-a-apreciacao-das-condicoes-de-disponibilizacaoda?download_document=3020&token=7bc2d2a4e3421493c582c2c9be124b13.

Jurisprudência nacional

- Acórdão do Juízo Central Criminal de Aveiro – Juiz 1, datado de 06.07.2018, processo n.º 1053/10.9T3AVR, relator Raúl Esteves.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, Processo n.º 38/84, Relator Costa Aroso, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85, Processo n.º 95/84, Relator Vital Moreira, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 15.05.2013, processo n.º 1053/10.9T3AVR, relator Isabel Valongo, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4696950e98c6d72a80257ba4004c1970?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 25.01.2023, processo n.º 1276/18.2T9CVL, relator José Eduardo Martins, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bf9b0519d03be57e8025894b00421d96?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 01.03.2012, processo n.º 9434/06.6TBMTS, relator Filipe Carço, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 28.10.2015, processo n.º 3/13.5CGAGD, relator Castela Rio <http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2b22f982dcc6a96480257f00004c867f?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 27.06.2018, processo n.º 1053/10.9T3AVR, relator Raúl Esteves.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 14.12.2022, processo n.º 2751/16.9T9PRT, relator Pedro M. Menezes, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3bd3f04b170e7c2280258927004f4fd9?OpenDocument>.

Sentença do Juízo Administrativo Comum do Tribunal Administrativo e Fiscal de Aveiro, datada de 15.01.2023, Ação Administrativa Comum, Processo n.º 790/14.3BEAVR.

Sentença do Juízo Local Criminal da Covilhã, datada de 23.02.2022, Processo Comum Tribunal Singular n.º 1276/18.2T9CVL.

Jurisprudência espanhola

Sentencia – SAP C 2339/2017 – ECLI:ES:APS:2017:2339 da Audiencia Provincial de A Coruña, de 17.10.2017, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/5d2f9628cf8924dfb2bf057e5c710c89f5b5c55c9b413666>.

Sentencia – STS 3788/2018 – ECLI:ES:TS:2018:3788 do Tribunal Supremo, Sala de lo PENAL, de 14.11.2018, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24599e4e9439214f911f164e71345f2555>.

Sentencia – SAP CA 2894/2022 – ELI: ES: APCA: 2022:2894 da Audiencia Provincial de Cádiz, de 07.11.2022, <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/10202432/terminacion%20normal%20del%20proceso/20221222>.

Time of war and time in war

Examining the *South Africa vs. Israel* case

Rita Maria Carreiro Mariz Esteves

Sob a orientação do Professor
Doutor José Alberto de Azeredo Ferreira Lopes

To my parents, my unconditional safe haven.

To my grandmother, my guardian angel.

É mais fácil mobilizar os homens para a guerra que para a paz. Ao longo da história, a Humanidade sempre foi levada a considerar a guerra como o meio mais eficaz de resolução de conflitos, e sempre os que governaram se serviram dos breves intervalos de paz para a preparação das guerras futuras. Mas foi sempre em nome da paz que todas as guerras foram declaradas.

José Saramago, 2009

Acknowledgements

As is only fitting, first of all, I express my deepest gratitude to my parents; their unwavering support and guidance have been the cornerstone of my journey. To my beloved mother, whose strength and resilience have shown me the true meaning of perseverance, I am forever indebted for instilling in me the courage to explore, confident that I would always find my way back. To my cherished father, whose wisdom and encouragement have been enduring sources of inspiration, I am profoundly proud of the values and morals you have engraved in me, for they are the guiding light through which I view and navigate the world.

To my treasured family, your love and support have been my safe place, nurturing me with warmth and strength. I am eternally grateful for your affection, which has uplifted my spirit in every step of this journey. To my dear godmother, your soothing hugs and words of encouragement have been a source of invaluable comfort, assuring me of your unwavering presence by my side. To my adored cousins, you are the siblings I have been blessed to have. Thank you for the shared laughter and tears, you have shown me the true meaning of family and friendship.

To my precious friends, who have been my pillars of strength during the toughest of times, I am truly grateful for your unwavering support. You have shown me that even in the darkest moments, there is light, and that with the right relationships by our side, anything is possible.

To Professor José Alberto Azeredo Lopes, your mentorship not only reignited my passion for law, but also instilled in me the courage to speak up, even when the words felt inadequate. Thank you for sharing your boundless knowledge and for your constant patience. Your demonstration of how we may pursue our passions while enjoying the journey has truly inspired me.

To Professor Nuno Pinheiro Torres, thank you for always wearing your heart on your sleeve. Your students are eternally grateful for your commitment and dedication.

To all those who, in some way, brightened this journey.

Abstract

In the complex arena of international conflicts, the Palestinian-Israeli dispute emerges as a compelling narrative marked by a historical accusation filled with legal manoeuvres and geopolitical tensions. From territorial claims to South Africa's advocacy for Palestinian rights before the ICJ, each aspect reveals layers of complexity in the ongoing conflict. Notably, the ICJ's first and recent provisional measures indicate a nuanced understanding of the conflict's evolving dynamics, reflecting the Court's pivotal role in navigating global tensions. While refraining from a definitive ruling on genocide, the Court's acknowledgment of the plausibility of South Africa's claims underscores the magnitude of the situation. Simultaneously, the ICC emerges as a crucial arbiter of justice, transcending political pressures to uphold accountability. However, the challenge of demonstrating intent in cases involving States poses a significant obstacle, prompting critical reflections on the application of international law in such sensible scenarios. This dispute, reminiscent of a global broadcast of atrocity, compels us to confront the darkest chapters of history and reaffirms the imperative of seeking justice and protecting civilian populations.

Keywords: South Africa; Israel; International Court of Justice; jurisdiction; provisional measures; International Criminal Court; genocide; intent.

Resumo

Na complexa arena dos conflitos internacionais, a disputa Israelo-Palestiniana emerge como uma envolvente narrativa marcada por uma acusação histórica repleta de manobras jurídicas e tensões geopolíticas. Das reivindicações territoriais à defesa dos direitos dos palestinianos pela África do Sul perante o TIJ, cada aspeto revela camadas de complexidade no conflito em curso. Nomeadamente, as primeiras e recentes medidas provisórias do TIJ indicam uma matizada compreensão da dinâmica evolutiva do conflito, refletindo o papel fundamental do Tribunal na resolução das tensões globais. Embora se tenha absterido de tomar uma decisão definitiva sobre o genocídio, o facto de o Tribunal reconhecer a plausibilidade das alegações da África do Sul sublinha a magnitude da situação. Simultaneamente, o TPI surge como um árbitro crucial de justiça, transcendendo as pressões políticas para garantir responsabilização. No entanto, o desafio de demonstrar a intenção em casos que envolvem Estados constitui um obstáculo significativo, suscitando reflexões críticas sobre a aplicação do direito internacional em cenários tão sensíveis. Esta disputa, que faz lembrar uma transmissão global de atrocidade, obriga-nos a confrontar os capítulos mais negros da história e reafirma o imperativo de procurar justiça e proteger as populações civis.

Palavras-chave: África do Sul; Israel; Tribunal Internacional de Justiça; jurisdição; medidas provisórias; Tribunal Penal Internacional; genocídio; intenção.

Table of contents

Introduction

Chapter I – Origins unveiled: Tracing the roots of conflict

Chapter II – The international arena: Navigating the World Court's terrain

A. Jurisdictional maze: Understanding the ICJ's realm

B. Dueling narratives: The ICJ's decision and the provisional measures

I. Clashing perspectives: Prosecution vs. defence

II. Legal leverage: The ICJ's use of provisional measures to address conflict

Chapter III – Bridging justice: The ICC and its synergy with the ICJ

A. The crime of genocide and the question of intent

B. Forging pathways: The ICC's role in the conflict

Conclusion

Bibliography

UN official documents

Jurisprudence

Legislation

Previous note

Prior to delving into the discussion, it is crucial to acknowledge that this analysis concerns an ongoing conflict, characterized by its dynamic nature and frequent developments. It is imperative for readers to understand that the data provided herein was gathered up to April 2024.

List of acronyms and abbreviations

Art.	Article
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
DARSIWA	Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
ECHR	European Court of Human Rights
EU	European Union
HR	Human Rights
HRW	Human Rights Watch
ICC	International Criminal Court
ICJ	International Court of Justice
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
IHL	International Humanitarian Law
IVGC	Fourth Geneva Convention
OCHA U	United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs
p.	Page/pages
par.	Paragraph/paragraphs
Res.	Resolution
RS	Rome Statute
SCIIP	Special Committee to Investigate Israeli Practices
UN	United Nations
UNC	United Nations Charter
UNCE	United Nations Commission of Experts
UNGA	United Nations General Assembly
UNRWA	United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees
UNSC	United Nations Security Council
US	United States of America
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties
WHO	World Health Organization

Introduction

In the ongoing legal dispute between South Africa and Israel, two distinct narratives emerge, each presenting a compelling yet contrasting perspective. On one side, we have the plight of the Palestinian people, who have endured displacement and the denial of their right to self-determination since the conception of the State of Israel in 1948, being their narrative one of oppression and occupation that has persisted for decades. Conversely, the Jewish perspective reflects a long history of persecution and fragmentation, culminating in the establishment of Israel as a homeland for people who faced extermination during the Holocaust. These narratives, though seemingly conflicting, both hold truths that deserve recognition¹.

In an extensive 84-page submission, South Africa makes severe accusations against Israel, alleging that its actions, and inactions, possess genocidal characteristics. The application contends that these are carried out with the deliberate intent to eradicate Palestinians in Gaza, thereby targeting them as a subset of the broader Palestinian national, racial, and ethnic community².

Undoubtedly, Gaza faces a deeply distressing humanitarian crisis at present. Recent data from UNRWA as of April 4, 2024, reveals a grim reality: at least 33,899 Palestinians, including 13,800 children, have tragically lost their lives. These figures underscore the devastating cost of the conflict, with more children perishing in just four months in Gaza than in the entirety of conflicts worldwide over four years³. Additionally, over 12,009 children have been injured, and more than 8,000 individuals are reported missing. Furthermore, at least 1.7 million people are displaced within Gaza, highlighting the widespread displacement and instability faced by civilians in the region⁴. Moreover, a large portion of the population is struggling with the dual challenges of disease and starvation, compounded by the persistent threat of military strikes⁵.

Witnessing a genocidal exhibition, on December 29 South Africa has assumed the role as guardian of the rights of Palestinians in Gaza through its pursuit of provisional measures at the ICJ⁶. Due to the urgency of the situation and the risk of irreparable harm, the Court issued provisional measures “as a matter of extreme urgency”, until a final decision is made (*§144 South Africa v. Israel*)⁷.

In this dissertation, we shall look into the origins of the conflict, seeking to uncover the factors that have shaped its development over time. We navigate the jurisdictional

¹ Keitner, 2024.

² Amnesty, 2024.

³ Lusa, 2024.

⁴ UNRWA, 2024.

⁵ WHO, 2023.

⁶ Keitner, 2024.

⁷ Keitner, 2024.

terrain of the ICJ, delving into the complexities of its realm and the legal frameworks that underpin its decisions. We analyse the contrasting narratives presented by opposing parties in the ICJ's deliberations, shedding light on the divergent perspectives and their implications for the case's outcome. Furthermore, we delve into the ICJ's use of provisional measures as a tool to address conflict, exploring the legal leverage carried by the Court. Transitioning to the ICC' sphere, we examine the intersection of justice and conflict resolution, seeking the intricacies of genocide allegations and the question of intent. Lastly, we explore the potential pathways forged by the ICC in the context of the conflict, assessing its role in advancing accountability and fostering conciliation.

Chapter I – Origins unveiled: Tracing the roots of conflict

In 1967, Egypt administered the Gaza Strip, while the West Bank was integrated with Jordan after the adoption of the Act of Unity in 1950. However, with the eruption of hostilities between Israel and the Arab States, the Israeli army occupied both territories. Despite numerous UNGA resolutions demanding the “withdrawal from all territories occupied”, Israel continues to defy them, maintaining its occupation of these lands several years later⁸.

The legal status of the West Bank and Gaza is a topic of heated debate, marked by contrasting interpretations stemming from historical, religious, and international legal contexts. Israel claims sovereignty over these regions, however, the prevailing view among the international community, consistent with UN resolutions⁹, regards them as occupied territories.

While Israel maintains that its governance of the territories is not comparable to occupation but rather an administrative arrangement, citing legislation enacted after 1967 that extended Israeli law to these areas, international legal frameworks, including the IVGC¹⁰ and the 1907 Hague Convention, offer specific criteria for assessing the status of occupied territories, thus contributing to the ongoing debate regarding the legal status of the West Bank and Gaza¹¹. In fact, Art. 42 of the Hague Regulations¹² delineates the criteria for occupation, while Israel’s endorsement of the IVGC underscores its legal commitments, which appear to be consistent with the concept¹³.

However, debates persist regarding the interpretation and enforcement of these conventions. International entities such as the ICRC and the UN affirm the relevance of these conventions to the occupied territories. UNSC Res. 465, passed unanimously, explicitly reaffirms the applicability of the IVGC to the territories occupied by Israel since 1967. Additionally, the SCIIP highlights the importance of upholding the Geneva

⁸ UN, 1982.

⁹ The UN has consistently reaffirmed the inalienable rights of the Palestinian people through various resolutions. Res. 2535 (XXIV) reiterated these rights, while Res. 2628 (XXV) underscored the importance of respecting Palestinian rights for establishing peace in the Middle East. Similarly, Res. 2672 (XXV) recognized the entitlement of the Palestinian people to equal rights and self-determination. This sentiment was echoed in Res. 2949 (XXVII), Res. 3089 (XXVIII), and Res. 3210 (XXIX). UNGA, in Res. 3236 (XXIX), reaffirmed the inalienable rights of the Palestinian people, including the right to self-determination and national sovereignty. Additionally, Res. 3375 (XXX) urged the UNSC to enable the Palestinian people to exercise their national rights. UNGA further expressed concern about the continued illegal occupation of Arab territories in Res. 32/20 and emphasized the need for a comprehensive solution to the Middle East problem in Res. 33/29. Moreover, Res. ES-7/2 reaffirmed the inalienable rights of the Palestinians, including the right of return, self-determination, and the establishment of an independent sovereign state. UNGA Res. 35/169 reiterated these rights and demanded Israel’s complete withdrawal from all occupied territories, while UNSC Res. 465 condemned Israel’s actions in occupied territories as violations of the IVGC and demanded to revoke illegal measures. See: UN, 1982.

¹⁰ See Art. 47 ss. of the IVGC.

¹¹ UN, 1982.

¹² See also Art. 43 of The Hague Regulations.

¹³ Israel signed IVGC on December 8, 1949, and subsequently ratified it on July 6, 1951.

Conventions and advocates for the application of Jordanian law in the West Bank, warning against legislative and institutional alterations that violate IHL¹⁴.

Hence, despite Israel's claim of sovereignty over the West Bank and Gaza, the legal status of these areas remains disputed, with international legal standards and resolutions reaffirming their classification as occupied territories and emphasizing the importance of adhering to humanitarian principles¹⁵.

As the legal dispute over the status continues, it intersects with broader geopolitical dynamics and historical struggles for justice, setting the stage for this case brought by South Africa against Israel on behalf of Palestinian rights. The historical trajectory suggests a scenario wherein South Africa's decision to initiate legal proceedings against Israel at the ICJ may have been influenced by multifaceted factors. Among these, the controversial visit of South Africa's Prime Minister, Balthazar Johannes Vorster, to Israel in 1976. Despite Vorster's controversial past as a Nazi sympathizer, his diplomatic engagement aimed to solidify arms deals between the two nations, subsequently fostering a significant military partnership during South Africa's *apartheid* era. Over time, however, the relationship between the two nations soured, catalysed by historical resentments over Israel's perceived support for *apartheid* and South Africa's alignment with anti-*apartheid* movements sympathetic to the Palestinian cause¹⁶. Thus, South Africa's decision to initiate a legal dispute in the ICJ reflects not only its own historical experience with *apartheid* but also its alignment with the Palestinian liberation movement and perhaps the reflection of a desire to reclaim its moral standing on the global stage¹⁷.

Moreover, numerous HR Organizations, legal experts, and international bodies have accused Israel of practicing *apartheid* in its treatment of Palestinians in the occupied West Bank¹⁸. Among these are HRW, Amnesty International, and the UN which have highlighted Israel's policies regarding land access, movement restrictions, voting rights, and legal systems as indicative of institutionalized racism designed to uphold Israeli Jewish supremacy over Palestinians. This comparison to *apartheid* is noteworthy, as it draws parallels between Israel's treatment of Palestinians and the systematic oppression experienced by Black residents during *apartheid* in South Africa¹⁹.

Nevertheless, it is pertinent to acknowledge that South Africa has hindered prosecutions for international crimes, including genocide. This is exemplified by its failure to adhere to an arrest warrant issued by the ICC against Sudanese President Omar

¹⁴ UN, 1982.

¹⁵ UN, 1982.

¹⁶ Polakow-Suransky, 2024.

¹⁷ Polakow-Suransky, 2024.

¹⁸ Keitner, 2024.

¹⁹ Zhou, 2023.

al-Bashir^{20,21}. Additionally, South Africa abstained from the UNGA's March 2022 condemnation of Russia's invasion of Ukraine. The South African president voiced criticism against the Res. ES/11-1, citing its failure to prioritize meaningful engagement between Ukraine and Russia²². However, this abstention does not diminish Israel's legal obligations or the imperative to firmly engage with South Africa's argument²³.

As a third party to the conflict not to forget, Hamas unequivocally opposes a two-state solution, a stance that many Jews interpret as a call for the destruction of Israel and the expulsion of its Jewish population from the area between the Jordan River and the Mediterranean Sea. However, some Palestinian activists argue that they advocate for peace and equality with the slogan "from the river to the sea" aiming to channel Palestinian anger at the ongoing Israeli occupation and present itself as the authentic voice of resistance, particularly in the face of Israel's hard-right government's actions in the West Bank and Gaza. Additionally, geopolitical factors such as Israel's negotiations to normalize relations with Saudi Arabia may have influenced Hamas's decision to launch the attack²⁴.

Meanwhile, Prime Minister Benjamin Netanyahu's Israeli government has actively restricted the establishment of a sovereign Palestinian State. Extremist factions within Israel's right-wing seek to forcibly remove Palestinians from the West Bank and Gaza and reject non-Jewish immigrants, despite the significant Arab minority within Israel, comprising mostly Muslims but also Christians and Druze. This persistent conflict fuels a cycle of dehumanization, eroding the chances of reaching a shared understanding²⁵.

The truth is, South Africa's bold move to take Israel to the ICJ on behalf of Palestinian rights is not merely a legal manoeuvre, it's a strategic assertion of power with deep historical roots. Behind the scenes of this legal battle lies a complex web of geopolitical dynamics and historical struggles. From South Africa's own experience with *apartheid* to its alignment with the Palestinian liberation movement, every step in this journey reflects a calculated effort to challenge the *status quo* and shift the balance of power in the region. As the case unfolds, it becomes increasingly clear that this is more than just a legal dispute, it's a high-stakes game of power, where the future of Palestine

²⁰ Keitner, 2024.

²¹ The ICC ruled that South Africa's failure to arrest Bashir was a violation of its obligations under the RS. While South Africa argued that there was no duty under international law to arrest him and that he enjoyed diplomatic immunity, the ICC prosecutor contended that South Africa had the ability to arrest him but chose not to do so. See: Aljazeera, 2017.

²² South Africa's abstention drew criticism, particularly from social media users who questioned African countries' stance on the issue. The abstention was part of a larger pattern, with 17 African countries choosing not to vote, representing nearly half of the countries that remained neutral. See: Mureithi, 2022.

²³ Keitner, 2024.

²⁴ Beauchamp, 2023.

²⁵ Keitner, 2024.

hangs in the balance. Yet, amid the complexities and uncertainties, one thing remains certain: South Africa's stance resonates as a powerful statement on behalf of Palestinian rights, echoing the aspirations of oppressed peoples everywhere for justice and liberation.

Chapter II – The international arena: Navigating the World Court’s terrain

A. Jurisdictional maze: Understanding the ICJ’s realm

In the records of international law, where principles cross with geopolitical reality, the ICJ stands out as an institution of justice tasked with settling international disputes. Its ancient halls endure with the weight of history, where legal debates rage and the delicate balance between sovereignty and global order is at stake. As an esteemed institution within the realm of international law, the ICJ assumes the vital role of settling disputes between nations, navigating the intricate balance between national interests and the pursuit of international justice within its historic chambers. While its focus lies on adjudicating legal conflicts among states rather than prosecuting individual criminal liability, the Court’s purview extends to matters encompassing the interpretation, application, or fulfilment of treaties such as the Genocide Convention – as outlined in Art. 38(1)(a) of its Statute – as well as determining states’ responsibility for acts of genocide²⁶.

However, before the Court can exercise its jurisdiction during the preliminary measures phase, it must establish three key points: firstly, whether Israel’s claimed actions could potentially fall within the scope of the Genocide Convention. Secondly, it must assess whether provisional measures are necessary to safeguard the rights of the involved parties as outlined in the treaty. Lastly, the Court must determine whether there exists a connection between the rights being sought for protection and the provisional measures being requested²⁷. These initial considerations form the foundation of the Court’s decision-making process. However, two additional criteria factor into the consideration of provisional measures: the risk of irreparable²⁸ harm and the urgency of the situation. These aspects are closely intertwined with the Court’s assessment of the initial three criteria²⁹.

Undoubtedly, the urgency of the circumstances is evident, with both physical and psychological harm inflicted upon civilians deemed unrecoverable. However, it’s crucial to note that the Court’s jurisdiction extends solely to safeguarding rights delineated within the Genocide Convention³⁰. With its dual focus on prevention and punishment, the Genocide Convention empowers the ICJ to address disputes between contracting parties concerning the interpretation, application, or fulfilment of the provisions, as

²⁶ Amnesty, 2024.

²⁷ Keitner, 2024.

²⁸ See § 74 *Gambia v. Myanmar*.

²⁹ Keitner, 2024.

³⁰ Keitner, 2024.

evidenced by Art. VIII. The Court's determination revealed that it possesses *prima facie* jurisdiction over this dispute as outlined in the Convention³¹, establishing a foundational basis for its involvement. Additionally, it acknowledged that "at least some" of South Africa's assertions regarding Israel's infringement of the Convention hold plausibility (§ 30 *South Africa v. Israel*), requiring further examination and legal scrutiny³². It is important to remember that establishing a *prima facie* case of failure to prevent and punish incitement is not contingent on the occurrence of genocide.

The ICJ, while pivotal in matters of international law, typically doesn't serve as the initial venue for addressing concerns related to global peace, security, or humanitarian emergencies. According to the UNC, the UNSC, comprised of 15³³ members, holds the primary responsibility for upholding international peace and security^{34 35}. However, in accordance with Article IX of the Genocide Convention, the ICJ assumes responsibility regarding disputes between consenting states in instances where the provisions of the Convention come into play.

These articles enable the ICJ to act when nations may be failing to uphold their obligations to prevent and punish acts of genocide, thus stepping in as a protector to ensure that the Convention's obligations are enforced, and justice is upheld³⁶. States that are parties to the treaty consent to the ICJ's jurisdiction over disputes between states parties concerning genocide. This includes matters related to conspiracy to commit genocide, direct and public incitement to commit genocide, attempted genocide, and complicity in genocide³⁷, according with Art. III.

South Africa, much like other states parties, recognizing the collective responsibility enshrined in the Genocide Convention, affirms its right to address violations of the treaty through the ICJ thus setting the stage for invoking the *erga omnes partes* doctrine, also known as the doctrine of "common interest". Considering that all states party to the Genocide Convention share a collective interest in preventing acts of genocide and ensuring that perpetrators do not evade accountability, the provisions in question give rise to *erga omnes partes* obligations. In other words, each state party has a vested interest in ensuring compliance with these obligations in any given scenario³⁸. This doctrine allows a state, which is a signatory to a treaty safeguarding collective legal

³¹ The Genocide Convention currently has 153 parties, including Israel (since 1991) and South Africa (since 1998).

³² Keitner, 2024.

³³ See Art. 23 of Chapter V of the UNC.

³⁴ Despite Art. 92 of Chapter XIV of the UNC, which designates the ICJ as the principal judicial organ of the UN and outlines its functions, Art. 24(1) asserts that the UNSC holds primary responsibility for maintaining international peace and security.

³⁵ Keitner, 2024.

³⁶ Keitner, 2024.

³⁷ Keitner, 2024.

³⁸ Hachem & Hathaway, 2024.

rights, to enforce those rights, even if the state itself is not directly affected by the violation. Under this principle, any nation can call upon another nation to be held accountable for its unlawful conduct if the breached obligation is owed to the global community collectively, as stipulated in Art. 48(1) of the DARSIIWA³⁹. In fact, also through the application of this doctrine, Nicaragua affirms its vested interest in upholding the obligations outlined in the Convention when submitted an application to intervene in the proceedings of the *South Africa v. Israel* case, invoking Art. 62 of the ICJ's Statute⁴⁰.

Additionally, in an interesting note, Nicaragua proceedings against Germany at the ICJ on 1st of March mirrors the approach taken by South Africa against Israel. By submitting an official application, it accuses Germany of complicity in the alleged genocide of Palestinians by Israel in Gaza, citing violations of the Geneva Conventions, and underlining that Germany had discontinued financial assistance to UNRWA, which provides critical aid to Palestinian residents. In fact, Berlin has long been one of Israel's most vocal supporters, owing to the "moral debt" incurred as a result of the Holocaust's legacy. This may be interpreted as political support for Israel's perpetration of atrocities and violations of international law⁴¹. On the other hand, Germany's swift decision to intervene in the case initiated by South Africa suggests being a response to this political instigation. Given its post-Holocaust legacy, Germany may feel a strong moral obligation to uphold international law and prevent genocide. As a key ally of Israel, Germany might be driven by strategic interests to support and defend its ally in the face of allegations of genocide. This move could reflect Germany's support for Israel and its wider geopolitical goals in the Middle East. However, while Germany's intervention may demonstrate solidarity with Western allies, it also raises questions about its stance on human rights and international justice, potentially straining diplomatic relations⁴².

Regarding South Africa appeal, the Court refrained from exploring the other legal frameworks pertinent to Israel's actions, as they fall outside the purview of the Genocide Convention. Nevertheless, it underscored that "all parties to the conflict in the Gaza Strip are bound by international humanitarian law" (§ 85 *South Africa v. Israel*)⁴³. It's crucial to understand that the Court's ruling doesn't make a definitive judgment on whether Israel's actions in Gaza amount to genocide. Rather, at these provisional measures stage, the Court is assessing the credibility of the rights asserted by South Africa for possible safeguarding⁴⁴.

³⁹ Jadhav, Ravey, Henderson, & Patel, 2024.

⁴⁰ See § 10 of the *Nicaragua's Application for the Permission to Intervene*.

⁴¹ Kilavuz, 2024.

⁴² Talmon, 2024.

⁴³ Keitner, 2024.

⁴⁴ Goodman & Watt, 2024.

Additionally, the Court also has the authority to provide advisory opinions on matters brought before it by entities such as the UNGA. This includes ongoing requests like the one outlined in Res. 77/247 from December 30, 2022⁴⁵, urging the Court to offer a legal perspective on Israel's violations of Palestinian rights. While advisory opinions lack binding legal force, they carry substantial weight, as evidenced by previous rulings on contentious issues like Israel's security wall construction in the Occupied Palestinian Territory^{46,47}.

While the absence of an international police force poses a challenge in enforcing the Court's rulings, the authoritative nature of these judgments is undeniable. Ever since the 2001 *LeGrand* case (*Germany v. United States of America*), the Court has upheld the binding nature of its orders pertaining to provisional measures⁴⁸. With judgments delivered being binding upon the concerned parties, Art. 94 of the UNC emphasizes the obligation of each member state to adhere to the Court's decisions. These judgments are not subject to appeal, ensuring their finality. In cases where there may be ambiguity, parties can seek clarification through a request for interpretation. Additionally, if new evidence arises, either party can petition for the revision of the judgment, as stipulated by Art. 61 of the ICJ's Statute⁴⁹. This provision serves as a vital pathway to justice, recognizing the dynamic nature of historical narratives and emphasizing the critical need for ongoing scrutiny and adaptability in the pursuit of truth and accountability.

Furthermore, there are channels of appeal available within the UN system in situations when the ruling of the ICJ is believed to have been broken. Firstly, should these rulings not be executed, the matter is referred to the UNSC⁵⁰, which holds the authority to propose recommendations or determine actions necessary to enforce the judgment⁵¹. However, the adoption of UNSC Res. 2728, demanding an immediate ceasefire during the month of Ramadan as well as the unconditional release of all hostages, raises questions about the effectiveness of the UNSC in addressing grave international crises such as the conflict between Israel and Palestine. Despite receiving overwhelming support from the international community, the resolution's non-binding nature, as asserted by American officials, casts doubt on its enforceability. This apparent departure from the traditionally firm support of Israel by the US underscores a shifting dynamic within UNSC and its role in promoting international peace and security. As the

⁴⁵ The UNGA involvement in settling the conflict began with the issuance of Res. 181/1947, followed by Res. A/RES/ES-10/21, Res. A/RES/77/208 and others. Additionally, more recently, it also has called for an immediate humanitarian cease-fire through the Res. A/ES-10/L.27, on the immediate and unconditional release of all hostages and ensuring humanitarian access.

⁴⁶ See Res. ES-10/14.

⁴⁷ Keitner, 2024.

⁴⁸ Goodman & Watt, 2024.

⁴⁹ ICJ, s.d.

⁵⁰ See Art. 94(2) of the UNC.

⁵¹ Amnesty, 2024.

Resolution has questionable authority despite Art. 25 of the UNC, its implementation remains uncertain, particularly given Israel's historical reluctance to comply with such resolutions. Thus, while it serves as a symbolic gesture of international concern, its impact on the ground may ultimately be limited, highlighting the need for more robust mechanisms to ensure compliance with international law and promote lasting peace in the region⁵². Additionally, parties are also authorized to bring such cases before the UNGA by Res. 377, often known as the Uniting for Peace Resolution, and Articles 10, 11, 14, 22, and 35 of the UNC. As mandated by UNC Art. 98 and 99, the Secretary-General is responsible for guaranteeing ICJ rulings are followed. However, even with these safeguards in place, there is still a significant gap in the effective application of ICJ decisions, as more governments decide to ignore them⁵³.

It is crucial to stress that disobeying ICJ decisions can have serious consequences, such as diplomatic isolation and losing support from other countries, especially when it comes to cases of genocide, which is regarded as the "Crime of All Crimes"⁵⁴. In this *momentous* and widely followed case, the ICJ's jurisdiction underscores its crucial role as a safekeeper of global justice and accountability.

B. Dueling narratives: The ICJ's decision and the provisional measure

I. Clashing perspectives: prosecution vs. defence

In light of the devastating situation unfolding in Gaza, South Africa seeks to halt Israel's military operations in Gaza citing plausible allegations of the crime and emphasizing the urgency of the situation to prevent irreparable harm.

The Court conducted public hearings on South Africa's provisional measures request on 11th and 12th of January. In the clash of perspectives between South Africa and Israel, the narratives presented to the Court diverge starkly. South Africa's victim-oriented approach underscores the urgency and irreparable harm to Palestinian civilians, emphasizing the need for immediate intervention to prevent further devastation (*Jan. 11 verbatim record*, at p. 72). Conversely, Israel's narrative centres on the implausibility of South Africa's claim of special genocidal intent, portraying its

⁵² Ramos, 2024.

⁵³ Jadhav, Ravey, Henderson & Patel, 2024.

⁵⁴ Jadhav, Ravey, Henderson & Patel, 2024.

military actions in Gaza as self-defence against Hamas's aggression (*Jan. 12 verbatim record*, at p. 12)⁵⁵.

South Africa's narrative began with its legal team, led by John Dugard, presenting a firm condemnation of the October 7 attack, contending that Israel's response, characterized by widespread destruction and severe impact on Gaza's civilian population, was disproportionate and suggested potentially genocidal motivations behind the use of force (*Jan. 11 verbatim record*, at p. 77), as emphasized by the continuous Israeli airstrikes and ground invasion. Subsequently, Adila Hassim, representing South Africa, presented five main "genocidal acts" perpetrated by Israel during the war in Gaza, including mass killings, bodily and mental harm, forced displacement and food blockade, destruction of the healthcare system, and averting of Palestinian births. Hassim argued that Israel's actions resulted in significant civilian casualties, with thousands killed and tens of thousands wounded or displaced. She also highlighted the deliberate destruction of Gaza's healthcare system and the obstruction of humanitarian aid, leading to widespread suffering and loss of life⁵⁶. Backed by substantial evidence, encompassing UN reports and provocative statements from Israeli officials, South Africa contended that Israel's conduct satisfied the *actus reus* criteria outlined in Art. II for genocide⁵⁷, urging the ICJ to implement urgent measures to cease the ongoing violence and devastation in Gaza and stressing that a final verdict on the genocide allegations was not requisite for the Court to intervene⁵⁸.

On the opposite hand, Israel legal team, led by Malcolm Shaw, asserts its legal and moral duty to safeguard its citizens. It presented a contrasting narrative, acknowledging Palestinian suffering while emphasizing the broader context of urban warfare against Hamas and portraying its military actions as necessary defensive measures undertaken to protect Israeli civilians from relentless attacks by Hamas militants (*Jan. 12 verbatim record*, at p. 12). Israel raised procedural objections regarding the Court's jurisdiction, claiming that South Africa failed to engage in dialogue before bringing the case to the ICJ. Furthermore, it defended its actions during the war in Gaza, arguing that it acted in self-defence⁵⁹ against attacks by Hamas and invoked

⁵⁵ Shany & Cohen, 2024.

⁵⁶ Lawal, 2024.

⁵⁷ Shany & Cohen, 2024.

⁵⁸ Lawal, 2024.

⁵⁹ The argument follows Israel's interpretation of Art. 51 of the UNC, which recognizes the inherent right of states to defend themselves against external threats. According to Israel, its military actions in Gaza were necessary measures taken to safeguard its territorial integrity and ensure its survival amid attacks by Hamas. This assertion aligns with the classical view of international law, which grants states the broad right of self-preservation, including the use of force to protect their interests. However, it also reflects a modern perspective that emphasizes the interests of the international community as a whole, particularly in maintaining a credible prohibition on the use of force. Israel's invocation of self-defence underscores the complex interplay between state sovereignty and the collective responsibility to uphold peace and security within the international system. See: Weller, 2024.

Professor Vaughan Lowe, counsel for South Africa, statement from 2005 that says “no-one, and no state, is obliged by law passively to suffer the delivery of an attack”⁶⁰, regardless of whether the attacker is a state or a non-state entity. Israel highlighted Hamas’s tactics of using civilians as human shields, launching rockets from civilian areas, and impeding humanitarian aid delivery and argued that its actions were consistent with IHL law, aiming at countering Hamas’s aggression rather than perpetrating genocide⁶¹, refuting the genocidal intent arguments by arguing that they were based on misinterpretations and taken out of context. Thus, despite South Africa’s allegations, Israel maintained that it had not intentionally targeted civilians or prevented humanitarian aid from reaching Gaza⁶².

Thus, in presenting their cases, both sides selectively highlighted certain facts while downplaying others to support their respective narratives. South Africa focused on the extensive loss of Palestinian lives and the dire humanitarian situation in Gaza, while neglecting Hamas’s role in exacerbating the conflict and endangering civilians (*Jan. 11 verbatim record*, at p. 72). In contrast, Israel emphasized its security challenges and efforts to minimize harm to Palestinian civilians, while omitting controversial measures such as the blockade of Gaza and the destruction of civilian infrastructure and emphasizing the attempt to reduce the escalation of the conflict (*Jan. 12 verbatim record*, at p. 53)⁶³.

Regarding the contrasting perspectives on the necessity and implications of implementing provisional measures, South Africa’s affirmed that demonstrating acts that potentially constitute genocide is sufficient to establish a “plausible” claim justifying the implementation of provisional measures⁶⁴. Conversely, according to Israel, unless the Court requires a sufficient demonstration of particular intent, any terrorist group may embed itself within a civilian society resulting in the type of humanitarian catastrophe that would prompt the Court’s action under South Africa’s premise. Additionally, during the hearings, Israel contended that provisional measures should function defensively, not offensively, stressing that any directive to cease rescue operations for Israeli hostages and counter Hamas’s attacks might compromise Israel’s primary obligation to safeguard its citizens. Therefore, Israel’s legal representatives opposed the granting of provisional measures⁶⁵.

After considering the arguments presented by both sides, the ICJ ultimately issued provisional measures to address the situation, claiming that “at least some of the

⁶⁰ Wilmshurst, 2005, p. 22.

⁶¹ Shany & Cohen, 2024.

⁶² Lawal, 2024.

⁶³ Shany & Cohen, 2024.

⁶⁴ Keitner, 2024.

⁶⁵ Keitner, 2024.

acts and omissions alleged by South Africa to have been committed by Israel in Gaza” (§ 30 *South Africa v. Israel*) and that “at least some of the rights claimed by South Africa met the test of plausibility” (§ 54 *South Africa v. Israel*).

II. Legal leverage: ICJ's use of provisional measures to address conflict

The term “provisional measure of protection” is used by the ICJ to describe a process that is similar to temporary restraining orders or directive orders that are present in national legal systems. Executing this procedure is referred to as indicating the provisional measure of protection⁶⁶. Therefore, the objective of provisional measures must be the urgent preservation of the respective rights claimed by the parties, pursuant Art. 41 from the ICJ Statute and Art. 74 of the Rules of Court⁶⁷.

For the issue of the provisional measures, the Court must assess the plausibility⁶⁸ of the rights claimed by South Africa and determine if there is a significant connection between those rights and the provisional measures requested⁶⁹. In *Timor-Leste v. Australia*, Judge Greenwood clarified that plausibility means that there is “a realistic prospect that [the rights in question] will be adjudged to exist and to be applicable when the Court rules on the merits of the case” (§ 4 *Timor-Leste v. Australia*)⁷⁰.

Indeed, the plausibility section of the order acknowledges the assertions of both parties before delving into an examination of numerous UN sources⁷¹. The Court's jurisprudence was noted by Judge Nolte as “not entirely clear as to what ‘plausibility’ entails”. He clarified that his vote in favour of the provisional order was justified by the fact that, even though he did not think the military operations in Gaza were carried out with the intention of committing genocide, remarks made by Israeli military and political figures “give rise to a real and imminent risk of irreparable prejudice to the rights of Palestinians under the Genocide Convention” (§ 10 and § 15 *Judge Nolte Declaration*)⁷². Therefore, the Court lacked a detailed fact-finding report establishing possible genocidal intent, but, instead, it considered circumstantial evidence submitted by South Africa, such as the dire humanitarian situation in Gaza and statements by Israeli officials, like Defence Minister Yoav Gallant, President Isaac Herzog, and former Energy Minister Israel Katz. Additionally, the Court considered statements from various UN bodies, high-ranking UN officials, and UN experts, including OCHA, WHO, CERD, the Under-

⁶⁶ Rosenne & D. Gill, 1989, p. 95.

⁶⁷ See also Art. 75 of the Rules of Court.

⁶⁸ The exact parameters of plausibility remain somewhat nebulous. However, in previous instances, the Court hinted that a determination of plausibility hinges on “a thorough examination of the evidence and arguments presented” (§ 58 *Costa Rica v. Nicaragua*), which Judge Koroma objected by stated that the application of “plausibility” in the case was “ambiguity and uncertainty” and that it is still unclear if the test applies to facts, legal rights, or both (§ 1 *Separate Opinion of Judge Koroma*). Additionally, the Court suggested that the severity of the allegations does not impact the plausibility threshold (§ 56 *Gambia v. Myanmar*). Moreover, the Court indicated that the plausibility test should scrutinize key elements of the right in question (§ 75 *Ukraine v. Russia*), emphasizing the need to assess whether essential components such as intention, knowledge, and purpose, are present. See: Galand & Muller, 2024.

⁶⁹ Keitner, 2024.

⁷⁰ Galand & Muller, 2024.

⁷¹ Cohen & Shany, 2024.

⁷² Galand & Muller, 2024.

Secretary-General for Humanitarian Affairs and Emergency Relief Coordinator, and the Commissioner-General of UNRWA. This underscores the flexible nature of the plausibility standard, which depends on the specific rights, claims, and factual circumstances presented in court⁷³.

Although the evidence was weak and contested, the Court found that at least some of the rights claimed by South Africa were plausible, particularly regarding the protection of Palestinians in Gaza from acts of genocide and related prohibited acts⁷⁴. In fact, the Court determined that the actions of Israel in the Gaza Strip fulfilled the criteria outlined in § 66 and § 74 (*South Africa v. Israel*), concluding that Israel's measures to mitigate harm to civilians and counter incitement were inadequate in addressing the potential for irreversible harm, as indicated in § 73 (*South Africa v. Israel*)⁷⁵. However, due to the legal weaknesses of the case and the inability to clearly define the plausible rights, the Court favoured issuing general rather than specific provisional measures. As a result, the impact of these measures is limited⁷⁶.

Regarding the structure of judges that constituted the ICJ and resulted in the remarkable consensus concerning the provisional measures, it is important to understand that the Court consists of 15 judges, each serving nine-year terms. These judges are elected by the UNSC and the UNGA, with the requirement that each judge must come from a different country⁷⁷. As none of the current 15 judges represented either South Africa or Israel, both countries had the opportunity to appoint *ad hoc* judges, bringing the total number of judges to 17⁷⁸ 79. South Africa's appointee was Judge Dikgang Ernest Moseneke⁸⁰, known for his opposition to *apartheid*, for which he was imprisoned, and Israel's appointee was Judge Aharon Barak⁸¹, a Holocaust survivor⁸². However, it is important to note that ICJ judges do not serve as

⁷³ Galand & Muller, 2024.

⁷⁴ Cohen & Shany, 2024.

⁷⁵ Goodman & Watt, 2024.

⁷⁶ Cohen & Shany, 2024.

⁷⁷ See Art. 4 of the ICJ's Statute.

⁷⁸ See Art. 31 of the ICJ's Statute.

⁷⁹ Keitner, 2024.

⁸⁰ Moseneke's serious sense of injustice led him to actively resist the oppressive *apartheid* regime, resulting in his detention. Emerging from his confinement, he embarked on a remarkable journey that saw him rise as a leading figure in South Africa's legal landscape. His legacy as a defender of democracy and human rights is highlighted by his crucial involvement in writing the country's new constitution and supervising its first democratic elections. See: Levi & Dikgang, 2020.

⁸¹ Critics from the Israeli right have targeted Barak for his perceived judicial activism within the Israeli Supreme Court. Additionally, some have voiced disapproval, accusing him of justifying Israeli settlements and other controversial policies. See: Staff, 2024 and Masri, 2024.

⁸² Keitner, 2024.

representatives of their respective countries, a point emphasized by Uganda⁸³ following Judge Sebutinde's dissent⁸⁴.

Moreover, changes in the composition of the Court have occurred since January⁸⁵, with South Africa securing a permanent judge and the Lebanese Judge Nawaf Salam being elected as President of the ICJ, which holds particular significance for the ongoing case. Salam's background and his previous involvement in advocating for Palestinian rights suggest a potential shift in the dynamics of the ICJ proceedings. Given Salam's history of defending the rights of Palestinians and his alignment with South Africa's position, his presidency introduces a new dimension to the case since his leadership may influence the Court's deliberations and rulings, potentially bolstering South Africa's arguments. Nevertheless, Salam's presidency underscores the importance of impartiality and fairness in the ICJ's, while also highlighting the potential impact of personal backgrounds and beliefs on judicial decisions in contentious international disputes. Thus, his election adds an intriguing layer of complexity to the already contentious legal battle⁸⁶. As the case progresses under Salam's leadership, it will be intriguing to see how his perspectives and advocacy for Palestinian rights may influence the Court's decisions and shape the outcome of this significant international dispute. It should also be noted that it was this new Court that examined South Africa's Urgent Request and issued the second set of provisional measures ordered on March 28.

Regarding the first issue of provisional measures, the striking characteristic of the Court's opinion is its remarkable alignment among the judges⁸⁷. The provisional measures were voted upon as follows: the first one indicated by a vote of 15-2, with Judge *ad hoc* Aharon Barak and Judge Julia Sebutinde voting against; the second by a vote of 15-2, with Barak and Sebutinde voting against; the third by a vote of 16-1, with Sebutinde voting against; the fourth by a vote of 16-1, with Sebutinde voting against; the fifth by a vote of 15-2, with Barak and Sebutinde voting against; and the last one by a vote of 15-2, with Barak and Sebutinde voting against. Despite the existence of political divisions, the majority of the Court reached consensus by underlining the necessity for all involved parties to abide by IHL. This display of solidarity amid worldwide disagreement highlights the broader importance of the ruling⁸⁸.

⁸³ Uganda's government said in a statement issued on 27th January that "the position taken by Judge Sebutinde is her own individual and independent opinion and does not in any way reflect the position of the government of the republic of Uganda". See: Reuters, 2024.

⁸⁴ O'Dell, 2024.

⁸⁵ Judges Donoghue, of the USA; Gevorgian, of Russia; Bennouna, of Morocco; and Robinson, of Jamaica, were replaced by Judges Brant, of Brazil; Gómez Robledo, of Mexico; Aurescu, of Romania; and Tladi, of South Africa.

⁸⁶ Riachi, 2024.

⁸⁷ Keitner, 2024.

⁸⁸ Krisch, 2024.

The previous Court's president, Joan Donoghue, delivered a composed summary of the reasons and announced the order⁸⁹. It is significant to highlight that Donoghue was part of the majority on every aspect of the order which was an unexpected alignment from an American judge and suggests additional criticism of Israel's ongoing military operations in Gaza, coming from its key ally, the US⁹⁰.

As Judge Xue Hanqin, from China, accompanied by Judge Dalveer Bhandari, from India, and Judge Georg Nolte, from Germany, attached opinions, it is worth noting the contrast in viewpoints within the Court.

In a dynamic exchange of perspectives, Judge Hanqin underscored South Africa's authority to bring claims against Israel, particularly regarding the Palestinian people, highlighting the enduring presence of the Palestinian issue on the UN agenda. Simultaneously, Judge Bhandari drew attention to the nuanced approach required in evaluating claims under international law, emphasizing the differing standards for granting provisional measures⁹¹. Expressing an ambiguous posture on the ceasefire, he called for an immediate halt and the unconditional release of remaining hostages stating that "all participants in the conflict must ensure that all fighting and hostilities come to an immediate halt and that remaining hostages captured on 7 October 2023 are unconditionally released forthwith"⁹². Moreover, Judge Nolte acknowledged Israel's special status as a homeland for the Jewish people and underscored the complexity of applying legal standards in cases involving allegations of genocide⁹³. While expressing scepticism about the existence of genocidal intent behind Israel's military operations, Nolte acknowledges the plausibility of other claims made by South Africa, specifically noting that certain statements by Israeli state officials may contribute to a real and imminent risk of harm to Palestinians. His opinion suggests a cautious approach, recognizing that while some claims may be plausible, others may require further examination⁹⁴. While there may be some divergence in these judges' opinions, they converge in the Court's decision, setting the stage for further discourse, which includes the dissenting opinion of Judge Sabutinde and the separate opinion of Judge Barak.

Judge Julia Sebutinde, from Uganda, the sole dissenting voice on all six provisional measures, penned an opinion outlining her objections. In addition to being the only dissent on two measures⁹⁵, which urged Israel to prevent and punish any incitement to commit genocide against the Palestinian people in Gaza and to facilitate

⁸⁹ Keitner, 2024.

⁹⁰ Sterio, 2024.

⁹¹ Keitner, 2024.

⁹² Gurmendi, 2024.

⁹³ Keitner, 2024.

⁹⁴ Cohen & Shany, 2024.

⁹⁵ See third and fourth provisional measure.

the entry of humanitarian aid into Gaza, Sebutinde's attitude was uncompromising since she clearly rejected the possibility of a ceasefire, calling it "unrealistic"⁹⁶. Notably, she has presided over three other genocide cases during her term on the Court, where in two of these cases she supported the issuance of provisional measures. This includes her favourable vote in the 2022 case between Ukraine and Russia, where she backed all three provisional measures⁹⁷, including demands for an immediate cessation of Russia's military operations in Ukraine⁹⁸. In her dissent, Sebutinde underscored that the core of the dispute between Israel and Palestinians is fundamentally political and has deep historical roots. She advocated for a resolution through diplomatic channels or negotiations, emphasizing the importance of implementing the UNSC's resolutions in good faith⁹⁹ ¹⁰⁰. Sebutinde stated that she does not think the conflict between Israel and the Palestinian people, or more generally, the Israel-Hamas war, is a matter that should be brought before the ICJ for judicial resolution¹⁰¹ ¹⁰². The Judge further expressed her scepticism about the plausibility of South Africa's requested provisional measures under the UN genocide law, contending that the acts attributed to Israel lacked genocidal intent, a crucial element necessary for invoking the provisions¹⁰³ ¹⁰⁴.

Lastly, *Ad Hoc* Judge Aharon Barak underscored that the core dispute revolves around the interpretation and application of IHL. However, he concurred with the majority in ordering Israel to take measures to prevent and punish incitement to genocide and to provide humanitarian aid to Gaza. Barak discusses the role of Israel's Supreme Court in restraining military actions in the name of human rights and international law. While acknowledging the different legal thresholds at different stages of the case, the Judge criticizes the Court's methodology in assessing plausibility concerning specific intent, particularly highlighting the absence of evidence comparable to previous cases. He emphasizes the need for a thorough investigation into

⁹⁶ Gurmendi, 2024.

⁹⁷ Additionally, Sebutinde backed a measure focused on the protection of civilians trapped in the conflict zone, emphasizing the importance of ensuring their safety and well-being amidst armed hostilities. Lastly, she voted in favour of preserving evidence and documentation related to the conflict, recognizing its significance in facilitating investigations and potential legal proceedings.

⁹⁸ O'Dell, 2024.

⁹⁹ In Oct. 1973, the UNSC issue the Res. 388/1973. Then, Res. 1276, Res. 1402 and Res. 2334 were passed and followed by others. Additionally, later, the UNSC passed Res. 2712. On Dec. 22, Res. 2720 was adopted and, most recently, Res. 2728 was approved with 14 votes in favour and one abstention (US). Despite Judge Sebutinde's opinion, the various resolutions underscore how diplomatic endeavours have frequently collapsed due to political manoeuvring and entrenched interests. The truth is one, the disregard of Art. 25 of the UNC is troubling, as it explicitly mandates acceptance and implementation of UNSC decisions.

¹⁰⁰ O'Dell, 2024.

¹⁰¹ O'Dell, 2024.

¹⁰² See §4 of *Judge Sebutinde's Dissenting Opinion*.

¹⁰³ With respect to her dissenting opinion, several experts contend that Sebutinde did not carry out a comprehensive analysis of the circumstances. They stress that both South Africa and Israel are signatories to the Genocide Convention and that genocide is a legal issue rather than merely a political disagreement. See: Knight, s.d.

¹⁰⁴ O'Dell, 2024.

inappropriate statements by Israeli officials but finds it implausible to infer genocidal intent from these statements. In the end, despite his reservations about the plausibility, Barak voted in favour of provisional measures regarding incitement and humanitarian aid, hoping to minimize tensions and mitigate the consequences of the conflict, emphasizing his commitment to morality, truth, and justice¹⁰⁵.

As it is possible to see, the interplay of the Judges’ opinions became evident in the voting on the Court’s order. Despite different perspectives, the Court instructed Israel to address its conduct, which shows its willingness to intervene quickly and decisively in urgent matters of international concern¹⁰⁶.

Under the terms of the Court’s order:

Summary	Court Judgment (26 Jan. 2024)
Prevent genocide and desist from killing, injuring, destroying life and preventing births.	(1) The State of Israel must, in accordance with its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in relation to Palestinians in Gaza, take all measures within its power to prevent the commission of all acts within the scope of Article II of this Convention, in particular: (A) killing members of the group; (B) causing serious bodily or mental harm to members of the group; (C) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (D) and imposing measures intended to prevent births within the group;
Desist from incitement, and punish acts of and encouragement to genocide.	(2) The State of Israel must ensure with immediate effect that its military does not commit any acts described in the above-described acts;
Enable the provision of basic services and humanitarian assistance.	(3) The State of Israel must take all measures within its power to prevent and punish the direct and public incitement to commit genocide in relation to members of the Palestinian group in the Gaza Strip;
Prevent the destruction of and ensure the preservation of evidence.	(4) The State of Israel must take immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance to address the adverse conditions of life faced by Palestinians in the Gaza Strip;
Submit ongoing reports to the Court on measures taken.	(5) The State of Israel shall take effective measures to prevent the destruction and ensure the preservation of evidence related to allegations of acts within the scope of Article II and Article III of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide against members of the Palestinian group in the Gaza Strip;
	(6) The State of Israel shall submit a report to the Court on all measures taken to give effect to this Order within one month as from the date of this Order.

Table 1 - Provisional Measures ordered by the Court

Indeed, the rigorous standard needed to demonstrate genocide during the material phase, contrasted with the lower threshold of plausibility necessary for granting provisional measures, establishes inherent incentives for states to initiate proceedings and request them.

Upon reviewing the provisional measures that were ordered, one could argue that if the aim of such measures is to safeguard rights, particularly in cases involving the right to be free from genocidal acts, then it becomes pertinent to question whether the Court

¹⁰⁵ Keitner, 2024.

¹⁰⁶ Agnès Callamard, Secretary General of Amnesty International, stated that the “decision is an authoritative reminder of the crucial role of international law in preventing genocide and protecting all victims of atrocity crimes. It sends a clear message that the world will not stand by in silence as Israel pursues a ruthless military campaign to decimate the population of the Gaza Strip and unleash death, horror and suffering against Palestinians on an unprecedented scale”. See: Amnesty, 2024.

was obligated to issue a suspension of hostilities¹⁰⁷. Therefore, an important part of the petition is the underscoring of the fundamental nature of the prohibition against genocide as *jus cogens*¹⁰⁸, highlighting the universal and reciprocal obligations states have under the Genocide Convention, both towards the international community as a whole (*erga omnes*) and towards each other (*erga omnes partes*)¹⁰⁹. This is especially relevant, even if there was only a plausible rather than unquestionable indication of genocidal intent from Israel, and even if the provisional measure results in impairing the right of self-defence¹¹⁰ and is unilaterally imposed upon only one of the belligerent parties¹¹¹.

However, on the other hand, this doubt gains further meaning when arguing that directing a state to cease military actions while it asserts its inherent right to self-defence may exceed the jurisdiction of the ICJ since the UNC explicitly states that “nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations”. Nevertheless, the relevance of the legal framework of self-defence outlined in Art. 51 of the UNC in this scenario is questionable. According to Professor Marc Weller, “Israel cannot avoid scrutiny of its use of force and associated practices, as well as possible interim measures of protection, simply by invoking self-defence”¹¹². Therefore, the crux of the matter remains unequivocal: regardless of the circumstances or the severity of the provocation,

¹⁰⁷ Considering Conclusion 23 of the Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*), which explicitly includes the prohibition of genocide in its non-exhaustive list, the question arises: should the Court treat the prohibition of genocide as a non-derogable obligation, thus taking precedence over the right of self-defence, especially when both are recognized as norms of general international law with the same character under Art. 53 of VCLT? In fact, the Court earlier classified genocide as a *jus cogens* norm in *Armed Activities on the Territory of the Congo* (§ 64 *Democratic Republic of Congo v. Rwanda*). The right of self-defence, as recognized under Art. 21 of DARSIIWA, can serve as a circumstance precluding wrongfulness. However, it is important to note that even a legitimate claim of self-defence does not absolve a state of wrongdoing if its actions violate peremptory norms of international law. According to Art. 26 of DARSIIWA, self-defence cannot justify actions that violates obligations arising from peremptory norms, such as those outlined in *jus cogens* principles. This underscores the principle that even in cases of self-defence, states are still bound by the fundamental principles of international law, and actions that violate these principles cannot be justified solely on the grounds of self-defence. See: Keitner, 2024. Furthermore, the debate over the legal status of the prohibition of the use of force also gains significance particularly regarding Israel’s military actions. While the Court has yet to explicitly classify the prohibition of force as a *jus cogens* norm, there is ongoing debate on whether such classification should be extended beyond the prohibition of aggression. Notably, the Court has indicated some endorsement for the idea that unlawful force may fall within the ambit of *jus cogens* (§ 190 *Nicaragua v. United States of America*). See: Henderson, 2024.

¹⁰⁸ Genocide carries the weight of *jus cogens* due to its fundamental nature as an offense against the global community’s core values. The existence of peremptory norms is aimed at safeguarding these values, demanding special consequences for their breach. However, without such enforcement, doesn’t the hierarchy of *jus cogens* risk losing its significance? See: Henderson, 2024.

¹⁰⁹ Hachem & Hathaway, 2024.

¹¹⁰ In his separate opinion, Judge Nolte suggested that since the case was solely under the Genocide Convention, delving into issues of self-defence wasn’t imperative for the Court to reach its decision (§ 5 *Judge Nolte’s Separate Opinion*). In essence, any potential conflict between Israel’s asserted right of self-defence and its obligations under the genocide prohibition could and, according to Judge Nolte, should be sidestepped. See: Henderson, 2024.

¹¹¹ Henderson, 2024.

¹¹² Weller, 2024.

genocide can never be justified as a response. Every application of force, whether in self-defence, enforcing occupation, law enforcement, or any other scenario, must adhere to the parameters set by international law. This encompasses the explicit obligation delineated in Art. I of the Convention to prevent genocide (*Jan. 11 verbatim record*, p. 80)¹¹³.

Of greater significance, the Court's decisions resulted in various predictable outcomes that should be reinforced. Firstly, it identified a genuine dispute under Art. IX of the Genocide Convention (§ 28 *South Africa v. Israel*). Secondly, it upheld South Africa's right to initiate the case, echoing its position in *Gambia v. Myanmar* and stressing the collective responsibility of Genocide Convention signatories (§ 33 *South Africa v. Israel*). Thirdly, the Court determined that the conditions for ordering provisional measures were satisfied, citing the plausible risk of genocidal acts in Gaza and the urgent nature of the circumstances, being unsurprising as South Africa only needed to establish the plausibility of the rights it sought to protect, namely the Palestinians' right in Gaza to be shielded from genocidal acts (§ 54, § 72 and § 74 *South Africa v. Israel*)¹¹⁴.

Thus, the Court's decision not to compel Israel to halt all military activities, despite South Africa's plea (§ 144 *South Africa Application*), redirected attention to proposing other specific measures. This choice aligns with Israel's obligation to protect its population from Hamas within international law boundaries, contrasting with past directives like the complete cessation in Russia's invasion of Ukraine¹¹⁵. However, concluding that the situation was urgent, the Court confirmed that the circumstances on the ground in Gaza are catastrophic (§ 46 and § 70 *South Africa v. Israel*)¹¹⁶, hence necessitating the ordering of distinct specific provisional measures.

These provisional measures ordered draw a closer parallel to the Court's previous ruling in the case of *Gambia v. Myanmar* (§ 79 *et seq Gambia v. Myanmar*) rather than its decision in the case of *Ukraine v. Russia* (§ 102 *et seq Ukraine v. Russia*)¹¹⁷. To begin with, Israel received a clear directive to take all necessary actions to prevent and punish direct incitement to genocide, a more explicit requirement than seen in the *Gambia v. Myanmar*. It is intriguing to observe that the first provisional measure does not explicitly reference intent, nevertheless, the Court effectively underscores Israel's obligation to take these actions "in accordance with its obligations under the Genocide Convention", as previously stated in its order, wherein "the Court recalls that these acts fall within the

¹¹³ Shany & Cohen, 2024.

¹¹⁴ Sterio, 2024.

¹¹⁵ UN News, 2022.

¹¹⁶ Sterio, 2024.

¹¹⁷ Goodman & Watt, 2024.

scope of Art. II of the Convention when they are committed with the intent to destroy in whole or in part a group as such” (§ 78 *South Africa v. Israel*)¹¹⁸. Additionally, Israel was specifically tasked with promptly implementing effective humanitarian aid measures, similar to those outlined in *Armenia v. Azerbaijan* (§ 15(5) *Armenia v. Azerbaijan*). Moreover, akin to *Gambia v. Myanmar*, the Court demanded a compliance report from Israel, albeit with a shorter timeframe of just one month (§ 82 *South Africa v. Israel*). Lastly, the Court emphasized the necessity for all parties involved in the conflict, including Hamas, to abide by international humanitarian laws, while also advocating for the release of hostages detained in Gaza (§ 85 *South Africa v. Israel*)¹¹⁹.

As mentioned before, in fact, the ICJ issued broad provisional measures, offering limited direction and leaving considerable room for interpretation regarding Israel’s policy adjustments. While certain measures, such as those aimed at preventing and punish incitement to genocide and facilitating humanitarian aid, offer potential for tangible impact, others, like preventing genocidal actions by the military and preserving evidence, may not effectively bring significant changes on the field¹²⁰. Therefore, the broad scope of the provisional measures, influenced by the Court’s use of vague language regarding the plausibility test and its interpretation of the case’s facts, mirrors Israel’s legal justifications for its actions, making it improbable that these measures will significantly impact the situation on the ground as we are witnessing¹²¹. Hence, it can be argued that although the Court’s decision appears to promote unity, the actual measures it prescribed are rather unclear. Apart from urging humanitarian aid, these measures mainly serve as reminders to Israel of its current obligations without detailing specific actions it should take. The lack of specificity in the instruction to Israel leaves it without explicit guidance on actions to cease, such as displacing civilians or damaging infrastructure. Therefore, providing more detailed directives could have established clearer standards for compliance and potentially prompted action from international political bodies like the UNSC. Regrettably, the Court chose a cautious stance in this matter¹²², a decision that, given the gravity of the genocide case at hand, may have profound implications. This cautious approach could potentially delay the urgent intervention needed to address the ongoing devastation, raising questions about the Court’s role in responding effectively to such atrocities.

Nevertheless, the recent ruling by the ICJ on March 28, acknowledging the deteriorating humanitarian crisis in Gaza as justification for additional measures,

¹¹⁸ Goodman & Watt, 2024.

¹¹⁹ Milanovic, 2024.

¹²⁰ Cohen & Shany, 2024.

¹²¹ Cohen & Shany, 2024.

¹²² Krisch, 2024.

reflects the alignment of the Court's actions with the prevailing international sentiment¹²³.

Remarkably, despite Judge Sebutinde's dissent in the prior provisional measures, the Court unanimously upheld the earlier ruling and extended its application to Rafah. It renewed the request for the immediate release of hostages, called for immediate and unhindered provision of humanitarian aid, including essential services and supplies, to Palestinians in Gaza, with an emphasis on increasing capacity at land crossing points for aid delivery, and demanded that Israel's military to cease actions that violate the rights of Palestinians in Gaza as protected under the Genocide Convention, particularly by ensuring the unrestricted delivery of humanitarian assistance.

Judge Xue, Brant, Gómez Robledo and Tladi, offered additional perspectives regarding these new provisional measures, underlining the critical necessity for comprehensive steps to reduce civilian suffering and expressing displeasure because the Court's judgment "does not directly and explicitly order Israel to suspend its military operations for the purpose of addressing the current catastrophic humanitarian situation in Gaza" (§ 1 *Joint Declaration Of Judges Xue, Brant, Gómez Robledo and Tladi*). Judge Yusuf emphasized that the measures represent "an obligation of result", requiring immediate action, which necessitates the suspension or cessation of aerial bombardments, ground assaults on urban centres and refugee camps by the Israeli army, and the removal of obstacles to the delivery of humanitarian aid (§ 11 *Judge Yusuf's Opinion*). Likewise, Judge Hilary Charlesworth stressed the importance of ending military operations to avert more harm and sustained the necessity of a humanitarian ceasefire stating that in her view "the Court should have made it explicit that Israel is required to suspend its military operations in the Gaza Strip, precisely because this is the only way to ensure that basic services and humanitarian assistance reach the Palestinian population" (§ 7 *Judge Charlesworth's Opinion*). Lastly, Judge Salam remarked that the Court's additional measures can only be completely implemented if all parties obey the UNSC's demand for an immediate ceasefire throughout Ramadan (§ 11 *Judge Salam's Opinion*).¹²⁴

Interestingly, Judge Nolte may once again be the strongest indicator of the Court's overall attitude. He provided a separate statement clarifying the application of Art. 76(1) of the Rules of Court, addressing the concept that any expansion should only occur if there had been a notable "change in the situation" (§ 2 *Judge Nolte's Opinion*). His hesitation stemmed from concerns about avoiding the perception of the Court issuing a second order due to non-compliance with the first which could suggest a low threshold

¹²³ Keitner, 2024.

¹²⁴ Gurmendi, 2024.

for modifying or adding measures, and his belief that full adherence to the January order could have mitigated the dire situation in Gaza. It is intriguing to note that while Judge Nolte initially did not regard Israel's actions in Gaza as potentially genocidal, his current stance suggests a consideration of Israel's strategy of starving Gaza as possibly meeting the criteria for genocide (§ 6 *Judge Nolte's Opinion*)¹²⁵. Differently was Judge Barak's opinion which expressed his support for the initial additional measure based on moral grounds, despite disagreeing with the Court's rationale (§ 30 *Judge Barak's Separate Opinion*)¹²⁶.

After analysing all these recent provisional measures, a bright side can be seen. Now, two months later, following the unfolding of the second set of measures and the Judges' response to Israel's conduct, there seems to be a shift in the international community's outlook, offering a glimmer of hope for South Africa's prospects.

¹²⁵ Gurmendi, 2024.

¹²⁶ Keitner, 2024.

Chapter III – Bridging justice: The ICC and its synergy with the ICJ

A. The crime of genocide and the question of intent

A fundamental problem in South Africa’s case is the necessary intent to eliminate a group, in whole or in part. Surprisingly, the ICJ has already deemed it plausible that Israel may have had such intent in its first order¹²⁷.

This crucial element, highlighted in the initial ICJ order, underscores the gravity of the accusations. Transitioning from this foundational concern, a closer examination of the legal parameters set by the Genocide Convention sheds light on the specific acts necessary for charging genocide. According to Art. II of the Genocide Convention, a spectrum of heinous acts, from killings to inflicting dire living conditions, forms the basis for such charges. Additionally, it cannot be forgotten that genocide involves two key elements: a mental component, known as *mens rea*, which entails the intent to destroy a particular group based on national, ethnic, racial, or religious identity, and a physical component, known as *actus reus*, which encompasses specific actions.

At the heart of South Africa’s submission lies the fundamental assertion of Palestinians’ entitlement to safeguard their identity without facing targeted persecution, ultimately aimed at the group’s destruction. This argument hinges on the enumerated acts faced by Palestinians as outlined in Art. II, alleging instances of killings (“a”), harm infliction (“b”), and imposition of dire conditions of life in Gaza (“c”), all meticulously detailed within the South Africa Application’s *actus reus* analysis, thus laying the groundwork for its legal battle¹²⁸. Moreover, in the examination of *mens rea*, South Africa draws upon numerous statements made by Israeli officials to substantiate claims of genocidal intent. These include explicit declarations from high-ranking Israeli figures such as the Prime Minister and the President¹²⁹.

In the legal discourse surrounding the concerning allegations of genocide, the examination of two essential elements, special intent and double intent, emerges as crucial. In fact, one of the primary challenges in this case revolves around determining the nature of evidence required to establish this first concept. The ICJ mandates that a state must demonstrate *dolus specialis*, also known as special intent, to establish genocide. Meeting this criterion requires evidence that is “fully conclusive” of the special

¹²⁷ Quigley, 2024.

¹²⁸ Quigley, 2024.

¹²⁹ Quigley, 2024.

intent to commit genocide (§ 209 *Bosnia v. Serbia* and § 178 *Croatia v. Serbia*). The term “fully conclusive” establishes an extremely high bar of proof¹³⁰.

Additionally, to establish special intent in cases of genocide, two key requirements are considered: the pattern of conduct and official statements, which are intertwined. For pattern of conduct, since there are no standards or guidelines stating that a specific piece of evidence, if presented, will be “totally conclusive” of the special intent to commit genocide, it will involve examining the actions and behaviours of the accused party over time to discern any systematic or deliberate efforts aimed at the destruction of a particular group. Therefore, this examination will encompass various factors, including official statements and reports from official bodies, as well as the broader context in which these actions took place (§ 373 *Bosnia v. Serbia*). If Israel demonstrates at the merits stage that its pattern of conduct was not to harm Palestinians but to destroy Hamas, as Israel will undoubtedly argue, then Israel’s pattern of conduct since October 7 would not be “fully conclusive” to show that Israel committed genocide. Nevertheless, the evidence, including the scale of casualties and the harsh conditions of life endured by the population, suggests otherwise. Israel asserts that it has made efforts to distinguish between the estimated 15,000 to 40,000 Hamas militants and the rest of Gaza’s population, which totals roughly 2 million¹³¹. However, with the staggering numbers of casualties and the dark reality on the ground, such assertions seem increasingly improbable. Additionally, remembering *Croatia v. Serbia*, the widespread destruction and humanitarian crisis in Gaza, where around 70% of the population is displaced and facing food insecurity, further cast doubt on Israel’s claims of minimizing harm to civilians¹³². Therefore, the ICJ may conclude that Israel intended to force the Palestinians to leave, or that this constituted an attempt to eliminate the Palestinian people (§ 435 *Croatia v. Serbia*)¹³³. Regarding the official statement’s requirement, in conflicts like the one in Gaza, gathering evidence of significant value is uncertain, especially given the widespread use of social media for documentation. Even if witness statements are obtained and verified, the credibility of these statements may be challenged by the respondent state¹³⁴. However, Israel faces a significant challenge as certain Israeli officials, including prominent figures within the present governing coalition, have voiced desires to remove Palestinians from Gaza. Despite Netanyahu’s attempts to distance himself from such statements, he has refrained from taking punitive measures or replacing the most outspoken advocates, such as Israel’s Finance Minister

¹³⁰ Gehani, 2024.

¹³¹ Keitner, 2024.

¹³² Frankel, 2024.

¹³³ Gehani, 2024.

¹³⁴ Gehani, 2024.

and Minister of National Security. The political swing held by far-right extremists, coupled with the absence of reprimand, encourages the credibility of South Africa's allegations, especially concerning incitement. Moreover, while Defence Minister description of "human animals" immediately following the October 7 attack seemingly targeted Palestinian combatants rather than the entire population, his directive for a "complete siege" in the same statement raises concerns about forbidden collective punishment¹³⁵. Nevertheless, the Court's acknowledgment of statements by Israeli officials (§ 52 *South Africa v. Israel*) lacks the comprehensive analysis usually present in judgments on the merits, failing to thoroughly scrutinize certain statements that might indicate genocidal intent, notably Prime Minister Netanyahu's speech, which the Court viewed as more ambiguous than believed¹³⁶.

To explore whether the charges of genocide meet the threshold necessary for prosecution, it is imperative to delve into the concept of double intent within the context of genocide, specifically contended in Art. II. This intent, which involves the specific intention to destroy a national, ethnical, racial, or religious group, serves to complement the general intent associated with the committed acts, thereby constituting a crucial dual mental element in defining genocide. This criterion must be reliably established, the most reasonable conclusion to draw (§ 148 *Croatia v. Serbia*)¹³⁷. In cases involving acts such as killing or causing harm, the centrality of this additional intent becomes crucial, as these actions may have motives other than group destruction. South Africa argues that Israel, through its actions such as the killing of Palestinian children, widespread displacement, destruction of homes, deprivation of basic needs, and measures impeding childbirth (§ 45 *et seq South Africa Application*), has violated Art. II by failing to prevent genocide, particularly under *par. a, b, and c*, thereby bearing responsibility for these acts¹³⁸.

In past cases, the Court clarified the criteria for proving additional intent, particularly regarding deliberate killings as outlined in *par. (a)*. It stressed that mere evidence of unlawful killings isn't enough, there must be clear proof of additional intent, the *dolus specialis* (§ 187 *Bosnia v. Serbia*). The Court emphasized that when direct proof of intent is lacking, the scale of the killings can serve as evidence, just being necessary that the acts indicate intent not only to target specific individuals but also to destroy the group, either wholly or partially (§ 139 *Croatia v. Serbia*)¹³⁹.

¹³⁵ Keitner, 2024.

¹³⁶ Milanovic, 2024.

¹³⁷ Quigley, 2024.

¹³⁸ Jadhav, Ravey, Henderson, & Patel, 2024.

¹³⁹ Quigley, 2024.

Par. (b) addresses intentional acts or omissions resulting in “serious bodily or mental harm” to members of the targeted group. Similar to *(a)*, it necessitates proof of a specific outcome. While the concept lacks explicit definition, it encompasses actions like torture, inhumane treatment, sexual violence, threats of death, and others causing significant injury or trauma to group members (§ 737 *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*). Statements from international organizations such as Amnesty¹⁴⁰ and UNRWA¹⁴¹ suggesting potential violations may provide concrete evidence that Israel’s actions constitute torture or inhumane treatment, likely influencing the Court’s interpretation and finding that the paragraph is being violated.

Concerning *par. (c)*, which specifically addresses the deliberate imposition of “conditions of life” calculated to result in physical destruction, there is an implicit recognition of the potential lethality of such circumstances to the targeted group. In previous cases like *Bosnia v. Serbia*, the ICJ examined similar situations, such as the siege of towns and the operation of detention camps. Despite the consequent deaths in these instances, which might suggest an expectation of destruction, the Court did not find the requisite intent to destroy the targeted group present, thus precluding that in any event the additional intent was not proved (§ 328 and § 354 *Bosnia v. Serbia*). Regarding South Africa case, the ICJ has not found violations of *par. (c)*, hence has not had to resolve the additional intent required¹⁴².

Unfortunately, the language disparities between the Court’s ruling (§ 54 *South Africa v. Israel*) and the corresponding language used in the *Myanmar*¹⁴³ might also suggest the presence of weak and contested evidence regarding genocidal intent¹⁴⁴.

Subsequent to the aforementioned, the most evident South Africa’s challenge is the ICJ’s extremely strict standard for proving genocide claims, which necessitates demonstrating specific genocidal intent based on unequivocal evidence (§ 209 *Bosnia v. Serbia* and § 178 *Croatia v. Serbia*)¹⁴⁵. In Gaza, where warnings were of imminent death, the entire population was subjected to conditions of life designed to inflict harm, with Israel controlling both entry and exit from the territory. This situation underscores the pressing need for a broad interpretation of “intent” in line with the humanitarian purpose of the Genocide Convention¹⁴⁶.

Lastly, despite the traditional focus on individual intent in cases of genocide, it is essential to consider how state actions may also contribute to the commission of such

¹⁴⁰ Amnesty, 2023.

¹⁴¹ UN News, 2024.

¹⁴² Quigley, 2024.

¹⁴³ Par. § 56 asserts “In the Court’s perspective, all the facts and circumstances outlined above (...) are adequate to establish that the rights asserted by The Gambia and for which it is seeking protection (...)”.

¹⁴⁴ Cohen & Shany, 2024.

¹⁴⁵ Cohen & Shany, 2024.

¹⁴⁶ Milanovic, 2024.

heinous crimes, challenging the notion that only individuals can be held accountable for genocide. States are not only bound by international conventions to prevent genocide but also to refrain from committing such acts themselves. Although this obligation is not explicitly outlined in the Convention, the Court in *Bosnia v. Serbia* elucidated that it can be derived from the convention's overarching purpose and the obligations set forth within it. Art. I requires states to prevent genocide, categorizing it as a "crime under international law". By agreeing to this categorization, states inherently undertake not to commit such acts. Therefore, the obligation to prevent genocide logically implies a prohibition on committing genocide themselves. This prohibition extends to situations where states have influence over individuals or groups committing such acts. Thus, states are not only obliged to prevent genocide but are also prohibited from perpetrating it (§ 166 and § 167 *Bosnia v. Serbia*). In *Bosnia v. Serbia* the Court clarifies that "state responsibility can arise under the Convention for genocide and complicity, without an individual being convicted of the crime or an associated one" (§ 182 *Bosnia v. Serbia*). Therefore, it could be argued that Israel could be charged for genocide based on its actions and obligations outlined within international law. Consequently, the world awaits with anticipation the Court's ruling on this matter, eager to find out the implications of its decision.

B. Forging pathways: The ICC's role in the conflict

The unfolding situation in Gaza resembles what has been termed an "atrocities cascade", where the scenario presents the possibility of a genocide unfolding.

The ICC plays a critical role in addressing individual responsibility for international crimes, complementing the focus of the ICJ on delineating the legal responsibility of states. This synergy between the two institutions is particularly evident in the context of the Israel-Palestine conflict, where the ICC's investigations encompass alleged crimes committed by individuals, filling a gap left by the ICJ's jurisdictional constraints¹⁴⁷.

Nevertheless, the ICC is at a crossroad, with its route entangled in the weight of political discord. The architecture of the Court's referral procedure, which allows nations to initiate investigations, frequently combines legal proceedings with geopolitical interests, making the ICC vulnerable to external influences. Against this setting, the Palestine case exemplifies the ICC's politization¹⁴⁸. The truth is, while the Prosecutor moved fast to examine alleged war crimes in Ukraine, he has done nothing to advance an

¹⁴⁷ Keitner, 2024.

¹⁴⁸ McBrien, 2023.

inquiry in Palestine, which was initiated by his predecessor but is fiercely opposed by US and Israel, none of which are ICC members.

Palestine's efforts to join the ICC commenced in 2009, initially met with hesitance from the Court's first Prosecutor due to Palestine's ambiguous statehood status. However, with the adoption of Res. 67/19 in 2012, granting Palestine non-member observer state status at the UNGA, Palestine proceeded to place a declaration accepting the ICC's jurisdiction^{149,150}. Unlike 124 other states, Israel has not ratified the Rome Statute and disputes the ICC's jurisdiction, a position that is shared by the Prime Minister Netanyahu which has persistently endeavoured to erode the credibility of the ICC, characterizing the Palestine pursuit as "pure anti-Semitism"¹⁵¹. In contrast, Palestine ratified the Rome Statute in 2015 and brought the matter to the ICC's attention¹⁵², in an attempt to obtain more political influence by threatening to prosecute Israeli officials for war crimes they had committed in the Occupied Territories¹⁵³, which made Prosecutor Fatou Bensouda initiate a Preliminary Examination in January 2015, prompted by a referral from Palestine in 2018, urging an investigation into past, ongoing, and future crimes within the jurisdictional boundaries of Palestine. According to a statement released in 2019, the Prosecutor came to the following conclusions: "(i) war crimes have been or are being committed in the West Bank, including East Jerusalem, and the Gaza Strip ("Gaza"); (ii) potential cases arising from the situation would be admissible; and (iii) there are no substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice"¹⁵⁴. Pre-Trial Chamber I later determined, in 2021, that Palestine, as a state party to the Rome Statute, had legitimately conferred jurisdiction upon the ICC, extending to the territories occupied by Israel since 1967, encompassing Gaza, the West Bank, and East Jerusalem¹⁵⁵.

Currently, the ICC is investigating alleged crimes committed by individuals implicated in the conflict, within the constraints of its contested jurisdictional scope. In February 2021, the ICC declared that the Court possessed jurisdiction over certain regions¹⁵⁶ and an investigation started in March 2021, preceding the latest eruption of hostilities, where the ICC asserts authority over international transgressions occurring

¹⁴⁹ Even though all EU nations are ICC state parties, five of them – Austria, Czechia, Germany, Hungary, and Lithuania – have rejected the Court's authority over Palestine, citing the lack of a Palestinian State and concerns about the Court being too politicized. See: Jones, 2023.

¹⁵⁰ Sadat, 2024.

¹⁵¹ Jones, 2023.

¹⁵² UN, 2023.

¹⁵³ Middle East Policy Council, s.d.

¹⁵⁴ McBrien, 2023.

¹⁵⁵ Sadat, 2024.

¹⁵⁶ McBrien, 2023.

from 2014 onwards^{157,158} and investigates into the crimes committed within what it terms the “situation in Palestine”, encompassing the Gaza War, operation “Protective Edge”¹⁵⁹. This provided Prosecutor Karim A.A. the authority to look into war crimes carried out in Palestine, including the lethal October 7 invasion into Israel by Hamas, as well as Israel’s military reaction in Gaza¹⁶⁰.

However, prior to October 29, 2023, the Prosecutor’s handling of the Palestine situation sparked concerns regarding potential double standards. Despite the severity of the situation, there was little progress in advancing the investigation, with limited allocation of resources and minimal engagement with Palestinian victims and human rights organizations. This stands in stark contrast to the Prosecutor’s proactive approach in other cases, such as Ukraine, where significant efforts were made to collect evidence and involve stakeholders¹⁶¹. Such double standards not only compromise the pursuit of justice for victims but also erode trust in the ICC’s ability to uphold the principles of impartiality and equality before the law, as enshrined in international legal instruments such as the Rome Statute and the Geneva Conventions¹⁶².

Nevertheless, the Prosecutor’s visit to Israel and Palestine in December 2023 points out the Court’s dedication to confronting fatal international crimes. The unexpected journey to Israel, despite Israel previous denials of ICC jurisdiction, highlights the Court’s commitment to fairness. The meetings with survivors, victims’ relatives, and officials from both sides demonstrate this commitment to pursue justice without bias based on nationality or ethnicity¹⁶³. The adjustment in the Prosecutor’s strategy after his visit to the region underscores the necessity for continuous scrutiny and accountability. Nevertheless, the uncertainty regarding the criteria for the standard of proof¹⁶⁴ and the selective emphasis on certain aspects of the conflict may jeopardize the integrity of the ICC’s mission¹⁶⁵.

In fact, Karim Khan made it clear that these atrocities fall under the jurisdiction of the ICC¹⁶⁶. The ICC has jurisdiction over crimes committed on Palestinian territory if

¹⁵⁷ While the Biden administration started providing the ICC with evidence of claimed Russian war crimes in Ukraine in July, the US and Israel have continued to oppose the investigation in Palestine. See: McBrien, 2023.

¹⁵⁸ Keitner, 2024.

¹⁵⁹ UN, 2023.

¹⁶⁰ Jones, 2023.

¹⁶¹ Mariniello, 2024.

¹⁶² Euro-Med Human Rights Monitor, 2024.

¹⁶³ ICC, 2023.

¹⁶⁴ The Prosecutor has emphasized that he will not hesitate to fulfil his mandate once the evidence meets the standard of a “realistic prospect of conviction”. However, by establishing this threshold, Karim Khan seems to be introducing a new standard of proof when applying for arrest warrants or summons to appear, which lacks legal foundation in both the Rome Statute and the Rules of Procedure and Evidence. See: The Guardian, 2023.

¹⁶⁵ Mariniello, 2024.

¹⁶⁶ Justice in Conflict, 2023.

Israeli officials directed, carried out, or participated in those crimes, given that the Oslo Accords, rejected by President Abbas, current president of the Palestinian National Authority since 2005, removed the Palestinian Authority's criminal jurisdiction over Israeli citizens. As a result, the only forum available for the investigation and prosecution of Israeli citizens charged with crimes covered by the ICC is the ICC itself¹⁶⁷.

While ongoing debate persists regarding the classification of the conflict as either non-international (considering that Hamas is a non-state actor) or international (considering that Israel is an occupying power), the ICC's jurisdiction encompasses both scenarios¹⁶⁸.

Firstly, based on available data, the October 7 strike by Hamas terrorists constitute egregious violations of human dignity and are likely to be classified as war crimes, crimes against humanity, and possibly genocide under international criminal law. The killings and kidnappings perpetrated by Hamas members violate Art. 8 of the Rome Statute and customary international law, which prohibit targeting innocent civilians and taking hostages (Art. 8(2)(a)(viii) and (b)(i) RS). The coordinated nature of the attacks, involving extensive planning and simultaneous actions across multiple locations, suggests a systematic and widespread campaign against the civilian population, meeting the criteria for crimes against humanity (Art. 7 RS)¹⁶⁹. Nevertheless, Israel is the one with the authority to bring charges of terrorism¹⁷⁰. This implies that while the ICJ lacks jurisdiction over the actions of Hamas during that period, those actions may fall under the ICC's purview¹⁷¹. Karim Khan stated on December 3, 2023, that the "attacks against innocent Israeli civilians on October 7 represent some of the most serious international crimes that shock the conscience of humanity, crimes which the ICC was established to address"¹⁷². In order to prove crimes against humanity, the Prosecutor needs to show that the attack was a component of a larger, deliberate campaign against civilians that was carried out in accordance with organizational policy. This calls for demonstrating a consistent pattern of behaviour, which could be difficult to do, especially when linking senior Hamas figures to particular acts, especially since the co-perpetration theory, which the ICC uses, requires a close connection between commanders and crimes carried out on the ground. As has been noted, demonstrating intent in charges of genocide is challenging¹⁷³, therefore, while some of the October 7

¹⁶⁷ Sadat, 2024.

¹⁶⁸ Sadat, 2024.

¹⁶⁹ Ohlin, 2023.

¹⁷⁰ Sadat, 2024.

¹⁷¹ Sagoo, 2024.

¹⁷² Freidson, 2023.

¹⁷³ Ohlin, 2023.

attacks may come to fit the definition of genocide, proving specific intent and a clear pattern of such behaviour may be difficult to prove¹⁷⁴.

Regarding *South Africa v. Israel*, the Israeli officials' declarations supporting policies like the "voluntary migration" of Palestinians and a "complete siege" of Gaza, along with the way the conflict is being fought, raise questions about possible intent in genocide or ethnic cleansing. In the context of genocide, ethnic cleansing often involves implementing a policy aimed at rendering an area ethnically homogeneous through force or intimidation, as indicated by the UNCE (§ 190 *Bosnia v. Serbia*). Despite not being explicitly defined in the Genocide Convention, it can potentially constitute genocide if it aligns with the acts prohibited by Art. II of the Convention and is carried out with the specific intent to destroy the targeted group (§ 190 *Bosnia v. Serbia*). While ethnic cleansing typically falls under the category of crimes against humanity, it can escalate to genocide if it leads to the commission of objective elements outlined in Art. 6 of the Statute and the Elements of Crimes, coupled with the specific intent to destroy the targeted group (§ 145 *Prosecutor v. Omar Al Bashir*). Hence, it is conceivable that upon evaluation, the ICJ may assert that Israel, falling into either category, will ultimately be held accountable for the crime of genocide. As the ICC Prosecutor's jurisdiction extends beyond the Genocide Convention, the statements made by Israeli leaders may also indicate failures to prevent or punish a broader range of international crimes committed by forces under their control leading to various war crimes and crimes against humanity¹⁷⁵. Nevertheless, the attacks on minority communities and the disproportionate impact on Gaza's most vulnerable inhabitants highlight how serious the situation is, drawing parallels to previous genocides like the *Srebrenica* tragedy¹⁷⁶. Therefore, if the perpetrators acted with genocidal intent, seeking to destroy the Palestinian population in Gaza, the attacks could also amount to genocide under the Genocide Convention and Art. 6 of the Rome Statute. Additionally, modes of liability such as command responsibility, indirect perpetration, and accomplice liability may also apply to individuals involved in planning, facilitating, or carrying out the attacks (Art. 25 RS)¹⁷⁷.

In conclusion, the deteriorating humanitarian situation in Gaza, along with South Africa's subsequent requests for additional measures from the ICJ and the Court's more extensive modified ruling, might potentially put greater pressure on the ICC¹⁷⁸. Although the ICJ's assessment of likely Genocide Convention violations might not be legally

¹⁷⁴ Justice in Conflict, 2023.

¹⁷⁵ Galand & Muller, 2024.

¹⁷⁶ Sadat, 2024.

¹⁷⁷ Ohlin, 2023.

¹⁷⁸ Galand & Muller, 2024.

relevant, it might have an impact on how the ICC decides whether to issue arrest warrants. According Rome Statute's Art. 58, the ICC is only authorized to issue an arrest warrant in the event that there exist "reasonable grounds to believe" that a person has committed a crime within its jurisdiction¹⁷⁹, which aligns with the "reasonable suspicion" benchmark used by the ECHR, emphasizing the need for verifiable and objective evidence to justify suspicion and reflecting the requirements of Art. 5(1)(c) of the ECHR. Karim Khan could consider the weight given to the statements by the ICJ when deciding whether to request arrest warrants against the individuals under Art. 25(3)(e) of the Rome Statute, depending on the perceived directness of the incitement¹⁸⁰.

The world's eyes are observing the Court's contrasting stances, as an arrest warrant is issued for President Putin of Russia by the ICC, while uncertainty covers the potential for one to be issued for Prime Minister Netanyahu, casting shadows of critiques upon the ICC's passive posture. It is imperative that the Prosecutor explicitly states that it has closely monitored the ICJ's proceedings and its determination regarding the likelihood of genocidal actions occurring or about to occur. Karim Khan needs to assert that the Court should handle the Palestine situation with the same determination it applies to other investigations, even if faced with objections from influential third parties like the US and other states parties to the Rome Statute. Prioritizing a "cordial relationship" with the US over fulfilling its duty could damage the ICC's reputation as an impartial and independent body¹⁸¹. In a recent statement, Judge Tomoko Akane, the recently appointed head of the ICC, said that "no matter the circumstances or political background, we must issue (the arrest warrant) as long as there is evidence and a need"¹⁸².

¹⁷⁹ Galand & Muller, 2024.

¹⁸⁰ Galand & Muller, 2024.

¹⁸¹ Mariniello, 2024.

¹⁸² Galand & Muller, 2024.

Conclusion

The case of Palestine and Israel unfolds as a historical accusation. From the disputed sovereignty over occupied territories to South Africa's bold move to protect Palestinian rights in the ICJ, each chapter reveals layers of complexity. It is notable how the ICJ, as the arbiter of international disputes, navigates through the labyrinth of legal arguments and political sensitivities. Particularly intriguing is the evolution of judicial opinions within the Court, evidenced by shifting perspectives in recent provisional measures which reflects the rising intensity of the conflict and underscores the Court's role as a barometer of global tensions. Notably, while refraining from deciding on the question of genocide, the ICJ acknowledged the plausibility of South Africa's claims, a statement of profound significance in the context of the conflict. Moreover, the ICC stands as a fundamental pillar in the pursuit of justice and responsibility. Despite politicization and external pressures, the ICC must uphold its mandate to prosecute responsables for egregious crimes, transcending geopolitical divisions for the sake of global justice. In the realm of genocide, the concept of intent presents a robust challenge, particularly when applied to state actors rather than individuals. The difficulty lies in demonstrating intent within the context of state policies and actions, as the parameters were originally conceived for individual culpability. Thus, as the conflict unfolds and legal proceedings continue, the question remains as to how intent can be effectively demonstrated in cases involving states and what implications does this hold for the threshold of accountability in international law.

The truth is, this legal dispute reveals itself as a disturbing reality being broadcasted, in which the atrocities of genocide unfold before our eyes, challenging humanity's moral conscience in the twenty-first century. Beyond statutes and jurisprudence, it exposes the fundamental dilemma inherent in our collective duty for the suffering of others and forces us to address the recurring dilemma of how we, as individuals and societies, deal with the echoes of history's darkest chapters while navigating the muddy waters of geopolitical loyalty.

To conclude, warfare is far from a trivial game. In the grand theatre of international conflicts, each move is similar to a delicate step in a ballet or a calculated manoeuvre in a game of chess. Just as every graceful leap or strategic pawn placement carries profound significance in shaping the outcome, so too do the actions judicial bodies and nations in the arena of global affairs. Each legal decision and each policy is imbued with the potential to alter the course of history, to tip the scales of justice one way or another. Yet, amidst this intricate interplay, it is crucial to remember the human cost and the lives at stake. Behind the diplomatic manoeuvres and geopolitical strategies lie real people, real communities, whose fates are intertwined with the outcome of these

high-stakes games. As discussions surrounding this verdict unfold and various perspectives emerge, it is imperative for individuals to delve into the insightful analyses provided by the ICJ and the Judges, particularly in a case as emotionally and politically charged as this one.

Bibliography

- Adopting Resolution 2712 (2023), Security Council calls for 'urgent and extended' humanitarian pauses in Gaza, immediate release of hostages.* (2023, November 15). Retrieved from Meetings Coverage and Press Releases: <https://press.un.org/en/2023/sc15496.doc.htm>.
- Al Jazeera English.* (2024, April 10). Retrieved from <https://www.instagram.com/aljazeeraenglish/>.
- Aljazeera (2017, July 6). *ICC: S Africa broke rules by failing to arrest Bashir*. Retrieved from Aljazeera: <https://www.aljazeera.com/news/2017/7/6/icc-s-africa-broke-rules-by-failing-to-arrest-bashir>.
- BEAUCHAMP, Z. (2023, October 7). *Why did Hamas invade Israel?* Retrieved from Vox: <https://www.vox.com/2023/10/7/23907323/israel-war-hamas-attack-explained-southern-israel-gaza>.
- BLINKEN, A. J. (2021, March 3). *The United States opposes the ICC investigation into the Palestinian situation.* Retrieved from U.S. Department of State: <https://www.state.gov/the-united-states-opposes-the-icc-investigation-into-the-palestinian-situation/>.
- COHEN, A., & SHANY, Y. (2024, February 1). *Between rhetoric and effects: The ICJ provisional measures order in South Africa v. Israel.* Retrieved from Just Security: <https://www.justsecurity.org/91728/between-rhetoric-and-effects-the-icj-provisional-measures-order-in-south-africa-v-israel/>.
- CONFLICT, J. i. (2023, October 16). *The World Court and the spectre of genocide: The ICC is not the only Hague court with jurisdiction over Gaza.* Retrieved from Justice in Conflict: <https://justiceinconflict.org/2023/10/16/the-world-court-and-the-spectre-of-genocide-the-icc-is-not-the-only-hague-court-with-jurisdiction-over-gaza/>.
- COUNCIL, M. E. (n.d.). *Palestine joins the International Criminal Court.* Retrieved from Middle East Policy Council: <https://mepc.org/commentary/palestine-joins-international-criminal-court>.
- Everything you need to know about the UN ceasefire resolution.* (2024, March 28). Retrieved from letstalkpalestine: <https://www.instagram.com/p/C5D7tsYtMlK/>.
- FRANKEL, J. (2024, April 6). *Half a year into the war in Gaza, here's a look at the conflict by the numbers.* Retrieved from APNews: <https://apnews.com/article/israel-hamas-gaza-war-statistics-95a6407fac94e9d589be234708cd5005>.
- FREIDSON, Y. (2023, December 3). *ICC Prosecutor calls Oct. 7 Hamas attack on Israelis 'serious international crimes'.* Retrieved from Haaretz: <https://www.haaretz.com/israel-news/2023-12-03/ty-article/icc-prosecutor-calls-oct-7-hamas-attack-on-israelis-serious-international-crimes/0000018c-3069-da74-afce-b5f926bb0000>.
- GALAND, A. S., & MULLER, W. (2024, April 5). *The ICJ's findings on plausible genocide in Gaza and its implications for the International Criminal Court.* Retrieved from OpinioJuris: <http://opiniojuris.org/2024/04/05/the-icjs-findings-on-plausible-genocide-in-gaza-and-its-implications-for-the-international-criminal-court/>.

- Gaza: Security Council passes resolution demanding ‘an immediate ceasefire’ during Ramadan.* (2024, March 25). Retrieved from UN News: <https://news.un.org/en/story/2024/03/1147931>.
- GEHANI, B. (2024, February 16). *Is the ICJ’s standard of proof for genocide unattainable?* Retrieved from Research Society of International Law: <https://rsilpak.org/2024/is-the-icjs-standard-of-proof-for-genocide-unattainable/>.
- General Assembly elects five judges to International Court of Justice.* (2023, November 9). Retrieved from Meetings Coverage and Press Releases: <https://press.un.org/en/2023/ga12559.doc.htm>.
- GOODMAN, R., & WATT, S. (2024, January 26). *Unpacking the Int’l Court of Justice judgment in South Africa v Israel (genocide case).* Retrieved from Just Security: <https://www.justsecurity.org/91486/icj-judgment-israel-south-africa-genocide-convention/>.
- GUARDIAN, T. (2023, November 10). *We are witnessing a pandemic of inhumanity: to halt the spread, we must cling to the law.* Retrieved from The Guardian: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/nov/10/law-israel-hamas-international-criminal-court-icc>.
- GURMENDI, A. (2024, March 29). *Comparing the ICJ’s provisional measures orders in South Africa v. Israel.* Retrieved from OpinioJuris: <https://opiniojuris.org/2024/03/29/comparing-the-icjs-provisional-measures-orders-in-south-africa-v-israel/>.
- HACHEM, A., & HATHAWAY, O. (2024, January 4). *The promise and risk of South Africa’s case against Israel.* Retrieved from Just Security: <https://www.justsecurity.org/91000/the-promise-and-risk-of-south-africas-case-against-israel/>.
- HENDERSON, C. (2024, February 29). *The ICJ, provisional measures, and the right of self-defence: The unspoken relevance of jus cogens?* Retrieved from OpinioJuris: <https://opiniojuris.org/2024/02/29/the-icj-provisional-measures-and-the-right-of-self-defence-the-unspoken-relevance-of-jus-cogens/>.
- ICC. (2023, December 3). *ICC prosecutor, Karim A. A. Khan KC, concludes first visit to Israel and State of Palestine by an ICC prosecutor: “We must show that the law is there, on the front lines, and that it is capable of protecting all”.* Retrieved from International Criminal Court: <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-khan-kc-concludes-first-visit-israel-and-state-palestine-icc-prosecutor>.
- ICJ. (n.d.). *Frequently asked questions.* Retrieved from International Court of Justice: <https://icj-cij.org/frequently-asked-questions/>.
- International Court of Justice.* (2022, December 30). Retrieved from <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20230117-REQ-01-00-EN.pdf>.
- International Court orders Russia to ‘immediately suspend’ military operations in Ukraine.* (2022, March 22). Retrieved from UN News: <https://news.un.org/en/story/2022/03/1114052>.

- INTERNATIONAL, A. (2023, November 8). *Israel/OPT: Horrifying cases of torture and degrading treatment of Palestinian detainees amid spike in arbitrary arrests*. Retrieved from Amnesty International: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2023/11/israel-opt-horrifying-cases-of-torture-and-degrading-treatment-of-palestinian-detainees-amid-spike-in-arbitrary-arrests/>
- International, A. (2023, December 21). *Israel/OPT: urgently investigate inhumane treatment and enforced disappearance of Palestinians detainees from Gaza*. Retrieved from Amnesty International: <https://www.amnesty.org.au/israel-opt-urgently-investigate-inhumane-treatment-and-enforced-disappearance-of-palestinians-detainees-from-gaza/>.
- International, A. (2024, January 26). *Israel must comply with key ICJ ruling ordering it do all in its power to prevent genocide against Palestinians in Gaza*. Retrieved from Amnesty International: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2024/01/israel-must-comply-with-key-icj-ruling-ordering-it-do-all-in-its-power-to-prevent-genocide-against-palestinians-in-gaza/>.
- JADHAV, L., RAVEY, K., HENDERSON, J., & PATEL, A. (2024, January 10). *The Gaza genocide case: A comprehensive overview of South Africa's legal battle with Israel at the International Court of Justice*. Retrieved from Law For Palestine: <https://law4palestine.org/the-gaza-genocide-case-a-comprehensive-overview-of-south-africas-legal-battle-with-israel-at-the-international-court-of-justice-highlights-and-faqs/>.
- JONES, M. G. (2023, December 11). *The Hague court wants to probe war crimes in Israel and Gaza. Where does Europe stand?* Retrieved from Euronews.: <https://www.euronews.com/my-europe/2023/12/11/the-hague-court-wants-to-probe-war-crimes-in-israel-and-gaza-where-does-europe-stand>.
- KILAVUZ, I. F. (2024, April 2). *Nicaragua's ICJ genocide case exposes Germany's amoral stance*. Retrieved from Middle East Monitor: <https://www.middleeastmonitor.com/20240402-nicaraguas-icj-genocide-case-exposes-germanys-amoral-stance/>.
- KEITNER, C. (2024, January 26). *Making sense of the ICJ's provisional measures in South Africa v. Israel*. Retrieved from LAWFARE: <https://www.lawfaremedia.org/article/making-sense-of-the-icj%27s-provisional-measures-in-south-africa-v.-israel>.
- KEITNER, C. (2024, April 2). *The ICJ's modified provisional measures order in South Africa v. Israel*. Retrieved from Lawfare: <https://www.lawfaremedia.org/article/the-icj-s-modified-provisional-measures-order-in-south-africa-v.-israel>.
- KEITNER, C. (2024, January 16). *Understanding South Africa v. Israel at the International Court of Justice*. Retrieved from Lawfare: <https://www.lawfaremedia.org/article/understanding-south-africa-v.-israel-at-the-international-court-of-justice>.
- KNIGHT, S. (n.d.). *ICJ judge Julia Sebutinde dissents against emergency measures requested by South Africa in Israel-Gaza genocide case*. Retrieved from The DC Weekly: <https://dcweekly.org/2024/01/26/icj-judge-julia-sebutinde-dissents-against-emergency-measures-requested-by-south-africa-in-israel-gaza-genocide-case/>.

- KRISCH, N. (2024, January 27). *Speaking the law, plausibly: The International Court of Justice on Gaza*. Retrieved from EJIL:Talk!: <https://www.ejiltalk.org/speaking-the-law-plausibly-the-international-court-of-justice-on-gaza/>.
- LAWAL, S. (2024, January 12). *ICJ genocide case: What are Israel's arguments and do they hold up?* Retrieved from Aljazeera: <https://www.aljazeera.com/news/2024/1/12/icj-genocide-case-what-are-israels-main-arguments>.
- LAWAL, S. (2024, January 12). *What is South Africa's five-point ICJ argument against Israel?* Retrieved from Aljazeera: <https://www.aljazeera.com/news/2024/1/12/icj-genocide-case-south-africas-five-point-argument-against-israel>.
- LEVI, D. F., & D. M. (2020). *My own liberator: A conversation with Dikgang Moseneke*. Retrieved from Judicature: <https://judicature.duke.edu/articles/my-own-liberator-a-conversation-with-dikgang-moseneke/>.
- Lusa. (2024, March 12). *Morreram mais crianças em quatro meses em Gaza do que em quatro anos de guerras no mundo*. Retrieved from Público: <https://www.publico.pt/2024/03/12/mundo/noticia/morreram-criancas-quatro-meses-gaza-quatro-anos-guerras-mundo-2083474>.
- MARINIELLO, T. (2024, January 3). *The ICC prosecutor's double standards in the time of an unfolding genocide*. Retrieved from OpinioJuris: <https://opiniojuris.org/2024/01/03/the-icc-prosecutors-double-standards-in-the-time-of-an-unfolding-genocide/>.
- MASRI, M. (2024, January 11). *Aharon Barak and Israel's legal illegality*. Retrieved from Aljazeera: <https://www.aljazeera.com/opinions/2024/1/11/aharon-barak-and-israels-legal-illegality>.
- MCBRIEN, T. (2023, October 16). *Where does the ICC Palestine investigation stand?* Retrieved from Lawfare: <https://www.lawfaremedia.org/article/where-does-the-icc-palestine-investigation-stand>.
- MILANOVIC, M. (2024, January 26). *ICJ indicates provisional measures in South Africa v. Israel*. Retrieved from EJIL:Talk!: <https://www.ejiltalk.org/icj-indicates-provisional-measures-in-south-africa-v-israel/>.
- MONITOR, E.-M. H. (2024, March 7). *ICC prosecutor shows clear double standard when dealing with situation in Palestine*. Retrieved from Euro-Med Human Rights Monitor: <https://euromedmonitor.org/en/article/6209/ICC-Prosecutor-shows-clear-double-standard-when-dealing-with-situation-in-Palestine>.
- MUREITHI, C. (2022, March 2022). *How African countries voted on Russia's invasion of Ukraine*. Retrieved from Quartz: <https://qz.com/africa/2138584/how-african-countries-voted-on-russias-invasion-of-ukraine>.
- News, U. (2022, March 16). *International Court orders Russia to 'immediately suspend' military operations in Ukraine*. Retrieved from UN News: <https://news.un.org/en/story/2022/03/1114052>.

- NOLLKAEMPER, A., D'ASPREMONT, J., AHLBORN, C., BOUTIN, B., NEDESKI, N., PLAKOKEFALOS, I., & JACOBS, D. (2020). *Guiding principles on shared responsibility in international law* (vol. 31). Oxford University Press on behalf of EJIL Ltd.
- O'DELL, H. (2024, January 26). *Why one ICJ judge voted against every approved provisional measure in South Africa's genocide case against Israel*. Retrieved from Bluemarble: <https://globalaffairs.org/bluemarble/icj-judge-sebutinde-voted-against-provisional-measure-south-africa-genocide-case-israel>
- OHLIN, J. D. (2023, October 12). *International criminal law analysis of the situation in Israel*. Retrieved from OpinioJuris: <https://opiniojuris.org/2023/10/12/international-criminal-law-analysis-of-the-situation-in-israel/>.
- POLAKOW-SURANSKY, S. (2024, February 1). *What South Africa really won at the ICJ*. Retrieved from Foreign Policy: <https://foreignpolicy.com/2024/02/01/south-africa-israel-gaza-genocide-icj-global-south-ukraine/>.
- QUIGLEY, J. B. (2024, March 14). *Legal standard for genocide intent: An uphill climb for Israel in Gaza suit*. Retrieved from EJIL:Talk!: <https://www.ejiltalk.org/legal-standard-for-genocide-intent-an-uphill-climb-for-israel-in-gaza-suit/>.
- RAMOS, D. D. (2024, April 1). *Vinculativa ou não? A Resolução 2728 do Conselho de Segurança das Nações Unidas*. Retrieved from Público: https://www.publico.pt/2024/04/01/opiniao/opiniao/vinculativa-nao-resolucao-2728-conselho-seguranca-nacoes-unidas-2085519?fbclid=IwAR1ptCtMTGRJqobxkmKszXE1S2njhJlgrOdoAinpoYlMd3u05GF232lvxk_aem_ASb4lzzw7jC2h5Jk8DQkfrW5L2SBwF3_dNbGXYM5G36oog2X1vmS5h1KX15.
- Reuters. (2024, January 28). *Uganda says judge's dissent from World Court ruling on Israel does not reflect its position*. Retrieved from U.S.News: <https://www.usnews.com/news/world/articles/2024-01-28/uganda-says-judges-dissent-from-world-court-ruling-on-israel-does-not-reflect-its-position>.
- RIACHI, S. (2024, February 20). *Breaking boundaries: Nawaf Salam becomes the first Lebanese President of the International Court of Justice*. Retrieved from American University of Beirut (AUB): <https://sites.aub.edu.lb/outlook/2024/02/20/breaking-boundaries-nawaf-salam-becomes-the-first-lebanese-president-of-the-international-court-of-justice/>.
- ROSENNE, S., & D. GILL, T. (1989). *The World Court, What it is and how it works*. Martinus Nijhoff Publishers.
- ROSTOW, N. (2024, January 17). *Revisiting international law in the Gaza context*. Retrieved from Just Security: https://www.justsecurity.org/91258/revisiting-international-law-in-the-gaza-context/#_ftn1.
- SÁ COUTO, S. (2007). *Reflections on the judgment of the International Court of Justice in Bosnia's genocide case against Serbia and Montenegro*. Retrieved from Human Rights Brief: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=hrbrief>.

- SADAT, L. (2024, January 25). *Explainer: The Israel-Hamas war and the International Criminal Court*. Retrieved from Jurist: <https://www.jurist.org/features/2024/01/25/explainer-the-israel-hamas-war-and-the-international-criminal-court/>.
- SAGOO, R. (2024, January 26). *South Africa's genocide case against Israel: The International Court of Justice explained*. Retrieved from Chatham House: <https://www.chathamhouse.org/2024/01/south-africas-genocide-case-against-israel-international-court-justice-explained>.
- Security Council adopts key resolution on Gaza crisis; Russia, US abstain*. (2023, December 22). Retrieved from UN News: <https://news.un.org/en/story/2023/12/1145022>.
- SHANY, Y., & COHEN, A. (2024, January 16). *South Africa vs. Israel at the International Court of Justice: a battle over issue-framing and the request to suspend the war*. Retrieved from Just Security: <https://www.justsecurity.org/91262/south-africa-vs-israel-at-the-international-court-of-justice-a-battle-over-issue-framing-and-the-request-to-suspend-the-war/>.
- Srebrenica Genocide Victims' long fight for justice*. (n.d.). Retrieved from Council of Europe: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/thematic-work/transitional-justice/srebrenica>.
- STAFF, T. (2024, January 8). *As allies fume, Netanyahu defends tapping right-wing bogeyman Barak for ICJ case*. Retrieved from The Times of Israel: <https://www.timesofisrael.com/as-allies-fume-netanyahu-defends-tapping-right-wing-bogeyman-barak-for-icj-case/>.
- State of Palestine – ICC-01/18*. (n.d.). Retrieved from International Criminal Court: <https://www.icc-cpi.int/palestine>.
- Statement of ICC Prosecutor Karim A. A. Khan KC from Cairo on the situation in the State of Palestine and Israel*. (2023, October 30). Retrieved from International Criminal Court: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-khan-kc-cairo-situation-state-palestine-and-israel>.
- STERIO, M. (2024, January 27). *The ICJ's provisional measures order in the South Africa v. Israel case: Unsurprising; politically and legally significant*. Retrieved from OpinioJuris: <https://opiniojuris.org/2024/01/27/the-icjs-provisional-measures-order-in-the-south-africa-v-israel-case-unsurprising-politically-and-legally-significant/>.
- TALMON, S. (2024, January 15). *Germany rushes to declare intention to intervene in the genocide case brought by South Africa against Israel before the International Court of Justice*. Retrieved from GPIL - German Practice in International Law: <https://gpil.jura.uni-bonn.de/2024/01/germany-rushes-to-declare-intention-to-intervene-in-the-genocide-case-brought-by-south-africa-against-israel-before-the-international-court-of-justice/>.
- UN. (1982). *the legal status of the West Bank and Gaza*. Retrieved from United Nations - The Question of Palestine: <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-203742/>.

- UN. (2023, November 17). *Israel-Palestine: The role of international justice*. Retrieved from United Nations | Regional Information Centre for Western Europe: <https://unric.org/en/israel-palestine-the-role-of-international-justice/>.
- UN General Assembly votes by large majority for immediate humanitarian ceasefire during emergency session. (2023, December 12). Retrieved from UN News: <https://news.un.org/en/story/2023/12/1144717>.
- UN News. (2024, April 17). Retrieved from 'Insidious campaign' by Israel is denying lifesaving aid to Gaza says UNRWA chief: <https://news.un.org/en/story/2024/04/11486760>.
- UNRWA. (2024, April 4). *UNRWA Situation Report #99 on the situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem*. Retrieved from United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East: <https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-99-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-jerusalem>.
- WELLER, M. (2024, January 10). *Does the ICJ have the legal authority to pronounce itself on the right to self-defence?* Retrieved from EJIL:Talk!: <https://www.ejiltalk.org/does-the-icj-have-the-legal-authority-to-pronounce-itself-on-the-right-to-self-defence/>.
- WHO. (2023, December 21). *Lethal combination of hunger and disease to lead to more deaths in Gaza*. Retrieved from World Health Organization: <https://www.who.int/news/item/21-12-2023-lethal-combination-of-hunger-and-disease-to-lead-to-more-deaths-in-gaza>.
- WILMSHURST, E. (2005, October). *Principles of international law on the use of force by States in self-defence*. Retrieved from Chatham House: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2005-10-01-use-force-states-self-defence-wilmshurst.pdf>.
- ZHOU, L. (2023, October 20). *The argument that Israel practices apartheid, explained*. Retrieved from Vox: <https://www.vox.com/23924319/israel-palestine-apartheid-meaning-history-debate>.

UN Official Documents

- United Nations General Assembly. *Resolution 181/1947 of 29 November 1947*. <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nro/o38/88/pdf/nroo3888.pdf?token=07pX9JDXNjNLG2rf73&fe=true>.
- United Nations General Assembly. *Resolution 2535 (XXIV) of 10 December 1969*. <https://digitallibrary.un.org/record/645799?v=pdf>.
- United Nations General Assembly. *Resolution 2628 (XXV) of 4 November 1970*. <https://digitallibrary.un.org/record/201691?v=pdf>.
- United Nations General Assembly. *Resolution 2672 (XXV) of 8 December 1970*. <https://digitallibrary.un.org/record/645551?v=pdf>.

United Nations General Assembly. *Resolution 2949 (XXVII) of 8 December 1972.*
<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nro/269/79/pdf/nro26979.pdf?token=XoEnfaovvujx2bAv7p&fe=true>.

United Nations General Assembly. *Resolution 3089 (XXVIII) of 7 December 1973.*
<https://digitallibrary.un.org/record/642293?v=pdf>.

United Nations General Assembly. *Resolution 32/20 of 25 November 1977.*
<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nro/312/55/pdf/nro31255.pdf?token=xCqWRVVt5OURFsrOH&fe=true>.

United Nations General Assembly. *Resolution 3210 (XXIX) of 14 October 1974.*
<https://digitallibrary.un.org/record/189832?v=pdf>.

United Nations General Assembly. *Resolution 3236 (XXIX) of 22 November 1974.*
<https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2016/05/ARES3236XXIX.pdf>.

United Nations General Assembly. *Resolution 33/29 of 7 December 1978.*
<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nro/360/62/pdf/nro36062.pdf?token=156sOWqZVa9psU1Hfi&fe=true>.

United Nations General Assembly. *Resolution 3375 (XXX) of 10 November 1975.*
<https://digitallibrary.un.org/record/199832?v=pdf>.

United Nations General Assembly. *Resolution 35/169 of 15 December 1980.*
<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nro/391/88/pdf/nro39188.pdf?token=WAKEb5WmsOAcKz1ulD&fe=true>.

United Nations General Assembly. *Resolution 377 of 3 November 1950.*
[https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf).

United Nations General Assembly. *Resolution 77/247 of 30 December 2022.*
https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2023/01/A.RES_.77.247_301222.pdf.

United Nations General Assembly. *Resolution A/ES-10/L.27 of 12 December 2023.*
<https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/n23/397/09/pdf/n2339709.pdf?token=b7wgdvYR63s4u9Fj74&fe=true>.

United Nations General Assembly. *Resolution A/RES/77/208 of 15 December 2022.*
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/761/17/pdf/n2276117.pdf?token=PK8io4L1YiNtVSxPYo&fe=true>.

United Nations General Assembly. *Resolution A/RES/ES-10/21 of 27 October 2023.*
<https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/n23/327/02/pdf/n2332702.pdf?token=qnl0o5tyKutKnESCro&fe=true>.

United Nations General Assembly. *Resolution ES-10/14 of 8 December 2003.*
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/no3/646/93/pdf/no364693.pdf?token=elitCW37uhYZKRyZKO&fe=true>.

United Nations General Assembly. *Resolution ES-7/2 of 29 July 1980.*
<https://digitallibrary.un.org/record/14206?v=pdf>.

United Nations General Assembly. *Resolution ES/11-1 of 2 March 2022.*
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/293/36/pdf/n2229336.pdf?token=gz4XVOMSzaust9hK3F&fe=true>.

United Nations Security Council. *Resolution 2728 of 25 March 2024*.
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/o80/81/pdf/n2408081.pdf?token=5Pky4m4udVQ7lQvQrH&fe=true>.

United Nations Security Council. *Resolution 465 of 1 March 1980*.
[https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FRES%2F465\(1980\)&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False](https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FRES%2F465(1980)&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False).

United Nations. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)*.
https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

Jurisprudence

International Court of Justice. *Armenia v. Azerbaijan (2023)*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/180/180-20231117-ord-01-00-en.pdf>.

International Court of Justice. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro (2007)*.
<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>.

International Court of Justice. *Costa Rica v. Nicaragua (2011)*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/150/150-20110308-ORD-01-00-EN.pdf>.

International Court of Justice. *Costa Rica v. Nicaragua, Separate Opinion of Judge Koroma of 8 March 2011*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/150/150-20110308-ORD-01-01-EN.pdf>.

International Court of Justice. *Croatia v. Serbia (2015)*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/118/118-20150203-JUD-01-00-EN.pdf>.

International Court of Justice. *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda (2006)*.
<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf>.

International Court of Justice. *Germany v. United States of America (2001)*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>.

International Court of Justice. *Nicaragua v. United States of America (1986)*. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/6505.pdf?__cf_chl_tk=oSHfYWcxodqlGHTnYDyEnNI7qNFx8BNMd2J3H9hkZ80-1745243372-1.0.1.1u0TuAR_lTjZMr8XF09oMmpL5ICT5sx6q087ZbsQq8pY.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel (2023)*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Application for Permission to Intervene by the Government of The Republic of Nicaragua of 23 January 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240123-int-01-00-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Declaration of Judge Xue of 26 January 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-01-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Declaration of Judge Bhandari of 26 January 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-03-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Declaration Opinion of Judge Nolte of 26 January 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-04-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Declaration President Salam of 28 March 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-01-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Declaration of Judge Nolte of 28 March 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-04-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Declaration of Judge Yusuf of 28 March 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-02-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Declaration Opinion of Judge Charlesworth of 28 March 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-05-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde of 26 January 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-02-enc.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Joint Declaration of Judges Xue, Brant, Gómez Robledo and Tladi of 28 March 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-03-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Separate Opinion of ad hoc Judge Barak of 26 January 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-05-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Separate Opinion of ad hoc Judge Barak of 28 March 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-06-en.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Verbatim Record of 11 January 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240111-ora-01-00-bi.pdf>.

International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Verbatim Record of 12 January 2024*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240112-ora-01-00-bi.pdf>.

International Court of Justice. *The Gambia v. Myanmar (2020)*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>.

International Court of Justice. *Timor-Leste v. Australia, Dissenting Opinion of Judge Greenwood of 3 March 2014*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/156/156-20140303-ORD-01-03-EN.pdf>.

International Court of Justice. *Ukraine v. Russian Federation (2017)*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/166/166-20170419-ORD-01-00-EN.pdf>.

International Criminal Court. *Pre-Trial Chamber, Prosecutor v. Omar Al Bashir (2009)*. <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/05-01/09-3>.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *Trial Chamber, Prosecutor v. Zdravko Tolimir (2012)*. <https://www.icty.org/en/press/zdravko-tolimir-sentenced-life-imprisonment-srebrenica-and-%C5%BEpa-crimes>.

Legislation

International Court of Justice. *Rules of the Court (1978)*. <https://www.icj-cij.org/rules>.

International Criminal Court. *Rome Statute of the International Criminal Court (1998)*. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>.

International Humanitarian Law Databases (ICRC). *Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land (1907)*. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907?activeTab=undefined>.

United Nations. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice (1945)*. <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>.

United Nations. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948)*. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf.

United Nations. *IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949)*. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.33_GC-IV-EN.pdf.

**O reenvio prejudicial à luz da recente jurisprudência do
tribunal de justiça: O papel do mecanismo de cooperação no
âmbito da crise do Estado de Direito**

Rui Nuno de Castro Pinheiro

Sob orientação da Professora
Doutora Sofia Oliveira Pais

Agradecimentos

À minha família, pela confiança depositada e pelos sacrifícios realizados em prol da minha educação.

Aos amigos, pelo apoio incessante ao longo do meu percurso académico.

Um agradecimento especial à Professora Doutora Sofia Pais, por toda a atenção disponibilizada durante a realização desta dissertação.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AG	Advogado Geral
Art.	Artigo
ASJP	Associação Sindical dos Juízes Portugueses
CDF	Carta dos Direitos Fundamentais
CRP	Constituição da República Portuguesa
DUE	Direito da União Europeia
ELSJ	Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça
EM	Estados-Membros
KRS	Conselho Nacional de Magistratura Polaco
MDE	Mandado de Detenção Europeu
ONGs	Organizações Não Governamentais
PE	Parlamento Europeu
PiS	Partido Lei e Justiça
PRR	Plano de Recuperação e Resiliência
SD	Secção Disciplinar do Supremo Tribunal Polaco
STA	Supremo Tribunal Administrativo Português
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

Resumo

A crise axiológica tem vindo a consolidar-se como um dos maiores desafios para a preservação da União Europeia. Neste sentido, o valor do Estado de Direito, com destaque para a sua dimensão da independência judicial, tem sido ameaçado pelos executivos de vários Estados-Membros. Na presente dissertação, começaremos por enquadrar legalmente a crise do Estado de Direito, com o intuito de identificar a independência judicial como um princípio estrutural da União Europeia. No segundo capítulo, analisaremos os diversos mecanismos empregados no contexto desta crise, procurando evidenciar as suas principais falhas e limitações, que resultaram na acentuada degradação do Estado de Direito em países como a Hungria e a Polónia. Por último, nos terceiro, quarto e quinto capítulos, que constituem os pontos fulcrais deste estudo, efetuaremos uma análise pormenorizada da função que o reenvio prejudicial tem vindo a desempenhar na preservação da independência judicial nos mencionados países. A finalidade principal desta análise tem em vista perceber se o mecanismo de cooperação se adequa a estas situações, antevendo o papel que este deve assumir nos próximos capítulos da crise do Estado de Direito.

Palavras-chave: Direito da União Europeia; valores fundamentais; Estado de Direito; independência judicial; Hungria, Polónia; reenvio prejudicial.

Abstract

The axiological crisis has been consolidating itself as one of the greatest challenges to the preservation of the European Union. In this regard, the value of the rule of law, with emphasis on its dimension of judicial independence, has been threatened by the executives of several Member States. In this dissertation, we will begin by legally framing the rule of law crisis, with the aim of identifying judicial independence as a structural principle of the European Union. In the second chapter, we will analyse the various mechanisms employed in the context of this crisis, seeking to highlight their main flaws and limitations, which have resulted in the significant degradation of the rule of law in countries such as Hungary and Poland. Finally, in the third, fourth, and fifth chapters, which constitute the focal points of this study, we will conduct an in-depth analysis of the role that the preliminary ruling mechanism has been playing in the preservation of judicial independence in the mentioned countries. The main purpose of this analysis is to understand whether the cooperation mechanism is suitable for these situations, anticipating the role it should assume in the next chapters of the rule of law crisis.

Keywords: European Union law; fundamental values; rule of law; judicial independence; Hungary; Poland; preliminary references.

Índice

Introdução	6
1 A independência judicial: Princípio estrutural da UE	7
1.1 Uma União de valores ou de princípios?	7
1.2 O Estado de Direito: Princípio fundamental estabelecido e definido?	9
1.3 Independência judicial: Fundamental no funcionamento da UE	12
2 A ineficácia dos mecanismos tradicionais e não tradicionais	14
2.1 O Art. 7.º TUE: Uma opção “nuclear”?	15
2.2 A ação por incumprimento: Uma solução demasiado específica ao caso?	19
2.3 O corte de fundos: A pressão económica gera consequências?	19
3 O reenvio prejudicial: Pedra angular do ordenamento jurídico da UE	22
3.1 O papel do reenvio no sistema judicial descentralizado da UE	22
3.2 Apenas um mecanismo de cooperação judicial?	23
4 O reenvio prejudicial na proteção do estado de direito	26
4.1 O começo: Ac. Associação Sindical dos Juizes Portugueses	27
4.2 Questões prejudiciais sobre a própria independência: do ac. Miasto Łowicz ao ac. IS	28
4.3 Questões prejudiciais sobre a independência de outros tribunais: Ac. A.K	33
4.4 O efeito paradoxal do ASJP – casos Banco de Santander e Getin Noble Bank	32
4.5 A independência judicial, a confiança mútua e o mandado de detenção europeu – Caso L.M.	36
5 Qual deve ser o papel a desempenhar pelo reenvio prejudicial nos próximos capítulos da crise do Estado de Direito?	40
5.1 O reenvio prejudicial: um veículo para o “ativismo judicial” do TJ?	40
5.2 O reenvio prejudicial: um meio eficaz na luta pela preservação do Estado de Direito?	42
Conclusão	46
Bibliografia	47
Jurisprudência	53

Introdução

Com a devastação provocada por duas guerras mundiais, os líderes dos principais países europeus reconheceram a necessidade de se alinharem por via de acordos económicos e políticos. Assim, alicerçadas em princípios fundamentais e visando a promoção da democracia liberal, surgiram as comunidades europeias. Esta congregação, que evoluiu para aquilo que hoje conhecemos como UE, permitiu a paz e a prosperidade neste território durante 70 anos.

Durante anos, acreditou-se que um controlo *ab initio* dos países candidatos seria suficiente para preservar os princípios fundamentais que presidiram à formação da União. Contudo, em tempos recentes, a proliferação de partidos eurocéticos e a sua chegada ao poder em certos EM tem-se apresentado como um dos maiores riscos ao ideal europeu. Desta forma, em países como a Hungria e a Polónia, temos testemunhado o desrespeito sistémico de uma das premissas fundamentais da UE: o Estado de Direito, nomeadamente numa das suas dimensões mais importantes, a independência do sistema judicial. Ao considerarmos a participação destes EM no processo de tomada de decisões e na adoção de normas que vinculam toda a UE, e ao observarmos a interdependência entre os sistemas judiciais nacionais, bem como a sua relação com o TJUE, perspetivamos os efeitos multiplicadores resultantes desta situação. Neste sentido, a Comissária Jourová salienta que “*The judicial system in the EU is like a chain of Christmas lights, when one light goes off others don't light up and the chain is dark*”.¹

Neste cenário, as instituições europeias, com destaque para a Comissão como guardiã dos Tratados e responsável pelo controlo da aplicação do DUE, têm revelado dificuldades em apresentar respostas eficazes. Como resultado, o TJ tem emergido como o protagonista fundamental na batalha contra o declínio do Estado de Direito.

De forma inesperada, observa-se a reconfiguração do mecanismo do reenvio prejudicial e o seu emprego por parte de juízes nacionais com vista a escrutinar a independência de outros tribunais, assim como a própria independência, assumindo-se, neste segundo contexto, como uma solução de “*last resort*”.

Tendo em conta o exposto, a presente dissertação tem como finalidade principal compreender a adequabilidade do mecanismo de cooperação para este tipo de situações, antecipando o papel que deverá desempenhar nos próximos episódios da crise do Estado de Direito na Europa.

¹ Comissária da Justiça Vera Jourová, discurso de 27 de outubro de 2017.

1. A independência judicial: princípio estrutural da UE

1.1 Uma União de valores ou de princípios?

De acordo com o art. 2.º TUE, a UE funda-se em certos valores comuns aos EM. Efetivamente, conforme sublinhado por Dimitry Kochenov, mesmo no período pré-UE, as Comunidades já se organizavam com base em certos princípios implícitos, evidenciados, por exemplo, pela recusa de entrada a países não democráticos que poderiam comprometer os objetivos imediatos de paz e prosperidade.² Com a nova expansão aos países do Leste Europeu no início da década de 90, surgiu a necessidade de estabelecer os critérios de adesão, agora conhecidos por *Critérios de Copenhaga*. Resultou daí a exportação dos até então tácitos princípios para os países candidatos.³

Apesar de algumas referências a estes princípios no Tratado de Maastricht, o desenvolvimento mais significativo ocorre com o Tratado de Amesterdão e com o que acabou por se tornar o art. 6.º/1, que estabelece que a “União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros”.⁴

O Tratado de Lisboa substituiu este artigo pelo art. 2.º TUE, redigindo-o da seguinte forma: “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias”, sendo estes “comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”. Verifica-se a alteração da terminologia de “princípio” para “valor”, uma mudança considerada por parte da doutrina como problemática.⁵ Importa aqui notar que, normalmente, os princípios distinguem-se de valores, sendo que, tal como Von Bogdandy refere, os primeiros são considerados “*legal norms*” e os segundos “*ethical convictions*”.⁶ Neste sentido, Luke Spieker argumenta que a mudança terminológica pode suscitar dúvidas em relação aos efeitos legais que podem advir dos valores do art. 2.º TUE.⁷ O autor menciona que, contrariamente aos princípios, não é certo que os valores desencadeiem efeitos legais.⁸

² Kochenov, 2017, p. 6; Klamert & Kochenov, 2019, p. 3.

³ Ibid., Kochenov & Klamert.

⁴ Pech, 2011, p. 18.

⁵ Ibid., p. 21; Spieker, 2021, p. 243.

⁶ Bogdandy, 2010, n.º 35.

⁷ Spieker, 2021, p. 243.

⁸ Ibid.

Neste ponto, a doutrina divide-se entre aqueles que defendem a mudança terminológica como sendo insignificante, não acompanhada por uma alteração substantiva⁹, e aqueles que consideram que a alteração visa enfatizar a maior importância de alguns dos princípios, elevando-os à categoria autónoma de valores.¹⁰

Nas palavras de Von Bogdandy, o uso do termo “valores” assim como as diferentes formulações destes nos documentos de direito primário¹¹, revelam as incertezas relacionadas com os princípios fundamentais da UE.¹²

De todo o modo, cabe a nós inferir a importância destes, tanto do ponto de vista axiológico como funcional. Como bem aponta Fausto de Quadros, estes princípios, “por serem fundamentais do ponto de vista axiológico”, dão corpo “às opções básicas da União e aos valores que ela escolheu para regerem a sua existência e a sua atividade”.¹³ Desta forma, o art. 2.º, ao dispor que a UE se funda em valores comuns a todos os EM, acaba por estabelecer um denominador comum axiológico entre a UE e os EM, bem como entre os EM entre si, formando assim uma União, poderíamos dizer, de princípios fundamentais traduzidos em valores.¹⁴

Não sendo apenas meras convicções éticas, estes valores obrigam a UE e os EM, afastando-se assim qualquer incerteza quanto aos seus efeitos legais. Isto é desde logo evidenciado pelo art. 3.º TUE, que estabelece a obrigação da União em promover esses valores, e pelo art. 13.º TUE, que prevê a promoção destes como um ponto de referência no seu quadro institucional.¹⁵ Adicionalmente, o art. 21.º TUE estipula que a ação internacional da UE assenta nos seus princípios fundamentais.

No mesmo sentido, o seu carácter normativo manifesta-se na proteção que lhes é concedida no art. 7.º TUE, possibilitando a aplicação do regime sancionatório do n.º 3 em caso de violações graves e persistentes pelos EM. Já o art. 49.º TUE prevê a adesão à UE apenas aos países que respeitem e promovam os valores do art. 2.º TUE.

1.2 O Estado de Direito: princípio fundamental estabelecido e definido?

O Estado de Direito tem sido amplamente discutido nas sociedades modernas, resultando numa certa banalização do termo.¹⁶ Ao longo dos tempos, uma variedade de definições tem sido proposta para este princípio. Em Portugal, Castanheira Neves

⁹ Pech, 2011, p. 21; Spieker, 2021, p. 244.

¹⁰ Quadros, 2021, p. 110.

¹¹ Por exemplo, na CDF certos valores são considerados princípios; no art. 21.º TUE são também denominados de princípios.

¹² Bogdandy, 2010, n.º 35.

¹³ Quadros, 2021, p. 109.

¹⁴ Neste sentido, ver Machado, 2022, p. 34.

¹⁵ Schroeder, 2021, p. 113.

¹⁶ Reis, 2013, p. 19.

identificava como Estado de Direito aquele que tivesse como fim a realização da justiça na vida real da sua comunidade.¹⁷ Na presente dissertação, analisaremos este conceito no âmbito do DUE.

Antes de mais, releva referir que, no contexto da crise axiológica, que constitui o ambiente cénico da presente dissertação, os líderes políticos dos principais países infratores amiúde relativizam o significado do conceito de Estado de Direito na UE, negando que seja possível uma clara interpretação do mesmo.¹⁸

Assim, importa atentar no caso *Les Verts*, uma vez que é nele que encontramos a primeira referência significativa a este princípio. No *obiter* de extrema relevância, definiu-se a comunidade como uma “comunidade de direito”.¹⁹ *Prima facie*, esta menção pode não ser facilmente conectada com o Estado de Direito, considerando a não adoção da nomenclatura tradicional de “*État de Droit*” ou “*Rechtsstaat*”. Laurent Pech explica que os juízes da Comunidade pretendiam, desta forma, afastar vozes que pudessem atribuir ao termo quaisquer pretensões de formar um “*European Superstate*”.²⁰ De todo o modo, esta referência a uma comunidade de direito acaba por encapsular o mesmo significado que os termos tradicionais: “*the exercise of public power is subject to the law*”.²¹

Com o fim do bloco soviético, o conceito de Estado de Direito consolidou-se e foi impulsionado para a arena pública, tornando-se, nas palavras de Jacques Chevallier, numa “*figure imposée au discours politique*”²². Como resultado, verifica-se no Tratado de Maastricht múltiplas referências ao princípio. Sem descurar, é com o Tratado de Amesterdão que se dá a concretização escrita deste na sua nomenclatura tradicional e como princípio fundador da UE comum a todos os EM. Mais tarde, com o Tratado de Lisboa e a redefinição do Estado de Direito como valor, evidencia-se ainda mais²³, segundo Van Elsuwege e Gremmelprez, a “*constitutional role of the rule of law as a keystone of the EU legal order*”.²⁴

A codificação ao longo dos tempos não se fez acompanhar de uma definição do princípio no direito primário da UE, algo comum nas Constituições nacionais.²⁵ Isto resulta das suas características como um “*umbrella principle*”, do qual derivam outros subprincípios, como a tutela jurisdicional efetiva do art. 19.º TUE.²⁶ Esta situação suscita

¹⁷ Neves, 1967 *apud* Reis, 2013, p. 24.

¹⁸ Pech, 2022, pp. 108 e 109.

¹⁹ Ac. do TJ de 26 de abril de 1986. *Les Verts*, C-294/83, ECLI: EU:C:1986:166, n.º 23.

²⁰ Pech, 2011, p. 11.

²¹ *Ibid.*, p. 18. No mesmo sentido, Silveira et al., 2018, p. 2.

²² Chevallier, 2006, p. 4.

²³ Medidas como a consagração da CDF como direito primário, que incorpora o art. 47.º derivado do Estado de Direito, destacaram de forma mais evidente o carácter fundamental deste princípio.

²⁴ Van Elsuwege & Gremmelprez, 2020, p. 13.

²⁵ Scheppele & Pech, 2018a.

²⁶ Pech, 2022, p. 125; como exemplo, Ac. do TJ de 16 de fevereiro de 2022, *Hungria c. Parlamento Europeu e Conselho da UE*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, n.º 229.

opiniões que sugerem que o princípio, *per se*, não possa ser invocado em tribunal, carecendo de concretização por outros princípios, ou por outras disposições, para além do art. 2.º TUE.²⁷

A primeira definição de carácter geral num documento legislativo da UE ocorre com o regulamento 2020/2092, que estabelece o regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da UE.²⁸ Influenciado pelas anteriores Comunicações da Comissão sobre o Quadro da UE para reforçar o Estado de Direito²⁹, o regulamento identifica o núcleo deste princípio com os seguintes subprincípios: legalidade, proibição da arbitrariedade dos poderes executivos, tutela jurisdicional efetiva, inclusive no que diz respeito aos direitos fundamentais; por tribunais independentes e imparciais; separação de poderes.

Como esperado, a Hungria e a Polónia alegaram a ilegalidade do regulamento por, *inter alia*, a definição de Estado de Direito não ser compatível com a identidade nacional dos dois Estados.³⁰ Esta situação deu oportunidade ao TJ de se pronunciar, concluindo pela legalidade do documento e corroborando que “os EM aderem a um conceito de ‘Estado de direito’ que partilham, enquanto valor comum às suas próprias tradições constitucionais, e que se comprometeram a respeitar de modo contínuo”.³¹

Na doutrina, não há consenso sobre a uniformidade da compreensão deste conceito entre os vários EM³², contudo, aludimos à decisão do TJ para concluir que os Estados aderem a um conceito de Estado de Direito, não podendo após a sua entrada na UE desrespeitar este e os outros valores elencados no art. 2.º TUE.³³

Tendo em conta o explanado, somos a concluir que a nível europeu o Estado de Direito se encontra estabelecido e definido, assumindo grande importância. Pela sua previsão no art. 2.º TUE como valor fundamental produz desde logo efeitos legais, evidenciado pelas disposições elencadas no primeiro ponto da dissertação. Além disso, o Estado de Direito é condição para o cumprimento de outros princípios de DUE, como por exemplo o princípio da confiança mútua.

Por outro lado, serve como um guia interpretativo e como fonte de onde se retiram outros princípios.³⁴ Adicionalmente, e de acordo com os arts. 21.º TUE e 49.º TUE, serve como referência na política externa da União e é requisito imperativo de entrada para os

²⁷ Ibid.; Pech, 2011, p. 58; Spieker, 2021, pp. 244 ss.

²⁸ Regulamento 2020/2092 do PE e Conselho relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da UE de 16 de dezembro de 2020.

²⁹ Comunicação de 11 de março de 2014, Um Novo Quadro para reforçar o Estado de Direito 2014; Comunicação de 3 de abril de 2019, Prosseguir o reforço do Estado de direito na UE Ponto da situação e eventuais medidas futuras.

³⁰ Ac.C-156/21, cit., n.º 202; Ac. do TJ de 16 de fevereiro de 2022, *República da Polónia c. Parlamento Europeu e Conselho da UE*, caso C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, n.º 273.

³¹ Ibid., Ac. C-156/21, n.º 234.

³² Kochenov, 2009, p. 10; Schroeder, 2021, p. 109.

³³ Ac. C-156/21, cit., n.º 126.

³⁴ Pech, 2011, p. 60.

países candidatos. Neste sentido, se no primeiro ponto concluímos pela existência de uma União de princípios traduzidos em valores, diríamos neste ponto, remetendo para as palavras de Fausto de Quadros, que a UE se identifica com uma “União de Direito”.³⁵

1.3 Independência judicial: Fundamental no funcionamento da UE

Desde a era iluminista, considera-se que o ramo judiciário deve ser independente face aos poderes legislativo e executivo.³⁶ Consolidando-se ao longo dos séculos, a independência judicial assume hoje um papel central em qualquer sociedade democrática.³⁷ A consagração do Estado de Direito como valor fundador da UE destaca o carácter central que a independência judicial tem na sua estrutura. Procedamos, então, a um estudo mais aprofundado do princípio, de forma a confirmar a sua relevância no paradigma europeu.

Primeiramente, é pertinente fazer referência ao Regulamento 2020/2092, o qual identifica a exigência de tribunais independentes e imparciais como parte do núcleo essencial do conceito europeu de Estado de Direito. Adicionalmente, de acordo com este documento, a separação de poderes, que implica a independência do poder judicial face ao legislativo e executivo, integra igualmente esse núcleo.

Depois destas considerações, importa detalhar a conexão entre a independência judicial e alguns aspetos-chave do DUE. Começamos por verificar como a aplicação do DUE ocorre de forma descentralizada.³⁸ O poder judicial europeu é articulado através de um órgão jurisdicional principal, o TJUE, e os órgãos jurisdicionais nacionais, formando estes também parte do sistema judiciário europeu, aplicando DUE de acordo com os parâmetros definidos pelo primeiro. Como pedra angular deste sistema surge o mecanismo em estudo nesta dissertação: o reenvio prejudicial. Através deste, os tribunais nacionais e o TJ³⁹ estabelecem um diálogo de cooperação judicial. Esta situação implica que os juízes nacionais operem sem qualquer interferência dos outros ramos do poder, assegurando um reenvio eficaz e, por via deste, a uniformidade na aplicação do DUE. Sem surpresas, inicialmente, o conceito de independência judicial foi sobretudo tratado pela jurisprudência como requisito para o mecanismo do reenvio prejudicial, resultando numa interpretação do mesmo em termos bastante amplos.⁴⁰

³⁵ Quadros, 2021, pp. 136-140.

³⁶ Vile, 2012, pp. 96 e 97.

³⁷ Lenaerts, 2022, p. 352.

³⁸ Gisbert, 2022, p. 599.

³⁹ Importa notar que em breve o TG poderá conhecer questões prejudiciais em matérias que serão determinadas pelo Estatuto do TJUE; Conselho, nota de imprensa de 19 de março de 2024 sobre a aprovação da reforma aos Estatutos do TJUE.

⁴⁰ Gisbert, 2022, p. 593; A título de exemplo, ver ac. do TJ de 21 de março de 2000, *Gabalfrija SL*, C-110/98, ECLI:EU:C:2000:145.

Conforme destacado pelo presidente do TJUE, Koen Lenaerts, num sistema descentralizado, os tribunais nacionais desempenham também um papel de supervisão do cumprimento dos Tratados,⁴¹ nomeadamente no que concerne à salvaguarda dos direitos subjetivos conferidos pelo DUE aos particulares.⁴² Desta situação resulta, tendo em conta o disposto nos arts. 19.º TUE e 47.º CDF, a obrigação dos EM assegurarem uma tutela jurisdicional efetiva. Com o revolucionário caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, o TJ, baseando-se, *inter alia*, no texto do art. 47.º da CDF, identifica a independência dos tribunais nacionais como um requisito do art. 19.º/1, 2.º § TUE.⁴³ Originou-se assim uma obrigação de direito primário para todos os EM em assegurarem a independência dos tribunais nacionais que apliquem ou possam vir a aplicar DUE.⁴⁴ Segundo as palavras de Rafael Gisbert, com o caso *ASJP*, o TJ confirma a independência judicial “*as a core constitutional principle of the EU*”.⁴⁵

Com a criação do ELSJ sem fronteiras internas, permitiu-se a circulação livre e segura dos cidadãos entre os vários EM. Lenaerts explica que esta livre circulação de pessoas implica também a livre circulação de decisões judiciais para evitar que, por exemplo, um criminoso se aproveite da circulação irrestrita para garantir a sua impunidade.⁴⁶ Assim, para que uma decisão judicial tenha efeitos além-fronteiras, é necessário a verificação do princípio do reconhecimento mútuo, que consiste na aceitação e implementação de uma decisão de uma autoridade nacional de um EM nos outros EM.⁴⁷ Já este princípio depende em grande parte do princípio da confiança mútua. A confiança mútua assenta na premissa segundo a qual cada EM partilha com todos os outros EM, e reconhece que estes partilham com ele, uma série de valores comuns em que a UE se funda.⁴⁸ Por outro lado, este princípio impõe a cada um dos EM que considere que os outros EM respeitam o DUE, em particular os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito.⁴⁹ Destarte, a independência judicial, fazendo parte do núcleo essencial do valor comum do Estado de Direito, e da essência do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, constitui *conditio sine qua non* do princípio da confiança mútua, tornando-se essencial para a livre circulação das decisões judiciais e, *ergo*, para o bom funcionamento do ELSJ.

⁴¹ Neste sentido, Machado, 2022, p. 561.

⁴² Lenaerts, 2020, pp. 353 e 354.

⁴³ Ac. do TJ de 27 de fevereiro de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, n.º 41.

⁴⁴ *Ibid.*, n.ºs 40 e 41.

⁴⁵ Gisbert, 2022, p. 597.

⁴⁶ Lenaerts, 2020, p. 32.

⁴⁷ Caeiro, 2017, p. 36.

⁴⁸ Parecer 2/13 do TJ de 18 de dezembro de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, n.º 168.

⁴⁹ *Ibid.*, Parecer 2/13, n.º 191.

2. A ineficácia dos mecanismos tradicionais e não tradicionais

Entre a névoa de questões prementes, tais como as crises económicas e a crise sanitária, temos assistido ao crescimento e consolidação de tensões entre os poderes governativos de certos EM e os valores fundamentais da UE. Como resultado, uma inesperada – pelo menos por alguns⁵⁰ – “crise de valores” emergiu como uma das principais preocupações dos responsáveis europeus.

Apesar de estas tensões serem hoje transversais a vários EM, os exemplos paradigmáticos encontram-se na Hungria e Polónia. Em 2010, após vários anos de governação socialista, o partido Fidesz e o seu líder populista, Viktor Órban, assumem as rédeas do governo de Budapeste. Ao longo dos anos, através de medidas destinadas a capturar o sistema judiciário ou iniciativas de controlo dos media, o executivo tem vindo a trilhar o caminho para um sistema de partido único, resultando atualmente no que os politólogos consideram um regime situado entre a democracia e a ditadura.⁵¹

Em 2015, vislumbrava-se na Polónia mais um duro golpe aos valores da UE. Sob o estandarte “*Budapest in Warsaw*”⁵², o partido Lei e Justiça (PiS) ganha as eleições e prontamente implementa iniciativas paralelas àquelas adotadas por Viktor Órban.

Assim, nos dois EM mencionados assistimos ao retrocesso do Estado de Direito, considerado pela literatura como o processo em que “as autoridades públicas eleitas implementam planos governamentais com o objetivo de enfraquecer, suprimir ou controlar os mecanismos internos de controlo do poder, visando dismantelar o estado democrático liberal e consolidar o domínio do partido dominante”.⁵³

Ao contrário das respostas diligentes apresentadas para a crise do *subprime* ou a crise do Covid-19, as instituições europeias têm revelado dificuldades na resposta a esta crise axiológica.

Neste capítulo percorreremos as principais soluções apresentadas, destacando as falhas que culminaram na deterioração acentuada do Estado de Direito na Hungria e Polónia.

2.1 O Art. 7.º TUE: Uma opção “nuclear”?

Em 2012, o então Presidente da Comissão, Durão Barroso, sublinhou os crescentes desafios impostos ao Estado de Direito em certos EM.⁵⁴ Neste contexto, identificou o art. 7.º TUE como uma “opção nuclear”, considerando a severidade das suas

⁵⁰ Pech, 2023.

⁵¹ Bozóki e Hegedűs, 2018, p. 1173.

⁵² Özer, Güllal & Polat, 2023, p. 944.

⁵³ Scheppele & Pech, 2018b. (Tradução feita pelo autor).

⁵⁴ Presidente da Comissão Durão Barroso, Discurso sobre o estado da União de 2012.

consequências.⁵⁵ Contudo, esta caracterização é criticada por parte da literatura, que argumenta que o mecanismo do art. 7.º, ao invés de ser uma opção nuclear, acabou por se revelar uma “*Sisyphean Procedure*”.⁵⁶

As origens do art. 7.º TUE remontam aos trabalhos preparatórios do Tratado de Amsterdão. De acordo com Wojciech Sadurski, a antecipação de um alargamento das fronteiras da União suscitou propostas no sentido de institucionalizar um regime sancionatório que pudesse ser aplicado a EM que violassem princípios democráticos.⁵⁷ Não obstante, alguns EM revelaram-se relutantes em delegar à UE este tipo de poder.⁵⁸ Como resultado, surgiu a necessidade de estabelecer critérios exigentes para a ativação do mecanismo e de garantir o controlo dos EM sobre o mesmo.⁵⁹

Com a implementação do Tratado de Nice, e em resultado do conhecido “*Haiden Affair*”⁶⁰, adicionou-se ao regime sancionatório um regime preventivo, compreendendo o artigo atualmente 3 procedimentos: um procedimento preventivo que declara a existência de um risco manifesto de violação dos valores do art. 2.º TUE e a elaboração de recomendações com vista a remediar a situação – 7.º/1 TUE; a declaração da existência de uma violação grave e persistente dos valores do art. 2.º TUE – 7.º/2 TUE; a aplicação de sanções com base na declaração anterior – 7.º/3 TUE.

Tendo em conta o explanado, é possível destacar algumas fragilidades da referida disposição. Primeiramente, observamos que se trata de um procedimento altamente politizado.⁶¹ Segundo o art. 269.º TFUE, o TJ tem apenas competência para se pronunciar acerca da observância das disposições processuais do art. 7.º. Além disso, a Comissão possui apenas o poder não exclusivo de desencadear os procedimentos do art. 7.º/1 e 2, mediante proposta fundamentada.

O Conselho surge assim como o ator com maior destaque, gozando de considerável discricionariedade. Tal como evidenciado por Andreas Moberg, uma interpretação literal do texto (expressão “pode”) do art. 7.º resultaria na assunção de que o Conselho, após receber uma proposta, não está obrigado a verificar a existência de um risco manifesto de violação grave, nem a dirigir recomendações ao EM em causa.⁶² A mesma conclusão pode ser inferida da interpretação literal do n.º 3, relativo à aplicação de sanções, e do n.º 4, relativo à possibilidade de alterar ou revogar as sanções.

Por outro lado, alguns dos requisitos procedimentais da disposição revelam-se difíceis de ultrapassar, destacando-se o requisito de unanimidade no Conselho Europeu

⁵⁵ Presidente da Comissão Durão Barroso, Discurso sobre o estado da União de 2013.

⁵⁶ Pech, 2020, p. 157.

⁵⁷ Sadurski, 2010, pp. 1 ss.

⁵⁸ Ibid., p. 5.

⁵⁹ Ibid., pp. 5, 6 e 10.

⁶⁰ Kochenov, 2021, pp. 175 e 176.

⁶¹ Besselink, 2016, p. 13.

⁶² Moberg, 2023, p. 25.

previsto no 7.º/ 2, do qual depende a posterior imposição de sanções. Esta dificuldade é agravada pela interdependência das economias dos EM, conforme refere Kochenov, lembrando que a tomada de uma posição confrontativa em relação a outro EM pode ser economicamente desvantajosa para alguns países.⁶³

No contexto da crise de Estado de Direito, o art. 7.º/1 foi desencadeado contra a Hungria⁶⁴ e a Polónia.⁶⁵ Contudo, a literatura argumenta que as violações sistémicas nos dois países já ultrapassaram em grande escala as situações que podem ser consideradas como um “risco manifesto de violação grave”, sendo assim mais apropriado o regime do art. 7.º/2.⁶⁶

Adicionalmente, desde o seu desencadeamento, o Conselho tem-se revelado “*unwilling or unable*”⁶⁷ a fazer uso significativo do regime preventivo. Até ao momento, não dirigiu recomendações aos Estados visados e não mostrou qualquer sinal que pudesse indiciar a preparação de uma deliberação quanto à verificação de um risco manifesto.⁶⁸ Importa mencionar que não se perspetivam avanços neste ponto nos próximos meses, uma vez que a Hungria assumirá a presidência do Conselho e espera-se que influencie os trabalhos da instância a seu favor.

Apesar de compreendermos o art. 7.º como uma construção normativa complexa, cuja ativação depende do cumprimento de vários passos – assemelhando-se, neste ponto, a alguns dos sistemas de guerra nucleares⁶⁹ –, entendemos que a analogia deste a uma opção nuclear não é a mais adequada. De facto, o regime preventivo oferece uma solução por via do diálogo, o que está muito longe de poder ser considerado uma consequência severa para os EM implicados.

Por outro lado, o importante efeito dissuasor gerado pelos dispositivos nucleares (o “*nuclear deterrence*”), não encontra paralelo neste mecanismo do art. 7.º, uma vez que a situação do Estado de Direito tem vindo a deteriorar-se acentuadamente ao longo dos anos. Como possível explicação, poderíamos argumentar que os países infratores entendem o art. 7.º como uma disposição de aplicação impraticável, ou, nas palavras do ex-ministro polaco, Jacek Czaputowicz, uma “disposição morta”.⁷⁰

Apesar disto, foi com base na perceção do art. 7.º como uma opção nuclear que a Comissão decidiu criar um instrumento intermédio entre este e as ações por

⁶³ Kochenov, 2023, p. 19.

⁶⁴ Resolução do PE, de 12 de setembro de 2018, sobre uma proposta solicitando ao Conselho que, nos termos do art. 7.º, n.º 1 TUE, verifique a existência de um risco manifesto de violação grave pela Hungria dos valores em que a União se funda.

⁶⁵ Comunicação da Comissão de 20 de dezembro de 2017 Proposta Fundamentada ao abrigo do art. 7.º, n.º 1 TUE Relativa ao Estado de Direito na Polónia.

⁶⁶ Kochenov, Pech & Scheppele, 2017; Kelemen, 2023, p. 15.

⁶⁷ Pech e Jaraczewski 2023, p. 9.

⁶⁸ Kelemen, 2023, p. 15.

⁶⁹ Aludimos aos sistemas de segurança “Permissive Action Links”.

⁷⁰ PolstatNews, 2018 (tradução feita pelo autor).

incumprimento⁷¹: o “Quadro da UE para reforçar o Estado de Direito”.⁷² Contudo, entendemos que esta solução de cariz dialogal assenta na errada premissa de que autoridades com pretextos autocratas estão dispostas a participar num diálogo construtivo com a Comissão.⁷³

2.2 A ação por incumprimento: Uma solução demasiado específica ao caso?

A consideração da UE como uma União de Direito pressupõe que a atividade dos EM no âmbito do DUE seja passível de controlo judicial. Assim, surgiu a ação por incumprimento como a “modalidade processual de fiscalização judicial de violações de obrigações assumidas pelos Estados-Membros por força dos Tratados”.⁷⁴

Na crise do Estado de Direito, devido às respostas precárias providas pelos instrumentos de carácter maioritariamente político, este instrumento tem revestido um papel importante. Segundo os autores Scheppele, Kochenov e Grabowska-Moroz, a crise do Estado de Direito não reveste apenas cariz político, sendo também uma problemática jurídica,⁷⁵ evidenciando pelo facto de esta compreender consequências prejudiciais para o sistema judicial da UE.

A mais importante evolução no que concerne à ação por incumprimento no âmbito da independência judicial resultou de um reenvio prejudicial. Referimo-nos ao acórdão *ASJP*, em que o TJ procedeu à reinterpretação do art. 19.º/1 TUE, retirando deste a obrigação dos EM garantirem a independência judicial dos seus tribunais quando estes apliquem ou possam vir a aplicar DUE.⁷⁶

Através desta revolucionária interpretação, a Comissão passou a poder instaurar ações por incumprimento a situações que antes estariam fora do âmbito do DUE. Neste sentido, alguns meses após a decisão do TJ no caso *ASJP*, a Comissão decide lançar a primeira ação por incumprimento apenas com base no 19.º TUE.⁷⁷ Contrariamente ao que se sucedeu em casos anteriores⁷⁸, de acordo com Matteo Bonelli, os desenvolvimentos do *ASJP* permitiram que a Comissão e o TJ se pudessem focar no “*key issue at stake*”⁷⁹, nomeadamente a independência judicial.

⁷¹ Durão Barroso, “Discurso sobre o estado da União de 2013”, cit.

⁷² Comunicação da Comissão “Um novo quadro...”, cit.

⁷³ Pech e Kochenov, 2019, p. 3.

⁷⁴ Duarte, 2021, p. 232.

⁷⁵ Scheppele, Kochenov, Grabowska-Moroz, 2020, p. 45.

⁷⁶ Ac. *ASJP* cit., n.ºs 29 e 40.

⁷⁷ Ac. do TJ de 24 de junho de 2019, *Comissão Europeia c. República da Polónia*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531.

⁷⁸ Ac. do TJ de 6 de novembro de 2012, *Comissão Europeia c. Hungria*, C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687; neste caso, a ação incidiu apenas em infrações à Diretiva 2000/78, quando o problema central seria a independência judicial.

⁷⁹ Bonelli, 2022, p. 37.

Apesar das ações por incumprimento até hoje instauradas contra a Hungria e a Polónia, o declínio do Estado de Direito acentuou-se. A título de exemplo, se inicialmente os esforços das autoridades polacas para a captura do Supremo Tribunal foram contidos pela anteriormente mencionada ação por incumprimento⁸⁰, mais tarde o Tribunal acabou por ficar sob influência do PiS.⁸¹ Deste modo, questionamos se a ação por incumprimento se revela eficaz na resolução destas problemáticas.

A primeira condicionante à eficácia deste meio processual reside na duração do procedimento. Em média, a ação por incumprimento dura cerca de 47,9 meses⁸², durante os quais, tal como apontado por Bárd e Śledzińska, as autoridades podem proceder à mudança de leis ou práticas, as quais terão de ser submetidas a uma nova avaliação.⁸³ Além disto, o atraso no julgamento da ação pode contribuir para agravar o declínio do Estado de Direito, culminando em danos que podem tornar-se difíceis de remediar em futuras ações.⁸⁴

Outra condicionante consiste no facto das ações por incumprimento se apresentarem como “*too case specific*” para tratar violações sistemáticas de Estado de Direito.⁸⁵ Por um lado, isto decorre do facto de, normalmente, as ações por incumprimento incidirem diretamente em violações específicas de DUE.⁸⁶ Pese embora a evolução interpretativa do Art. 19.º TUE, parte da literatura considera que esta disposição não se revela suficiente para abranger todos os aspetos importantes do declínio do Estado de Direito.⁸⁷ Por outro lado, esta especificidade é acentuada pelo facto da Comissão intentar ações de incumprimento separadas para violações que fazem parte de um plano conjunto de ataque às premissas do Estado de Direito.⁸⁸

Como solução para contornar esta especificidade, destacamos a proposta de Scheppele conhecida como “ação por incumprimento sistémico”.⁸⁹ Esta consiste na congregação de várias violações que, quando consideradas em conjunto, formam um padrão de infrações sistémicas aos valores do art. 2.º TUE.⁹⁰ Tal enfoque permitiria uma resposta adequada à amplitude e carácter sistémico do declínio do Estado de Direito. De acordo com a autora, estas ações por incumprimento poderiam ser fundadas na violação do art. 2.º TUE isoladamente, ou em conjunto com o art. 4.º/3 TUE, ou com disposições

⁸⁰ Ibid.; sublinha-se neste ponto a importância das medidas provisórias aplicadas.

⁸¹ Pech, Wachowiec & Mazur, 2021, pp. 9, 41.

⁸² Comissão Europeia, Single Market Scoreboard: Enforcement Tools-Infringements.

⁸³ Bárd & Śledzińska-Simon, 2019, p. 11.

⁸⁴ Como é exemplo o caso *LEX CEU*, Ac. TJ de 6 de outubro de 2020, *Comissão c. Hungria*, C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792.

⁸⁵ Bogdandy e Ioannidis, 2014, p. 61.

⁸⁶ Scheppele, Kochenov & Grabowska-Moroz, 2020, p. 47.

⁸⁷ Ibid., p. 46.

⁸⁸ Ibid., p. 47; A título de exemplo, caso *Lex CEU* cit. e caso *ONGs*; Ac. do TJ de 18 de junho de 2020, *Comissão c. Hungria*, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476.

⁸⁹ Scheppele, Kochenov & Grabowska-Moroz, 2020.

⁹⁰ Ibid., pp. 67 ss.

da CDF. Contudo, esta abordagem revela-se problemática, tendo em conta que parte da doutrina e jurisprudência não considera que o art. f2.º TUE crie obrigações precisas e claras que possam ser abordadas pela ação por incumprimento.⁹¹

2.3 O corte de fundos: A pressão económica gera consequências?

Considerando a elevada dependência da Hungria e Polónia em relação aos fundos da UE⁹², surgiu a crítica de que, para além de não conterem os regimes autocráticos, as instituições da UE estariam a financiá-los.⁹³

Como resposta a estas considerações, a Comissão decidiu expandir a *toolbox* da UE, criando um instrumento que permitisse o congelamento de fundos destinados a países que violassem o princípio do Estado de Direito: o Regulamento de Condicionalidade 2020/2092.⁹⁴

Quanto a este, importa notar que o seu processo legislativo se revelou bastante complexo. Neste sentido, após várias propostas de emendas ao regulamento, no final do ano de 2020, as instituições europeias chegaram a um consenso. Na versão final, para que o regime seja ativado, as violações ao Estado de Direito têm de afetar ou serem seriamente suscetíveis de afetar, “de forma suficientemente direta”, a boa gestão financeira do orçamento da UE ou a proteção dos interesses financeiros da mesma.⁹⁵ Tendo em conta que a aplicação do regulamento fica limitada a casos com um impacto suficientemente direto no orçamento, parte da doutrina entendeu que a eficácia do mecanismo no âmbito do Estado de Direito acabou por ser muito enfraquecida.⁹⁶

Apesar deste regulamento se apresentar como o mecanismo que suscitou mais atenção, a pressão económica mais notável tem sido realizada através do Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) e dos acordos de parceria negociados entre a Comissão e os EM no início de cada ciclo orçamental da UE.

No âmbito do PRR, os EM submetem o seu plano para aprovação pela Comissão e Conselho. Este plano ou a distribuição de fundos para o executar podem ser recusados quando as recomendações específicas por país não forem cumpridas.⁹⁷ No caso húngaro e polaco, os planos foram aprovados, porém estabeleceu-se que os fundos fossem apenas libertados após o cumprimento de certos *milestones* relativos ao Estado de Direito e à

⁹¹ Ver nota 27; Bonelli, 2022, p. 47; Conclusões do AG E. Tanchev de 17 de dezembro de 2021, *A.B.*, C-824/18, ECLI:EU:C:2020:1053, n.º 35.

⁹² Buchholz, 2020.

⁹³ Bozóki e Hegedűs, 2018, pp. 1181 e 1182.

⁹⁴ Regulamento 2020/2092 cit.

⁹⁵ *Ibid.*, art. 4.º/1.

⁹⁶ Platon, 2021.

⁹⁷ Art. 18.º/4/b e 3/b do Regulamento 2021/241 Do PE e do Conselho de 12 de fevereiro de 2021 que cria o Mecanismo de Recuperação e Resiliência.

corrupção.⁹⁸ Os *milestones* polacos foram criticados, em particular por não abordarem todos os aspetos que permitiriam um reverter completo do declínio do Estado de Direito no país.⁹⁹

Os acordos de parcerias constituem o instrumento através do qual a maior quantidade de fundos tem sido congelada.¹⁰⁰ O regulamento das disposições comuns 2020/1060 inclui no seu art. 9.º/1 uma obrigação dos EM respeitarem as disposições da CDF quando estão a aplicar fundos abrangidos por este. A Comissão, considerando esta última disposição, congelou fundos até que os EM visados restaurem a independência judicial, conforme exigido pelo art. 47.º da CDF.¹⁰¹

Os mecanismos de condicionalidade foram considerados por parte da doutrina como a solução com o maior potencial de eficácia na luta pela preservação do Estado de Direito.¹⁰² Perguntamos, deste modo, se estas expetativas se concretizaram ou se estes mecanismos ficaram aquém do que vinha sendo previsto.

Importa primeiro mencionar que estes não geraram unanimidade no seio das instituições da UE. Na fase embrionária do regulamento 2020/2092, o presidente da Comissão à época, J.C. Juncker, revelou algumas preocupações em ligar fundos estruturais ao respeito pelo Estado de Direito, arguindo que um mecanismo deste tipo poderia revelar-se como “*poison for the continent*” e instigar uma maior divisão na UE.¹⁰³ Nesta linha, alguns comentadores consideraram que o corte dos fundos poderia originar efeitos prejudiciais na população dos EM visados.¹⁰⁴

Quanto à sua eficácia, inferimos que os cortes apenas levaram a reformas cosméticas por parte dos governos polacos e húngaros. De acordo com o Relatório Anual sobre o Estado de Direito da Comissão de 2023, apesar de algumas mudanças legislativas, a Polónia continua a enfrentar problemas sérios, destacando-se as violações ao princípio da independência judicial.¹⁰⁵

Na Hungria, algumas reformas têm sido implementadas com vista ao descongelamento de fundos, como a reforma judicial, que resultou no desbloqueio de 10.2 mil milhões de euros em fundos de coesão pela Comissão no final de 2023. Contudo, importa notar que esta decisão surgiu dias antes da reunião do Conselho Europeu de 14 e 15 de dezembro de 2023, em que se votaria a ajuda europeia à Ucrânia, e onde a Hungria poderia exercer o seu direito de veto. Além disto, várias ONGs consideraram a

⁹⁸ Wójcik, 2023, p. 38.

⁹⁹ Liboreiro, 2022.

¹⁰⁰ Scheppele, 2023, p. 33.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Kirst, 2021, p. 10.

¹⁰³ Eder, 2017.

¹⁰⁴ Halmai, 2019, p. 184.

¹⁰⁵ Comissão Europeia, Relatório Anual de 2023 sobre o Estado de Direito – Polónia.

dita reforma insuficiente para atender aos critérios da UE.¹⁰⁶ Questionamos assim se as prioridades das instituições europeias passam pela proteção dos valores fundamentais ou se existem interesses políticos e económicos que se sobrepõem.

¹⁰⁶ Szumski, 2023.

3. O reenvio prejudicial: Pedra angular do ordenamento jurídico da UE

As limitações dos mecanismos apresentados no último capítulo aliados a uma certa inércia de algumas instituições europeias, resultaram na acentuada degradação do Estado de Direito na Hungria e Polónia. Isto levou o TJ a assumir um papel central, procurando soluções até mesmo por meio de abordagens inovadoras.

Neste cenário, o reenvio prejudicial, de forma inesperada, juntou-se à linha da frente na luta pela preservação do Estado de Direito.

Neste capítulo percorreremos as várias características deste mecanismo, procurando perceber se este se trata apenas de um instrumento de cooperação judicial.

3.1 O papel do reenvio no sistema judicial descentralizado da UE

Como anteriormente referido, o ordenamento jurídico da União organiza-se de forma descentralizada, pelo que o TJUE não dispõe de uma competência genérica no que diz respeito à aplicação do DUE. Destarte, a grande parte desta aplicação é realizada pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Tendo em conta estas características, surgiu a necessidade de um mecanismo que pudesse garantir a uniformidade e a efetividade do DUE.¹⁰⁷

Com este propósito, foi criado o mecanismo do reenvio prejudicial, atualmente codificado no 267.º TFUE. Dado que a UE não se configura num sistema federal, este mecanismo pressupõe um diálogo entre o TJ e os tribunais nacionais, desprovido de qualquer hierarquia entre estes.¹⁰⁸

O reenvio permite assim que um órgão jurisdicional nacional possa remeter uma questão ao TJ quando surja uma dúvida acerca da interpretação ou a validade de normas de DUE ou atos de instituições, órgãos e organismos da UE.

Um ponto relevante no contexto da nossa dissertação conduz-nos à questão de saber o que é que, no âmbito do art. 267.º TFUE, se entende por órgão jurisdicional nacional apto para reenviar questões prejudiciais. Considerando que a caracterização como tal no ordenamento jurídico nacional não seria suficiente, o TJ desenvolveu um conceito autónomo de órgão jurisdicional nacional na sua jurisprudência, destacando-se os acórdãos *Vaassen Göbbels*¹⁰⁹ e *Dorsch Consult*.¹¹⁰

¹⁰⁷ Moitinho de Almeida, 1992, p. 7.

¹⁰⁸ Quadros, 2021, p. 582.

¹⁰⁹ Ac. do TJ de 30 de junho de 1966, *Vaassen-Göbbels* C-61/65, ECLI:EU:C:1966:39.

¹¹⁰ Ac. do TJ de 17 de setembro de 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413.

Importa também mencionar que o texto do 267.º TFUE estabelece que a questão de interpretação ou validade deve ser necessária para a resolução do litígio principal. Esta aferição de pertinência da questão é considerada como uma competência exclusiva do juiz nacional, gozando a questão de uma “presunção de pertinência”.¹¹¹ Contudo, no caso *Foglia*, o TJ considerou que, em circunstâncias excecionais, cabe-lhe examinar as condições em que é chamado a intervir.¹¹² De acordo com Miguel Gorjão-Henriques, a recusa de pronúncia sobre a questão só é possível quando for manifesto que esta não tem qualquer relação com a realidade ou objeto do litígio principal, quando o problema for de natureza hipotético e quando o TJ não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para a resposta.¹¹³

3.2 Apenas um mecanismo de cooperação judicial?

De acordo com Fausto de Quadros, o reenvio prejudicial comporta duas importantes funções. A primeira, traduz-se na função de servir de instrumento da interpretação e aplicação uniforme do DUE.¹¹⁴ Já a segunda comporta um carácter subjetivo, traduzindo-se na garantia jurídica dada aos particulares dos direitos que lhes são atribuídos por força do DUE, mesmo quando estes não possam suscitar as questões diretamente perante os Tribunais da UE.¹¹⁵

Morten Broberg vai mais além e considera que o reenvio prejudicial se traduz numa via legítima para os particulares fazerem valer o DUE contra os EM. O autor descreve o tradicionalmente considerado mecanismo de cooperação como um “*means for enforcing EU Law*”, centrando-se particularmente na sua função de controlo da compatibilidade das normas nacionais com o DUE e nos efeitos materiais que provêm de uma decisão prejudicial.¹¹⁶

Quanto a estas considerações, revela primeiro referir que o reenvio foi criado como um mecanismo de interpretação e não como uma via para o TJ aplicar DUE ao caso concreto. Isto decorre da natureza dialógica que lhe encerra. Neste sentido, o TJ reconheceu na sua jurisprudência que “não tem competência para aplicar as normas de direito comunitário a um caso concreto...”.¹¹⁷ Contudo, na prática, este tem vindo a desenvolver decisões prejudiciais caracterizadas por uma notável especificidade, sendo apenas necessário ao juiz nacional executar esta resposta para solucionar o litígio

¹¹¹ Ac. do TJ de 16 de junho de 2015, *Peter Gauweiler* C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, n.º 25.

¹¹² Ac. do TJ de 16 de dezembro de 1981, *Foglia*, C-244/89, ECLI:EU:C:1981:302, n.º 21.

¹¹³ Gorjão-Henriques, 2023, p. 489.

¹¹⁴ Quadros, 2021, pp. 583 e 584.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Broberg, 2017, pp. 99 ss.

¹¹⁷ Ac. do TJ de 18 de julho de 2007, *Lucchini SpA*, ECLI:EU:C:2007:434, n.º 43.

principal.¹¹⁸ De acordo com Paul Craig e Gráinne de Búrca, estas respostas acabam por diluir a distinção entre interpretação e aplicação, confundindo as diferentes funções atribuídas ao TJ e aos tribunais nacionais e comprometendo a ideia de que o diálogo no âmbito do reenvio é estabelecido entre pares.¹¹⁹

Paralelamente, o TJ reconhece que, no âmbito do reenvio, não possui competência para avaliar a compatibilidade de disposições nacionais com o DUE ¹²⁰ nem para apreciar factos subjacentes à causa.¹²¹ Contudo, tal como refere Lenaerts, sempre que uma questão se enquadre nestas situações, o TJ pode e deve reformular as perguntas, apresentando todos os elementos de interpretação de DUE que possam ser úteis ao juiz nacional.¹²² Deste modo, é comum que, quando o juiz nacional pergunta diretamente ao TJ se uma norma nacional é compatível com o DUE, este último reformule a pergunta, utilizando fórmulas como “A norma de DUE X deve ser interpretado no sentido a que se opõe à legislação Y?”. Se a resposta for afirmativa, a norma nacional é afastada pelo juiz nacional¹²³.

No que concerne aos efeitos materiais de uma decisão prejudicial, entende-se que esta vincula o juiz que submeteu a questão, bem como os juízes que possam vir a ser chamados a julgar a causa em sede de recurso. Para além destes, o TJ estabeleceu na sua jurisprudência que todos os outros tribunais dos EM, quando confrontados com uma questão similar de direito, ficam também vinculados à decisão prejudicial.¹²⁴ Este efeito é denominado por parte da doutrina como precedente de facto¹²⁵. Gorjão-Henriques refere que, na pureza do sistema (não hierarquizado), poder-se-ia considerar que os restantes tribunais nacionais seriam livres de não adotar a interpretação do TJ. Contudo, o sentido do sistema atual parece ser mais conforme com a tendência que defende “uma maior eficácia da jurisprudência do TJ fora do processo principal”.¹²⁶

De facto, o TJ sustentou na sua jurisprudência que o reenvio prejudicial é vinculativo fora do processo principal.¹²⁷ Seguindo esta linha, Broberg sugere uma verdadeira eficácia *erga omnes* do mecanismo, argumentando que, para além de vincularem os EM¹²⁸, as decisões prejudiciais possuem “*general validity and binding force throughout the EU*”.¹²⁹

¹¹⁸ Tridimas identifica estas situações como “*outcome cases*”. Tridimas, 2011, p. 737.

¹¹⁹ Craig & de Búrca, 2013, p. 527.

¹²⁰ Ac. do TJ de 31 de janeiro de 2008, *Centro Europa 7 srl*, C-380/05, ECLI:EU:C:2008:59, n.º 49.

¹²¹ Ac. *Luchinni*, cit., n.º 43.

¹²² Lenaerts, 2014, pp. 232-238.

¹²³ Ac. do TJ de 23 de novembro de 2021, *IS*, C-564/19, ECLI:EU:C:2021:949, n.º 80.

¹²⁴ Ac. do TJ de 27 de março de 1963, *Da Costa*, C-28/62 a 30/62, ECLI:EU:C:1963:6, p. 238.

¹²⁵ Craig e de Búrca, 2013, p. 506.

¹²⁶ Gorjão-Henriques, 2023, p. 503.

¹²⁷ Ac. do TJ de 13 de maio de 1981, *Spa International Chemical Corporation*, C-66/80, ECLI:EU:C:1981:102, n.ºs 12, 13.

¹²⁸ Como exemplo, Ac. do TJ de 21 de junho de 2007, *Emilienne Jonkman*, C-231/06 a C-233/06, ECLI:EU:C:2007:373, n.º 41.

¹²⁹ Broberg, 2017, p. 107.

Com base nestas considerações, Franco Peirone considera o reenvio prejudicial como um “*substitute for the infringement procedure*”.¹³⁰ De facto, importa notar que o reenvio prejudicial ultrapassa, em grande medida, a função que lhe foi originalmente atribuída nos tratados fundadores. Contudo, será que podemos afirmar inequivocamente que este evoluiu para um instrumento de supervisão da legalidade de atos nacionais? Se assim for, qual é o papel que desempenha diante das violações sistémicas ao Estado de Direito? Estas questões serão abordadas nos próximos capítulos, considerando a análise de recente jurisprudência do TJ.

¹³⁰ Peirone, 2019, p. 66.

4. O reenvio prejudicial na proteção do Estado de Direito

4.1 O começo: Ac. Associação Sindical dos Juízes Portugueses

No decorrer da crise económica de 2010, as autoridades portuguesas implementaram uma série de medidas de austeridade visando cumprir as metas acordadas com a Comissão Europeia no Memorando de Entendimento.¹³¹

Neste contexto, um grupo de juízes do Tribunal de Contas, representados pela Associação Sindical dos Juízes Portugueses, decidiu instaurar uma ação no Supremo Tribunal Administrativo (STA) para impugnar as medidas de cortes de salários que sobre eles recaíram. Esta contestação foi fundamentada no princípio da independência judicial previsto na CRP e nos arts. 47.º CDF e 19.º/1/ 2.º § TUE. No seguimento desta ação, o STA reenviou uma questão prejudicial ao TJ, inquirindo se o princípio da independência judicial, tal como decorre do arts. 19.º/1/2.º § TUE e 47.º CDF, devia ser entendido no sentido de se opor às medidas de redução remuneratória a que os magistrados foram sujeitos.¹³²

Ao contrário da abordagem do AG, que concentrou a sua análise no art. 47.º CDF¹³³, o TJ decidiu focar-se quase exclusivamente no art. 19.º TUE, o que permitiu o desenvolvimento do preceito.

Quanto ao mérito da questão, o TJ começa por observar que o âmbito de aplicação do art. 19.º/1/2.º § TUE visa os “domínios abrangidos pelo direito da União”, independentemente da aplicação por parte dos EM desse direito.¹³⁴

Após estas considerações, o TJ procedeu à inovadora construção interpretativa do art. 19.º/1 TUE. Começou por evidenciar a importância que os valores do art. 2.º TUE desempenham no sistema da UE, estabelecendo que o art. 19.º TUE concretiza o valor do Estado de Direito, ao confiar a tarefa de assegurar a fiscalização jurisdicional na ordem jurídica da UE não apenas ao TJ, mas também aos órgãos jurisdicionais nacionais.¹³⁵ Por outro lado, salientou que do art. 19.º/1 TUE se retira a obrigação dos EM em assegurar as vias de recurso necessários aos indivíduos, de forma a garantir o seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva.¹³⁶

¹³¹ Bonelli & Claes, 2018, p. 624.

¹³² Ac. *ASJP* cit., n.º 18.

¹³³ Conclusões do AG Saugmandsgaard Øe de 18 de maio de 2017, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C- 64/16, ECLI:EU:C:2017:395, n.ºs 64-67 e 48-52.

¹³⁴ Ac. *ASJP* cit., n.º 32.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

Visando identificar a independência judicial como um dos requisitos do art. 19.º/1 TUE,¹³⁷ o TJ afirmou em seguida que cada EM deve assegurar que os seus órgãos jurisdicionais, na aceção do DUE, cumpram as exigências de uma tutela jurisdicional efetiva. Assim, ao aludir à sua jurisprudência, identificou a independência judicial como um dos elementos a ter em conta quando se aprecia a qualidade de um órgão como jurisdicional. Além disto, recorreu ao texto do art. 47.º CDF e ao critério de independência exigido no âmbito do 267.º TFUE para concluir, contrariando a posição do AG¹³⁸, que decorre do art. 19.º/1 TUE a necessidade de os tribunais nacionais serem independentes.¹³⁹

Voltando ao âmbito de aplicação do art. 19.º/1 TUE, agora assumindo que este compreende o requisito de independência judicial, o TJ reiterou que não era necessária uma aplicação de DUE nestes casos. Assim, para que o art. 19/1, 2.º § se aplique, bastará que o tribunal em causa possa vir a pronunciar-se sobre questões de DUE.¹⁴⁰ De acordo com Pech e Platon, esta interpretação do preceito é extremamente ampla, uma vez que quase todos os tribunais (se não todos) podem vir a pronunciar-se sobre questões de DUE.¹⁴¹ Neste sentido, recai sobre todos os EM uma obrigação de direito primário em assegurar a independência dos seus tribunais nacionais, mesmo quando estes não apliquem DUE.

Apesar desta construção jurisprudencial complexa, o TJ concluiu de forma simples que o art. 19.º TUE não se opunha às medidas de redução salarial, por estas serem de carácter transitório e destinadas à redução do défice orçamental português.¹⁴²

Com isto dito, destacamos as razões pelas quais este acórdão é considerado como pertencente ao “*Pantheon of ECJ rulings, on a par with Van Gend en Loos and Costa*”.¹⁴³ Em primeiro lugar, permitiu a operacionalização do valor do Estado de Direito numa disposição concreta e passível de execução. Nas palavras de Michał Krajewski, desta forma, o TJ “*enhanced the enforceability of the rule of law standards vis-à-vis the EU Member States*”.¹⁴⁴ Por outro lado, a interpretação ampla do âmbito de aplicação do art. 19.º permitiu ultrapassar o reduzido alcance da CDF e transformar uma matéria anteriormente de ordem puramente interna numa questão passível de revisão por parte do TJ.¹⁴⁵ Destaca-se ainda o efeito propulsor deste acórdão, que motivou a Comissão a intentar ações por incumprimento com base no art. 19.º/1 TUE contra a Polónia. Por

¹³⁷ Ovádek, 2018.

¹³⁸ Conclusões do AG Saugmandsgaard Øe cit., n.ºs 64 a 67.

¹³⁹ Ac. *ASJP* Cit.n.º 41.

¹⁴⁰ Ibid., n.º 40.

¹⁴¹ Pech & Platon, 2018, p. 1840.

¹⁴² Ac. *ASJP* cit., n.ºs 50, 52.

¹⁴³ Pech & Kochenov, 2021, p. 8.

¹⁴⁴ Krajewski, 2018a, p. 402.

¹⁴⁵ Pereira de Sousa, 2020, p. 84.

último, importa salientar que o caso permitiu um aumento significativo de questões prejudiciais no âmbito da independência judicial.

Inferimos assim a extrema relevância do caso dos juízes portugueses no seio da UE, concluindo que este, para além de ter reforçado o papel constitucional do TJ, contribuiu para a “afirmação da União como uma União de Direito” e para a consolidação do “modelo jurídico-constitucional que sustenta o processo de integração europeia”.¹⁴⁶

4.2 Questões prejudiciais sobre a própria independência: Do ac. Miasto Łowicz ao ac. IS

No seguimento das reformas judiciais levadas a cabo pelo PiS na Polónia, o Tribunal de Łódź e o Tribunal Regional de Varsóvia, no caso que ficou conhecido como *Miasto Łowicz*, submeteram questões prejudiciais ao TJ. Concretamente, indagaram se o art. 19.º/1/2.º § TUE devia ser interpretado no sentido de que se opunha a disposições que eliminam as garantias de processos independentes contra juízes, devido à influência política na condução dos processos disciplinares e ao risco de utilização do regime disciplinar para o controlo político do conteúdo das decisões judiciais.¹⁴⁷

Considerando que o Estado Polaco era uma das partes nas disputas principias, os juízes temiam a possibilidade de um processo disciplinar ser instaurado contra eles na eventualidade de decidirem desfavoravelmente em relação ao Estado.

Na sua decisão, o TJ decidiu considerar as duas questões inadmissíveis, nomeadamente pelo facto da interpretação da disposição em causa não se configurar necessária à resolução da disputa principal.¹⁴⁸

Kochenov e Pech criticaram a posição do TJ, principalmente por este ter desconsiderado o chamado “*chilling effect*” dos processos disciplinares.¹⁴⁹ Em defesa do TJ, contudo, importa mencionar que, no *obiter* de extrema importância, este referiu que a simples perspetiva de se poder ser alvo de um processo disciplinar por submeter questões ao TJ pode afetar o exercício efetivo das funções dos juízes nacionais.¹⁵⁰

O caso *Miasto* revela para alguns comentadores uma interpretação limitadora do reenvio prejudicial por parte do TJ. Neste sentido, Spieker questionou se isto não poderia vir a influenciar casos que, à época, ainda estavam pendentes, como o caso *IS*, no qual algumas perguntas não apresentavam uma conexão direta ou indireta com a disputa principal.¹⁵¹

¹⁴⁶ Silveira et al., 2018, p. 4.

¹⁴⁷ Ac. do TJ de 26 de março de 2020, *Miasto Łowicz*, C-558/18 e C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234, n.ºs 17, 18.

¹⁴⁸ Ibid., n.º 51.

¹⁴⁹ Pech & Kochenov, 2021, p. 118.

¹⁵⁰ Ac. *Miasto*, n.º 58.

¹⁵¹ Spieker, 2020.

No caso *IS*, decorrente de uma ação criminal, o juiz húngaro decidiu inicialmente reenviar 3 questões ao TJ. Em duas destas procurou saber se o princípio da independência judicial consagrado no art. 19.º TUE e no 47.º CDF se opunha à redução dos salários dos juízes nacionais, bem como a certas mudanças implementadas pelo governo do Fidesz na organização do setor judicial.¹⁵²

No seguimento das questões, o procurador-geral húngaro interpôs um recurso contra o pedido de decisão prejudicial no Supremo Tribunal Húngaro (Kúria),¹⁵³ com este a declarar o pedido de decisão prejudicial ilegal com o fundamento de que as questões não eram pertinentes para resolução do litígio.¹⁵⁴ Apesar desta declaração não ter influência no reenvio, o juiz considerou que esta teria um efeito dissuasivo sobre os juízes que pretendessem reenviar questões e, adicionalmente, que o seguimento a dar ao processo, até aí suspenso, estaria dependente do carácter ilegal ou não dessa declaração¹⁵⁵.

Neste cenário, o juiz decidiu complementar o pedido inicial, inquirindo se o art. 267.º TFUE se opunha à declaração de ilegalidade de uma decisão prejudicial por parte de um Tribunal superior e, em caso de resposta afirmativa, se deveria afastar esta declaração.¹⁵⁶ Adicionalmente, no seguimento de um processo disciplinar instaurado contra ele (e mais tarde retirado) devido à declaração de ilegalidade do Kúria,¹⁵⁷ o juiz acrescentou a questão de saber se o princípio da independência judicial devia ser interpretado no sentido de que, à luz do art. 267.º TFUE, este princípio é violado quando um processo disciplinar é instaurado a um juiz por este ter reenviado questões prejudiciais.¹⁵⁸

No que diz respeito à ação do Kúria, o TJ considerou que este órgão procedeu a uma fiscalização do pedido de decisão prejudicial, o que é uma função semelhante à exercida pelo próprio TJ.¹⁵⁹ Além disto, arguiu que o efeito dissuasor que pode resultar de uma declaração deste tipo para os juízes nacionais prejudica a eficácia do reenvio e, consequentemente, a eficácia do DUE, a sua uniformidade e a proteção dos direitos conferidos aos particulares.¹⁶⁰ Assim, concluiu que o art. 267.º TFUE se opunha à declaração de ilegalidade do Kúria e que, segundo o princípio do primado do DUE, o juiz nacional devia afastá-la.¹⁶¹

¹⁵² Ac. *IS* cit., n.º 38.

¹⁵³ Ibid., n.º 40.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ac. *IS* cit., n.ºs 42, 43.

¹⁵⁶ Ibid., n.º 51.

¹⁵⁷ Ibid., n.ºs 47, 48.

¹⁵⁸ Ibid., n.º 51.

¹⁵⁹ Ibid., n.º 72.

¹⁶⁰ Ibid., n.ºs 76, 77; Bárd, 2021a.

¹⁶¹ Ibid. *IS*, n.ºs 78-82.

Quanto à questão do processo disciplinar, o TJ considerou esta admissível, em contradição com o que se sucedeu no caso *Miasto*. Para justificar esta posição, argumentou que os casos são distintos, uma vez que no caso *IS* o juiz de reenvio foi confrontado com um obstáculo processual, resultante da aplicação contra si de uma regulamentação nacional, que este teria de levantar antes de poder decidir o litígio principal sem interferência externa.¹⁶² De acordo com Scheppele, a grande inovação deste caso foi admitir esta questão com base na premissa de que, para o juiz decidir o litígio principal, seria necessário que ele soubesse “*whether a Damocles sword was hanging over his head if he asked the Court of Justice for an interpretation of EU Law*”.¹⁶³

Quanto ao mérito, o TJ referiu que não podem ser admitidas disposições nacionais que prevejam processos disciplinares a juízes que submetam questões prejudiciais ao TJ.¹⁶⁴ Para além disto, arguiu que a simples perspectiva de poder ser alvo de tal processo pode dissuadir o juiz do caso, bem como todos os outros juízes de enviar questões prejudiciais (o “*chilling effect*”).¹⁶⁵ Com isto dito, o TJ concluiu que o art. 267.º TFUE se opõe a que seja instaurado um processo disciplinar contra um juiz nacional por este ter submetido um pedido de decisão prejudicial.¹⁶⁶ Segundo Bárd, esta decisão deve ser aplaudida pelo facto de incluir o conceito de “*chilling effect*” na sua avaliação.¹⁶⁷

Remetendo para as questões originais sobre a independência judicial, o TJ acabou por considerar que eram inadmissíveis por não se apresentarem como necessárias à resolução da disputa principal. Scheppele criticou esta posição, considerando que, dado o contexto da crise do Estado de Direito e a inércia das instituições europeias, o TJ deveria ter interpretado o requisito da necessidade de forma mais lata, a fim de garantir uma maior proteção à independência judicial.¹⁶⁸

Daqui retiramos que, apesar de uma maior intervenção do TJ em questões do Estado de Direito através do reenvio prejudicial, este defende que há certos requisitos do 267.º TFUE que não podem ser desconsiderados. Assim, confirma a posição anteriormente adotada no acórdão *Miasto* de que o reenvio prejudicial não pode servir como um “*passpartout*” em matéria de independência judicial.¹⁶⁹

¹⁶² Ibid., n.ºs 86 e 87. O TJ explica que o juiz nacional pretende saber se poderá abster-se de cumprir a decisão do Kúria quando decidir o litígio principal sem ter de recear, ao fazê-lo, que o processo disciplinar de que foi alvo seja reaberto. As duas perguntas acrescentadas estão intrinsecamente ligadas.

¹⁶³ Scheppele, 2022, p. 1132.

¹⁶⁴ Ac. *IS* cit., n.º 90.

¹⁶⁵ Ibid., n.º 92.

¹⁶⁶ Ibid., n.º 93.

¹⁶⁷ Bárd, 2021a.

¹⁶⁸ Scheppele, 2022, p. 1132.

¹⁶⁹ Ac. *Miasto* cit., n.º 47; Scheppele, Kochenov & Grabowska-Moroz, 2020, p. 70.

Por último, importa aqui notar que, após a publicação deste acórdão, o Kúria, em total desrespeito pela decisão preliminar¹⁷⁰, emitiu um comunicado de imprensa indicando que iria manter a sua posição em relação às questões prejudiciais submetidas pelo juiz húngaro.¹⁷¹

4.3 Questões prejudiciais sobre a independência de outros tribunais: Ac. A.K.

O caso *A.K.* distingue-se dos anteriores, uma vez que neste se questiona a independência de outra instância. No decorrer de processos de discriminação em razão da idade, instaurados por 3 juízes devido a alterações na idade da reforma, a Secção do Trabalho e Segurança Social do Supremo Tribunal Polaco questionou a conformidade da competência e composição da Secção Disciplinar do Supremo Tribunal (SD) com as disposições do art. 267/3.º § TFUE, do art. 19.º/1 TUE e do art. 47.º CDF. Além disto, inquiriu se o Conselho Nacional de Magistratura (KRS), que tem por missão zelar pela independência dos órgãos jurisdicionais e dos juízes, oferecia as devidas garantias de independência.¹⁷²

Com as reformas judiciais do PiS, a SD passou a ter jurisdição sobre processos relacionados com reformas compulsórias.¹⁷³ Por sua vez, o KRS, cuja maioria dos membros passou a ser nomeada pelo poder executivo e legislativo, é responsável pela seleção dos membros da SD.¹⁷⁴

A decisão do TJ limitou-se a uma análise no âmbito do art. 47.º CDF. Isto ocorreu porque, nos processos principais, os demandantes alegaram violações da Diretiva 2000/78, o que tornou a CDF aplicável e dispensou uma análise separada do art. 19.º/1.¹⁷⁵

Como já estudamos, não é invulgar o TJ apresentar respostas concretas às questões prejudiciais que lhe são submetidas. Contudo, neste caso, optou por uma abordagem orientadora¹⁷⁶, elencando apenas fatores que o juiz nacional deve considerar na avaliação da independência dos órgãos jurisdicionais em causa, tais como a eleição de membros do KRS ser realizada pelo poder legislativo e executivo.¹⁷⁷

Mathieu Leloup considera que, contrariamente a esta abordagem, o TJ deveria ter providenciado uma resposta mais clara e concreta para melhor orientar o tribunal

¹⁷⁰ E pelo princípio do primado do DUE.

¹⁷¹ Mohay & Szijártó, 2022, p. 638.

¹⁷² Ac. do TJ de 19 de novembro de 2019, *A. K.*, C-585/18 ECLI:EU:C:2019:982., n.ºs 51, 52.

¹⁷³ Leloup, 2020, p. 148.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ac. *A.K.* cit., n.º 169.

¹⁷⁶ Tridimas refere-se a estas situações como “*guidance cases*”. Tridimas, 2011, p. 737.

¹⁷⁷ Ac. *A.K.* cit., n.º 143.

nacional, resguardando-o de possíveis críticas internas e contribuindo para uma maior clareza do conceito de independência judicial.¹⁷⁸

De todo o modo, daqui extraímos que a decisão recaiu inteiramente no juiz nacional, o qual concluiu que o KRS não era independente face aos poderes executivos e legislativos e determinou que a SD não consistia um órgão jurisdicional de acordo com o DUE e com o direito polaco.¹⁷⁹

Contudo, este veredito acabou por não gerar as consequências esperadas. Ora, como referem Kochenov e Pech, logo após esta tomada de posição por parte do Supremo Tribunal, o capturado Tribunal Constitucional, em total desrespeito pelas competências exclusivas do TJ, decidiu suspender e, em seguida, considerar a decisão contrária ao DUE.¹⁸⁰ Por volta da mesma altura, com o intuito de intensificar a perseguição a outros juízes, o governo polaco emitiu a conhecida “*Muzzle Law*”¹⁸¹ que estabeleceu, *inter alia*, a proibição de tribunais nacionais inquirirem sobre a independência de outros tribunais.¹⁸²

4.4 O efeito paradoxal do ASJP – casos Banco de Santander e Getin Noble Bank

Como já referido, ao reenviar uma questão ao TJ ao abrigo do art. 267.º TFUE, é necessário que a entidade seja um órgão jurisdicional nacional. Neste contexto, a jurisprudência do TJ estabeleceu critérios específicos para atender a este requisito, conforme inicialmente delineado no acórdão *Vaassen Göbbels* e posteriormente consolidado no acórdão *Dorsch Consult*. Estes critérios incluem a origem legal do órgão, permanência obrigatória da sua jurisdição, processo com respeito do princípio do contraditório, independência e julgar segundo o direito.¹⁸³ Importa ressaltar que, de forma a priorizar o diálogo entre o TJ e as entidades nacionais, estes critérios têm vindo a ser interpretados de forma lata.¹⁸⁴

Quanto ao critério de independência, desde o acórdão *Dorsch Consult*, o TJ atentava apenas no exercício da função da entidade de modo independente e sob a sua responsabilidade.¹⁸⁵ Esta linha, considerada por alguns como sendo demasiado flexível¹⁸⁶, foi confirmada em casos posteriores, como no *Gabalfrisa*.¹⁸⁷

¹⁷⁸ Leloup, 2020, pp. 157 e 158.

¹⁷⁹ Ac. do Supremo Tribunal Polaco, de 5 de dezembro de 2019, A.K., PO 7/18, n.ºs 79, 88.

¹⁸⁰ Pech e Kochenov, 2021, p. 107.

¹⁸¹ Sobre esta lei, Pech, Sadurski, Scheppele 2020.

¹⁸² Zelazna, 2019, p. 911.

¹⁸³ Ac. *Dorsch Consult* cit., n.º 23.

¹⁸⁴ Sánchez Frías, 2023, p. 333.

¹⁸⁵ Ac. *Dorsch Consult* cit., n.º 35.

¹⁸⁶ Conclusões do AG Ruiz-Jarabo Colomer de 28 de junho de 2001, *De coster*, C-17/00, ECLI:EU:C:2001:366, n.ºs 24, 25.

¹⁸⁷ Ac. *Gabalfrisa* cit. n.º 39.

Não obstante, o acórdão *ASJP* e os seus desenvolvimentos viriam agitar as águas no que toca a este critério. Neste sentido, alguns autores já inquiriam em 2018 se da nova interpretação do art. 19.º/1 TUE não resultariam “*spill over effects*”, nomeadamente aludindo para a possibilidade de uma lei nacional que violasse o requisito de independência do art. 19.º/1 TUE obstar a que um tribunal fosse considerado independente à luz do art. 267.º TFUE.¹⁸⁸

Com isto dito, o acórdão *Banco de Santander* materializou os efeitos da anterior jurisprudência relativamente ao critério de independência do 267.º. Neste caso, o Tribunal Económico Administrativo Central Espanhol submeteu uma questão prejudicial, porém, o TJ negou conhecer da mesma considerando que o tribunal não se qualificava como órgão jurisdicional nacional à luz do 267.º TFUE.¹⁸⁹ Contrariando aquilo que tinha afirmado acerca destes tribunais no caso *Gabalfria*, o TJ considerou que o referido órgão não preenchia o requisito de independência.¹⁹⁰ Esta mudança de posição foi justificada pelo argumento de que as considerações do caso anterior deviam ser “reapreciadas tendo em conta, nomeadamente, a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça” (ASJP).¹⁹¹

Apesar deste caso ter sido recebido por parte da doutrina como uma evolução positiva¹⁹², certos comentadores revelaram preocupações. Charlotte Reyns sustentou que esta decisão poderia abrir a “*Pandora Box*”, uma vez que todos os tribunais que tivessem sido afetados por mudanças estruturais promovidas pelos seus governos deixariam de poder ser qualificados como órgãos jurisdicionais nacionais à luz do art. 267.º TFUE, sendo-lhes assim negado o recurso ao reenvio prejudicial.¹⁹³ Isto revelar-se-ia extremamente problemático, pois o reenvio prejudicial, no contexto da crise do Estado de Direito, tem vindo a funcionar como uma “*life-line*” para os juizes que tentam proteger-se das interferências dos seus governos.¹⁹⁴

Com o acórdão *Getin Noble Bank*, o TJ teve novamente oportunidade de esclarecer o alcance destes desenvolvimentos. Neste caso, um juiz do capturado Supremo Tribunal Polaco submeteu questões ao TJ, nomeadamente sobre a independência de outro tribunal.¹⁹⁵ Contudo, o Provedor de Justiça Polaco alegou que o TJ devia considerar este pedido prejudicial inadmissível, uma vez que a nomeação do mencionado juiz estava

¹⁸⁸ Bonelli e Claes, 2018, p. 637; Pech & Platon, 2018, p. 1842.

¹⁸⁹ Ac. do TJ de 21 de janeiro de 2020, *Banco de Santander*, C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17, n.º 80.

¹⁹⁰ Ibid., n.ºs 57 a 61 e 71, 77.

¹⁹¹ Ibid., n.º 55.

¹⁹² Fernández, 2020, p. 638.

¹⁹³ Reyns, 2021, p. 14.

¹⁹⁴ Ibid., p. 25.

¹⁹⁵ Ac. do TJ de 29 de março de 2022, *Getin Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235, n.ºs 35 e 36.

comprometida por várias irregularidades, o que o impediria de ser considerado um órgão jurisdicional nacional à luz do art. 267.º TFUE.¹⁹⁶

Neste contexto, o AG Bobek considerou que a questão devia ser admissível arguindo que, embora exista apenas um único princípio de independência judicial no âmbito do DUE, o tipo de exame a efetuar para verificá-lo pode variar consoante estejamos perante o art. 267.º TFUE, 19.º TUE ou 47.º CDF.¹⁹⁷ Isto compreende-se devido às diferentes funções e objetivos destas disposições.¹⁹⁸

Em paralelo com o AG, o TJ decidiu que a questão era admissível.¹⁹⁹ Para este efeito, estabeleceu que, quando a questão prejudicial é submetida por um órgão jurisdicional reconhecido como tal à luz da lei nacional, presume-se que este cumpra com os critérios do art. 267.º TFUE.²⁰⁰ Esta presunção pode ser ilidida quando uma decisão judicial definitiva proferida por um órgão jurisdicional nacional ou internacional leve a considerar que o juiz que constitui o órgão de reenvio não tem a qualidade de tribunal independente, segundo os arts. 19.º/1 TUE e 47.º CDF.²⁰¹

Kochenov e Bárd criticaram esta decisão, afirmando que, com o *Getin Noble Bank*, o reforço dos critérios de independência, anteriormente adotado no caso *Banco de Santander*, tinha chegado a um fim abrupto.²⁰² Adicionalmente, argumentaram que a presunção negava os requisitos estabelecidos no âmbito do art. 6.º CEDH e no art. 19.º TUE.²⁰³ Por outro lado, Paweł Filipek considerou que deste acórdão resultava uma menor proteção do Estado de Direito e da independência judicial.²⁰⁴

Importa, contudo, fazermos algumas considerações em relação a estas críticas. Primeiramente, consideramos que este caso se distingue do caso *Banco de Santander*, dado que neste último a entidade que submeteu a questão não era considerada um órgão jurisdicional à luz da lei nacional.²⁰⁵ De acordo com Alejandro Frías, da jurisprudência do TJ conclui-se que o teste para verificar se estamos perante um órgão jurisdicional nacional à luz do art. 267.º TFUE é apenas aplicado na prática a entidades que não constituem órgãos jurisdicionais à luz da legislação nacional²⁰⁶, pelo que o *Getin Noble Bank* apenas veio confirmar que o teste não se aplica diretamente aos órgãos considerados jurisdicionais a nível nacional.²⁰⁷ Desta forma, inferimos que o reforço aos

¹⁹⁶ Ibid., N.º .61-64.

¹⁹⁷ Conclusões do AG Bobek de 8 de julho de 2021, *Getin Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2021:557, n.º 36.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ac. *Getin Noble Bank* cit., n.º 76.

²⁰⁰ Ibid., n.º 69.

²⁰¹ Ibid., n.º 72.

²⁰² Kochenov & Bárd, 2022, p. 5.

²⁰³ Ibid., p. 6.

²⁰⁴ Filipek, 2022.

²⁰⁵ No que toca ao TEAC não ser considerado órgão jurisdicional a nível nacional, ver Fernández, 2020, pp. 637 e 638.

²⁰⁶ Frías, 2023, p. 335; como são exemplo o caso *Gabalfrija* cit. e o caso *Dorsch Consult* cit.

²⁰⁷ Ibid., p. 344.

critérios da independência não foi interrompido , uma vez que não se retira do mais recente acórdão que estes cessem de ser aplicados a órgãos de natureza não jurisdicional à luz da lei nacional.

Adicionalmente, reiteramos a opinião do AG Bobek de que a avaliação da independência judicial deve ser efetuada consoante as disposições em causa. Esta ideia ganha consistência ao considerarmos as possíveis consequências de uma avaliação flexível do requisito no âmbito do princípio da tutela jurisdicional efetiva e no âmbito do reenvio prejudicial.

Neste sentido, consideramos que a consequência mais prejudicial de uma interpretação lata do requisito no âmbito do art. 267.º TFUE seria a possibilidade de um juiz ilegítimo usar a admissibilidade da sua questão para sustentar a sua legitimidade perante o art. 19.º TUE e 47.º CDF. Contudo, antevendo esta possibilidade, o TJ reiterou no *Getin Noble Bank* que a presunção é apenas aplicável no âmbito do art. 267.º, não se podendo inferir a partir deste caso que o tribunal preenche as garantias de um tribunal independente no âmbito dos arts. 19.º TUE e 47.º CDF.²⁰⁸

Quanto a uma interpretação flexível ao abrigo do princípio da tutela jurisdicional efetiva, inferimos que esta terá consequências mais nefastas, nomeadamente pondo em causa a devida proteção dos direitos conferidos aos indivíduos pelo DUE.

Importa ainda notar que as críticas apresentadas parecem desconsiderar o contexto da crise de Estado de Direito. Neste sentido, lembramos que, como resultado das limitações dos mecanismos previamente analisados e de uma certa inércia das instituições europeias, um número crescente de juízes tem recorrido ao reenvio prejudicial para salvaguardar a sua independência. Com isto em mente, Mateo Bonelli e Monica Claes notaram que os desenvolvimentos do *ASJP* poderiam paradoxalmente limitar a capacidade dos juízes de proteger a sua independência através do reenvio.²⁰⁹ Assim, ao reforçar os critérios do art. 267.º TFUE em prol da independência judicial, o TJ poderia comprometer a proteção da mesma.

Concluímos, portanto, que, com o acórdão *Getin Noble Bank*, o TJ evitou este efeito paradoxal, preservando a possibilidade de recorrer ao reenvio prejudicial e prevenindo uma diminuição da proteção da independência judicial.

4.5 A independência judicial, a confiança mútua e o mandado de detenção europeu – Caso L.M.

Como já referido, com a criação do ELSJ, tornou-se necessária a extensão dos efeitos das decisões judiciais para além-fronteiras. Isto requer a observância do princípio

²⁰⁸ Ac. *Getin Noble Bank* cit., n.º 74.

²⁰⁹ Bonelli e Claes, 2018, p. 637.

do reconhecimento mútuo, que se baseia na confiança mútua. No parecer 2/3, o TJ enfatizou o papel central que este último princípio reveste no funcionamento da UE, destacando a sua importância no ELSJ.²¹⁰ Nesta linha, sublinhou que apenas em circunstâncias excepcionais é admissível o seu afastamento.²¹¹

Este princípio tem vindo a ser desenvolvido em vários campos do DUE, merecendo destaque a matéria do Mandado de Detenção Europeu (MDE). Este instrumento de cooperação judicial foi estabelecido pela decisão-quadro do Conselho de 13 de junho de 2002.²¹² O recital 10 desta decisão refere que o mecanismo do MDE é baseado num elevado grau de confiança entre os EM, sendo apenas possível ser suspenso no caso de violação grave e persistente, por parte de um EM, dos princípios do art. 2.º TUE, verificada pelo Conselho segundo o art. 7.º/2 TUE e com as consequências previstas no n.º 3 do mesmo artigo.

O mecanismo do MDE, pelas suas implicações em matéria de direitos fundamentais e ao tocar em assuntos tradicionalmente associados aos poderes soberanos dos EM, tem gerado consideráveis tensões.²¹³ Estas, por sua vez, resultaram num maior número de questões prejudiciais sobre o tema.²¹⁴ Neste cenário, o TJ, cujas competências no âmbito do ELSJ foram reforçadas com o Tratado de Lisboa²¹⁵, tem vindo a desenvolver esta matéria na sua jurisprudência, nomeadamente ao definir as circunstâncias excepcionais que podem levar ao afastamento do mecanismo.

Como antes destacado, a independência judicial é *conditio sine qua non* para garantir a confiança mútua entre os Estados e, conseqüentemente, assegurar o adequado funcionamento do MDE. Assim, no contexto da crise do Estado de Direito, não foi inesperado o surgimento de questões prejudiciais acerca de uma possível suspensão dos MDE emitidos por autoridades de países como a Polónia e a Hungria. Neste contexto, no caso *L.M.*, o *High Court* irlandês questionou o TJ acerca da necessidade de proceder a uma avaliação concreta dos factos de modo a avaliar o risco de processos não equitativos no Estado emissor (Polónia) e, no caso de verificada essa necessidade, que tipo de informação deveria ser requerida ao tribunal emitente para permitir a esse órgão nacional afastar a existência do risco de um processo não equitativo.²¹⁶

Seguindo o raciocínio adotado no anterior caso sobre condições de detenção *Aranyosi*²¹⁷, o TJ decidiu que, para o *High Court* suspender o MDE, era necessário a

²¹⁰ Parecer 2/3 cit., n.º 191.

²¹¹ Ibid.

²¹² Decisão-quadro do Conselho de 13 de junho de 2002, relativa ao MDE e aos processos de entrega entre os Estados-Membros.

²¹³ Bárd, Carrera & Stefan, 2023, p. 4.

²¹⁴ Ibid., p. 5.

²¹⁵ Pais, 2022, p. 73.

²¹⁶ Ac. do TJ de 25 de julho de 2018, *LM*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, n.º 25.

²¹⁷ Ac. do TJ de 5 de abril de 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, n.ºs 91 a 93.

verificação de dois testes: verificar falhas generalizadas no sistema judiciário do Estado emissor que possam ter impacto nos seus órgãos jurisdicionais competentes; e a verificação de um risco real de violação do direito fundamental a um tribunal independente para a pessoa sujeita ao MDE.²¹⁸ Segundo Lenaerts, exige-se este segundo teste individual dado que a verificação apenas das falhas generalizadas poderia resultar numa suspensão *de facto* (e geral) do mecanismo do MDE para o EM, sendo este um poder exclusivo do Conselho no âmbito do art. 7.º TUE.²¹⁹

Apesar desta decisão não se ter distanciado da jurisprudência anterior, não conseguiu evitar críticas.²²⁰ Destacamos aquelas relativas ao teste da verificação de falhas generalizadas no sistema judiciário do Estado emissor. Neste ponto, as críticas mais contundentes recaem sobre a responsabilidade atribuída aos órgãos jurisdicionais nacionais para avaliar os sistemas judiciais de outros EM.²²¹ Neste sentido, dado a natureza controversa (e política) da questão, uma decisão de um tribunal que considere um sistema judicial irregular pode acarretar implicações diplomáticas prejudiciais para o EM ao qual este tribunal pertence. Para além disto, perspetivamos as dificuldades que um tribunal comum terá para proceder a esta avaliação,²²² bastando atentar nas diferenças constitucionais que existem entre os vários ordenamentos, as quais o juiz não é obrigado a conhecer.²²³

Paralelamente, este controlo descentralizado pode levar a diferentes conclusões quanto à verificação das deficiências generalizadas em determinado EM, o que, por sua vez, terá consequências na aplicação uniforme do DUE.²²⁴

Outra agravante será o facto de que nos processos judiciais nacionais os EM não têm a possibilidade de participar nos procedimentos e defender a sua posição quanto a uma eventual alegação de deficiências generalizadas no seu sistema judicial.²²⁵

Considerando estas últimas ponderações e diante da inexistência de um mecanismo de suspensão automática do MDE em razão de falhas generalizadas nos sistemas judiciais, e dado que a ativação do art. 7.º/3 TUE é, como vimos, de difícil praticabilidade, consideramos que o mecanismo do reenvio prejudicial deve desempenhar aqui um papel central.

Passando a explicar, em situações em que um tribunal nacional considere que possa haver razões para suspender o MDE, este deverá reenviar uma questão

²¹⁸ Ac. *LM* cit., n.º 61.

²¹⁹ Lenaerts, 2023, p. 44.

²²⁰ Bárd e Van Ballegooij, 2018; Krajewski, 2018b, p. 805; Bárd, Carrera & Stefan, 2023, pp. 64 e 65.

²²¹ Perez, 2022, p. 247.

²²² Krajewski, 2018b, p. 799.

²²³ Importa também mencionar as diferenças linguísticas entre os ordenamentos. Parece-nos improvável que os tribunais tenham os meios para proceder esta avaliação, sem esquecer que esta pode ser auxiliada por documentos de instituições europeias, tal como o TJ evidenciou no n.º 61 do Ac. *LM* cit.

²²⁴ Spieker, 2019, p. 1197; Wendel, 2019, p. 42.

²²⁵ *Ibid.*, Spieker; Canor, 2021, p. 197.

prejudicial²²⁶ ao TJ, de forma a este poder, através de uma resposta detalhada, providenciar todos os elementos necessários para se arguir pela existência das referidas deficiências generalizadas. Com uma resposta concreta e sob critérios determináveis, o TJ alivia o tribunal nacional do pesado fardo que é a avaliação do primeiro teste. Para além disto, evita-se a proliferação de diferentes critérios quanto a esta avaliação, garantindo-se assim a uniformidade na aplicação do DUE. Nesta linha, Iris Canor refere que o TJ será mais apto para proceder à avaliação do primeiro teste dado que é “*able to take a broader perspective and can undertake a more comprehensive examination of the possible existence of a systemic deficiency*”.²²⁷ Por outro lado, o mecanismo do reenvio prejudicial permite que o EM emissor do MDE apresente observações, o que constituirá uma via, embora muito limitada²²⁸, para a sua defesa.²²⁹

Contudo, é certo que a atuação do TJ nestes moldes não será livre de críticas. Antevemos a possibilidade do TJ ser aqui acusado de um certo ativismo judicial e de uma subversão às funções do reenvio prejudicial. Importa notar, porém, quanto a este último ponto que, tal como analisado previamente, o reenvio prejudicial tem evoluído consideravelmente em relação àquilo que era a sua função inicial. Sob esta perspetiva, e aludindo ao caso *N.S.* no âmbito dos pedidos de asilo, consideramos que não seria revolucionário uma decisão prejudicial em que o TJ confirmasse a existência de falhas sistémicas em determinado EM.²³⁰

5. Qual deve ser o papel a desempenhar pelo reenvio prejudicial nos próximos capítulos da crise do Estado de Direito?

5.1 O reenvio prejudicial: um veículo para o “ativismo judicial” do TJ?

A crítica de um certo ativismo judicial tem acompanhado a ação do TJ ao longo dos tempos, resultando na conceção de que a UE se traduz num “Governo dos Juízes”.²³¹ No âmbito da crise de Estado de Direito, o TJ foi instado a desempenhar um papel mais central, o que resultou no ressurgimento das acusações de ativismo judicial.

²²⁶ Neste sentido, ver Pech & Kochenov, 2019, p. 15.

²²⁷ Canor, 2021, p. 198.

²²⁸ Broberg, 2017, p. 109.

²²⁹ Spieker, 2019, p. 1197.

²³⁰ Ac. do TJ de 21 de dezembro de 2011, *N. S.*, C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, n.º 89. Neste caso, o TJ reconheceu que a Grécia sofria de falhas sistémicas relativamente ao procedimento de asilo; ver Wendel, 2019, pp. 41 e 42.

²³¹ Quadros, 2021, p. 378.

O conceito de ativismo judicial apresenta-se para certos autores como “*notoriously slippery*”.²³² Neste sentido, Catarina Botelho associa ao termo uma certa “plasticidade”, uma vez que este é regularmente utilizado não como forma de tecer críticas metodológicas à ação judicial, mas sim como instrumento para rotular pejorativamente uma ação jurisdicional com a qual não estamos de acordo.²³³

Para os propósitos da nossa dissertação, porém, remetemos para as palavras de Keenan Kmiec que identifica ativismo judicial com os seguintes significados: desrespeito pelo precedente; assunção de um papel de legislador; desvios a metodologias interpretativas comumente aceites; julgamento orientado para o resultado.²³⁴

Depois destas considerações, importa incidir em concreto nas críticas à ação do TJ no âmbito da crise do Estado de Direito, evidenciando-se as que emergiram na sequência do acórdão *ASJP*. A título de exemplo, M. Bonelli e M. Claes, caracterizaram a ação do TJ neste caso como sendo “*active, even political*”.²³⁵

Devemos, porém, desconsiderar estas observações, arguindo que os desenvolvimentos que originaram deste acórdão, assim como das seguintes decisões prejudiciais no âmbito da crise do Estado de Direito, se coadunam com o papel que o TJ assume no seio da UE e com o método interpretativo que este tem vindo a adotar.

Fazemos referência às palavras de Tomás Fernandes, o qual destaca que a noção de ativismo está intrinsecamente ligada à nossa compreensão do direito e ao papel que se espera que o juiz desempenhe.²³⁶ Deste modo, ao adotarmos uma perceção formalista, qualquer desvio à função do juiz como mero aplicador da lei escrita (juiz como boca da lei) poderá ser considerado como ativismo judicial.

Questionamos assim se será possível perspetivar o TJ através de uma visão formalista do Direito. Entendemos que não. Primeiramente, a pluralidade de línguas, de tradições jurídicas e de ambientes políticos no seio da UE, exige que as disposições dos Tratados sejam caracterizadas por uma certa ambiguidade.²³⁷ Neste cenário, o papel do TJ como um mero aplicador de lei não seria compatível com tais características. Como referem K. Lenaerts e J. Gutiérrez-Fons, uma “*purely textualist approach is not enough to interpret completely and consistently, the provisions of the Treaties which are of open texture*”.²³⁸

²³² Easterbrook, 2001, p. 1401.

²³³ Botelho, 2018, p. 121.

²³⁴ Kmiec, 2004, p. 1444.

²³⁵ Bonelli e Claes, 2018, p. 641; Adicionalmente, Silveira et al. mencionam que diversos autores interpretaram o ASJP como uma expansão dos poderes do TJ para situações puramente internas, ver Silveira et al., 2018, p. 10.

²³⁶ Fernandes, 2023, p. 10.

²³⁷ Maduro, 2011, pp. 142 e 143.

²³⁸ Lenaerts & Gutierrez-Fons, 2013, p. 27.

Por outro lado, tal como refere Poiares Maduro, a função do TJ no contexto do reenvio prejudicial esclarece a inadequação de uma visão formalista para o DUE. No âmbito deste mecanismo, o TJ não se limita a auxiliar um tribunal nacional na resolução do litígio; pelo contrário, o TJ “*must also state the law*”, fornecendo ao tribunal em causa e a todos os demais na UE, um entendimento mais robusto das disposições de DUE.²³⁹

Com isto dito, concordamos com Sofia Pais quando refere que o método de interpretação teleológica se revela “particularmente adequado à dinâmica e evolução do ordenamento jurídico da União Europeia”²⁴⁰. A interpretação teleológica no seio da União não considera apenas o fim e o contexto das normas que estão a ser interpretadas, mas também, como referido por P. Maduro, o contexto mais amplo do ordenamento jurídico da UE, incluindo aquilo que o autor designa como o seu “*constitutional telos*”.²⁴¹

Na sequência do exposto, consideramos que os desenvolvimentos do acórdão *ASJP* são reflexo da evolução legal da UE. Por um lado, ao permitirem uma maior proteção ao Estado de Direito, refletem a consolidação de uma ordem constitucionalizada orientada pelos valores comuns do art. 2.º TUE. Complementarmente, refletem o abandono da falida premissa de que um controlo *ab initio* dos EM seria suficiente para garantir o seu respeito a esses mesmos valores constitucionais.

Para além disto, entendemos que não se deve considerar este acórdão sem atentar ao contexto factual europeu no qual este se insere. Assim, não podemos esquecer que as instituições europeias não responderam eficazmente aos desafios impostos no âmbito da crise de Estado de Direito. Destarte, compreendemos o *ASJP* como uma tentativa do TJ de compensar esta inércia institucional.

Um ponto delicado destes desenvolvimentos jurisprudenciais está relacionado com o facto de a organização do sistema judicial ser tradicionalmente um assunto de ordem puramente interna.²⁴² Contudo, tal como explica K. Lenaerts, o TJ não procurou com estes avanços redefinir os sistemas judiciais nacionais, cuja competência é exclusivamente nacional. Em vez disso, o TJ apenas avalia a compatibilidade destes sistemas com o princípio da independência judicial à luz do DUE.²⁴³

Aludindo às palavras de P. Maduro, destacamos que, tal como nas Constituições, os Tratados da UE são fundamentados em princípios gerais que podem ser desenvolvidos ao longo do tempo, evitando a rigidez do documento legal.²⁴⁴ Neste sentido, através da interpretação teleológica, o TJ desenvolve estes princípios de forma transparente e

²³⁹ Maduro, 2011, p. 143.

²⁴⁰ Pais, 2022, p. 60.

²⁴¹ Maduro, 2011, p. 140.

²⁴² Bonelli & Claes, 2018, p. 628.

²⁴³ Lenaerts, 2020, p. 33.

²⁴⁴ Maduro, 2011, p. 145.

controlável.²⁴⁵ Com isto em mente, tanto no acórdão *ASJP* como nos subsequentes, o TJ procurou desenvolver princípios fundamentais como o do Estado de Direito, da independência judicial e da tutela jurisdicional efetiva, que integram o seu direito primário.²⁴⁶

De forma a concluir, concordamos com Filipe Marques ao arguir que os vários reenvios prejudiciais que deram origem a estes desenvolvimentos constituíram diálogos, não políticos, mas jurídicos, baseados em princípios e normas.²⁴⁷

5.2 O reenvio prejudicial: um meio eficaz na luta pela preservação do Estado de Direito?

Nos últimos capítulos procedemos à análise do reenvio prejudicial no contexto da crise de Estado de Direito. Agora, com base nos casos apresentados, resta argumentar pela sua adequação ou inadequação como instrumento de preservação do Estado de Direito.

Em primeiro lugar, importa considerar que, pese embora uma certa evolução na compreensão das funções do mecanismo do reenvio prejudicial, a este subjaz determinadas limitações inerentes à sua função tradicional como mero instrumento de auxílio à interpretação do DUE.

Como antes analisado, de forma a uma questão prejudicial ser considerada admissível, requer-se que esta seja necessária para a resolução do litígio principal. Deste modo, os juízes nacionais terão de estabelecer um nexo de ligação entre as questões sobre a independência judicial e a disputa principal. Como demonstrado pelos casos *IS* e *Miasto*, a verificação deste requisito nem sempre ocorre. Na esteira de Spieker, as questões sobre a independência externas ao litígio principal serão normalmente consideradas inadmissíveis.²⁴⁸ Daqui concluímos que todas as questões que chegam ao TJ através do reenvio prejudicial são limitadas pelas disputas principais que lhes dão origem, o que se revela problemático para combater a amplitude de efeitos característica das violações sistémicas ao Estado de Direito.²⁴⁹

Sob outro prisma, releva referir que, embora tendo verificado que muitas vezes no âmbito do reenvio prejudicial a linha entre a interpretação e a aplicação de DUE é muito ténue, no contexto da crise do Estado de Direito, percebemos que o TJ procede de forma mais cautelosa. Como observado no caso *A.K.*, o TJ decidiu deixar para o juiz nacional a determinação da independência dos órgãos em questão. De acordo com Monika

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Marques, 2021, p. 237.

²⁴⁷ Ibid., pp. 237 e 238.

²⁴⁸ Spieker, 2020.

²⁴⁹ Neste sentido, Scheppele, Kochenov & Grabowska-Moroz, 2020, p. 70.

Kawczyńska, esta abordagem convencional resultará mais facilmente no não reconhecimento da decisão por parte das autoridades nacionais.²⁵⁰

Partindo deste último ponto, recordemos as reações das autoridades húngaras e polacas às decisões prejudiciais nos casos *IS* e *A.K.* Como estudamos, nestes dois casos as decisões prejudiciais e as consequências que destas resultaram foram contrariadas. Estas situações poderiam ser evitadas caso o reenvio fosse efetivamente um mecanismo de execução do DUE. Contudo, por não o ser, em contraste com a ação por incumprimento, não incorpora sanções que permitam salvaguardar o seu cumprimento.²⁵¹ Assim, em caso de desrespeito da decisão prejudicial, será incumbência da Comissão instaurar uma ação por incumprimento para reverter a situação.²⁵²

Reveste significativa importância nesta matéria o tempo médio que uma decisão prejudicial dura até à sua decisão. Como vimos para o caso das ações por incumprimento, um processo demorado acabará por contribuir para o acentuar da degradação do Estado de Direito. O processo do reenvio prejudicial dura em média 17,3 meses²⁵³, o que inferimos ser um período excessivamente longo para o eficaz combate às interferências governamentais. Este obstáculo pode ser ultrapassado por via da tramitação acelerada ou urgente²⁵⁴ (este último apenas para casos relacionados com o ELSJ), contudo a jurisprudência evidencia que em matéria de independência judicial o processo é normalmente submetido à tramitação regular.²⁵⁵

Além disto, concordamos com Broberg ao referir que, apesar da possibilidade de submeter observações, o reenvio prejudicial não dispõe, ao contrário da ação por incumprimento, de garantias processuais que permitam aos EM uma defesa eficaz.²⁵⁶

Com base nestes pontos, arguimos que, ao invés do defendido por Peirone,²⁵⁷ não podemos considerar o reenvio prejudicial como um apto substituto às ações por incumprimento. De facto, defendemos que este mecanismo não foi concebido para ser um instrumento de *enforcement* de DUE, menos ainda um mecanismo apto a lidar com a crise de Estado de Direito caracterizada por violações sistémicas. Na mesma linha, Bárd considera que a proteção oferecida pelo reenvio é por natureza deficitária, dado que não se consubstancia numa “*tool of rule of law enforcement*” nem numa “*tool of systemic supervision*”.²⁵⁸

²⁵⁰ Kawczynska, 2020, p. 245.

²⁵¹ Perez, 2022, p. 244.

²⁵² Como aliás aconteceu, ver Ac. do TJ de 15 de julho de 2021 *Comissão c. República da Polónia*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

²⁵³ Curia, Statistics concerning the judicial activity of ECJ.

²⁵⁴ Arts. 105 e 106 do RPTJ.

²⁵⁵ Bárd, 2021b, p. 195; Kawczynska, 2020, p. 246. Como exceção temos o Ac. *A.K.* cit.

²⁵⁶ Broberg, 2017, pp. 109 e 110.

²⁵⁷ Peirone, 2019, p. 66.

²⁵⁸ Bárd, 2021b, p. 195.

Isto não significa que os juízes que recorrem a este mecanismo devam ser entregues à sua própria sorte. Pelo contrário, entendemos que, dentro dos limites impostos pelo 267.º TFUE e respeitando anterior jurisprudência, o TJ deve fazer os possíveis para permitir ao juiz salvaguardar a sua independência. Aqui ressaltamos que uma subversão absoluta à essência do reenvio prejudicial resultará certamente em críticas de ativismo judicial, o que, por sua vez, contribuirá para argumentar pela legitimidade do desrespeito das decisões prejudiciais por parte das autoridades dos Estados implicados.

O mecanismo de reenvio exerce também um importante papel de denúncia. Como aponta Sébastien Platon, uma grande dependência nas ações por incumprimento obriga a Comissão a ser extremamente vigilante e pró-ativa na sua proteção dos juízes nacionais.²⁵⁹ Contudo, a ação da Comissão e, diga-se, da maioria das instituições europeias tem sido marcado por uma certa inércia. Tendo isto em conta, arguimos que os juízes nacionais, ao serem uns dos primeiros implicados das interferências governamentais, estarão em melhor posição para expor estas práticas através do reenvio prejudicial, o que contribuirá para o esforço coletivo na luta pela preservação do Estado de Direito.

Em matéria do MDE inferimos que o reenvio prejudicial reveste também extrema importância. Como observamos, o primeiro teste definido no caso *LM*. apresenta diversas problemáticas, especialmente no que diz respeito à aplicação uniforme do DUE e às dificuldades que impõe ao juiz nacional. Através do reenvio prejudicial e de uma resposta detalhada do TJ quanto às falhas generalizadas de Estado de Direito, defendemos que será possível superar as problemáticas do teste. Esta solução é a mais adequada neste contexto em que não existe um mecanismo viável de suspensão geral do MDE e em que a análise de uma possível suspensão tem sido feita caso a caso pelos tribunais nacionais.

²⁵⁹ Platon, 2020, p. 23.

Conclusão

Concluimos assim pela inadequação do reenvio prejudicial para solucionar os desafios impostos pela crise do Estado de Direito, em particular para a defesa eficaz da independência dos juízes. Contudo, como analisado ao longo da dissertação, os outros mecanismos apresentados revelaram-se também insuficientes. Alguns destes mostraram-se extremamente politizados e de difícil aplicabilidade. Outros tantos pecaram pelo seu intrínseco desajustamento aos problemas suscitados. Para este cenário contribuiu também o desempenho ineficaz de algumas instituições, o que, em certas situações, leva-nos a questionar se a prioridade destas é a proteção dos valores comuns ou se existem interesses económicos e políticos que se sobrepõem.

Apesar disto, importa sublinhar que as eleições do passado mês de outubro na Polónia, que viram o PiS perder a sua maioria parlamentar para a coligação pró-UE, dão alento à possibilidade de mudança. Contudo, retiramos desta situação que, sem descuidar a importância da ação da UE, a derradeira força para reverter situações de declínio de Estado de Direito dependerá principalmente dos cidadãos dos Estados em questão.

Com isto dito, arguimos que o sucesso da UE no reverter das situações de declínio do Estado de Direito na Hungria e na Polónia acabou por ser muito limitado. Isto não quer dizer, contudo, que a crise do Estado de Direito se traduza numa longa narrativa sem êxito. Pelo contrário, um dos grandes sucessos surge no consolidar da UE como um sistema constitucional baseado em valores fundamentais.²⁶⁰

Neste ponto, o reenvio prejudicial foi fundamental, uma vez que foi através do diálogo jurídico que se permitiu o desenvolvimento da matéria do Estado de Direito, nomeadamente através da determinação do conteúdo dos princípios e das obrigações que destes decorrem para os EM. Não será, então, inesperado que o reenvio seja a plataforma do futuro para o TJ desenvolver os restantes valores do art. 2.º TUE, marcados ainda por uma certa ambiguidade.

²⁶⁰ Kochenov & Bárd, 2022, p. 8.

Bibliografia

- BÁRD, P. (2021a). An analysis of the CJEU decision C-564/19 IS – The sanctity of preliminary references the facts of the case. <https://verfassungsblog.de/the-sanctity-of-preliminary-references/>.
- BÁRD, P. (2021b). In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law. *European Law Journal*, vol. 27, no. 1-3, pp. 185-210.
- BÁRD, P., CARRERA, S. & STEFAN, M. (2023). *The judicialization of the European arrest warrant: Rule of law and fundamental rights as preconditions for merited mutual trust*. Stream Project.
- BÁRD, P. & ŚLEDZIŃSKA-SIMON, A. (2019). Rule of law infringement procedures. A proposal to extend the EU's rule of law toolbox. *CEPS*, vol. 3, no. 5, pp. 1-20.
- BÁRD, P. & VAN BALLEGOOIJ, W. (2018). Judicial independence as a precondition for mutual trust. <https://verfassungsblog.de/judicial-independence-as-a-precondition-for-mutual-trust/>.
- BESSELINK, L. F. M. (2016). The bite, the bark and the howl – Article 7 TEU and the rule of law initiatives. *Amsterdam Centre for European Law and Governance Working Paper Series 2016*, pp. 3-39.
- BONELLI, M. (2022). Infringement Actions 2.0: How to protect EU values before the Court of Justice. *European Constitutional Law Review*, vol. 18, no. 1, pp. 30-58.
- BONELLI, M. & CLAES, M. (2018). Judicial serendipity: How Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary. *European Constitutional Law Review*, vol. 14, no. 3, pp. 622-643.
- BOZÓKI, A. & HEGEDŰS, D. (2018). An externally constrained hybrid regime: Hungary in the European Union. *Democratization*, vol. 25, no. 7, pp. 1174-1189.
- BROBERG, M. (2017). Preliminary references as a means for enforcing EU Law. In *The enforcement of EU law and values: Ensuring Member States' compliance*, pp. 99-111. Oxford Academic.
- BUCHHOLZ, K. (2020). Which countries are EU contributors and beneficiaries? *Statista*. <https://www.statista.com/chart/18794/net-contributors-to-eu-budget/>.
- CAEIRO, P. (2017). Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão). In *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, pp. 35-44.
- CANOR, I. (2021). Suspending horizontal solange: A decentralized instrument for protecting mutual trust and the European rule of law. In *Defending checks and balances in EU Member States. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 298, pp. 183-206. Springer.
- CHEVALLIER, J. (2006). Etat de droit et relations internationales. *Annuaire français de relations internationales*, vol. 7, pp. 4-17.

- CONCELLÓN FERNÁNDEZ, P. (2020). El concepto de órgano jurisdiccional nacional: Una noción en permanente revisión. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 66, pp. 630-658.
- CRAIG, P. & DE BÚRCA, G. (2013). *EU law: Text, cases, and materials*, 7.^a ed. Oxford University Press.
- CUNHA FERNANDES, T. (2023). *Judicial activism: A tool to ensure the effectiveness of EU Law or an improper behaviour of the Court of Justice of the European Union* [Tese de mestrado]. Tilburg University. Tilburg Law School.
- DUARTE, M. L. (2021). *Direito do contencioso da União Europeia*, 1.^a reimp. AAFDL.
- EASTERBROOK, F. H. (2001). Do liberals and conservatives differ in judicial activism? *University of Colorado Law Review*, pp. 1401-1416.
- EDER, F. (2017). Juncker: German plan to link funds and rules would be “poison”. <https://www.politico.eu/article/juncker-german-plan-to-link-funds-and-rules-would-be-poison/>.
- FILIPEK, P. (2022). A double standard as to what is a “court” under EU law? (CJEU ruling in C-132/20 Getin Noble Bank). <https://verfassungsblog.de/drifting-case-law-on-judicial-independence/>.
- GISBERT, R. (2022). Judicial independence in European Constitutional Law. *European Constitutional Law Review*, vol. 18, no. 4, pp. 591-620.
- GORJÃO HENRIQUES, M. (2023). *Direito da União*, 9.^a ed. Almedina.
- HALMAI, G. (2019). The possibility and desirability of rule of law conditionality. *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, no. 1, pp. 171-188.
- KAWCZYNSKA, M. (2020). Combating the constitutional crisis in Poland – Can the European Union provide an effective remedy? *Hungarian Journal of Legal Studies*, vol. 61, no. 2, pp. 229-253.
- KELEMEN, D. (2023). Article 7’s place in the EU rule of law toolkit. In *The rule of law in the EU: Crisis and solutions*, pp. 12-17. Sieps,
- KIRST, N. (2021). Rule of law conditionality: The long-awaited step towards a solution of the rule of law crisis in the European Union? *European Papers*, vol. 6, no. 1, pp. 101-110.
- KLAMERT, M. & KOCHENOV, D. (2019). Article 2 TEU. *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series* no. 22/2019.
- KMIEC, K. D. (2004). The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, vol. 92, no. 5, pp. 1441-1477.
- KOCHENOV, D. (2009). The EU rule of law: Cutting paths through confusion. *Erasmus Law Review*, vol. 2, no. 1, pp. 5-24.
- KOCHENOV, D. (2017). The *acquis* and its principles. The enforcement of the “law” versus the enforcement of “values” in the EU. *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series* no. 28/2016.
- KOCHENOV, D. (2021). Article 7: A commentary on a much talked about “dead” provision. *Polish Yearbook of International Law*, pp. 166-187.

- KOCHENOV, D. (2023). EU rule of law today: Limiting, excusing, or abusing power? In *The rule of law in the EU: Crisis and solutions*, pp. 18-23. Sieps.
- KOCHENOV, D., PECH, L. & SCHEPPELE, K. L. (2017). The European Commission's activation of Article 7: Better late than never? <https://verfassungsblog.de/the-european-commissions-activation-of-article-7-better-late-than-never/>.
- KOCHENOV, D. & BÁRD, P. (2022). Kirchberg Salami lost in Bosphorus: The multiplication of judicial independence standards and the future of the rule of law in Europe. *Journal of Common Market Studies*, vol. 60, pp. 1-19.
- KRAJEWSKI, M. (2018a). Associação Sindical dos Juizes Portugueses: The Court of Justice and Athena's dilemma. *European Papers*, vol. 3, no. 1, pp. 395-407.
- KRAJEWSKI, M. (2018b). Who is afraid of the European Council? The Court of Justice's cautious approach to the independence of domestic judges. *European Constitutional Law Review*, vol. 14, no. 4, pp. 792-813.
- LELOUP, M. (2020). An uncertain first step in the field of judicial self-government: ECJ 19 November 2019, Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, A.K., CP and DO. *European Constitutional Law Review*, vol. 16, no. 1, pp. 145-169.
- LENAERTS, K. (2014). Preliminary rulings on the interpretation of Union Law. In *EU procedural law*, pp. 216-246. Oxford University Press.
- LENAERTS, K. (2020). New horizons for the rule of law within the EU. *German Law Journal*, vol. 21, no. 1, pp. 29-34.
- LENAERTS, K. (2022). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 72, pp. 351-368.
- LENAERTS, K. (2023). On checks and balances: The rule of law within the EU. *Columbia Journal of European Law*, vol. 29, no. 2, pp. 26-64.
- LENAERTS, K. & GUTIERREZ-FONS, J. (2013). To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice. *Columbia Journal of European Law*, vol. 2, no. 2, pp. 3-48.
- LIBOREIRO, J. (2022). Fair deal or cave in? Brussels' green light of Poland's recovery plan reveals loopholes. <https://www.euronews.com/my-europe/2022/06/03/fair-deal-or-cave-in-brussels-green-light-of-poland-s-recovery-plan-reveals-loopholes>.
- MACHADO, J. (2022). *Direito da União Europeia*, 3.^a ed. Gestlegal.
- MADURO, P. (2011). Interpreting European law – Judicial adjudication in a context of constitutional pluralism. *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, no. 2, pp. 137-152.
- MARQUES, F. (2021). Rule of law, national judges and the Court of Justice of the European Union: Let's keep it juridical. *European Law Journal*, vol. 27, no. 1-3, pp. 228-239.
- MOBERG, A. (2023). Article 7 TEU: Difficult by design. Em *The rule of law in the EU: Crisis and solutions*, pp. 24-28. Sieps.

- MOHAY, Á. & SZIJÁRTÓ, I. (2022). Criminal procedures, preliminary references, and judicial independence: A balancing act? Case C-564/19 IS. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, no. 5, pp. 629-640.
- MOITINHO DE ALMEIDA, J. (1992). *O reenvio prejudicial perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. Coimbra Editora.
- NEVES, C. (1967). *Questão de facto, questão de direito*. Apud Reis, J. N. (2013). *Contributo para uma teoria do estado de direito, do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Almedina.
- OVÁDEK, M. (2018). Has the CJEU just reconfigured the EU constitutional order? <https://verfassungsblog.de/has-the-cjeu-just-reconfigured-the-eu-constitutional-order/>.
- ÖZER, S., GÜNEŞ GÜLAL, A. & POLAT, Y. (2023). The rule of law in the grip of populist authoritarianism: Hungary and Poland. *Politics and Policy*, vol. 51, no. 5, pp. 936-959.
- PAIS, S. (2022). *Estudos de direito da União Europeia*, 5.^a ed. Almedina.
- PECH, L. (2011). The rule of law as a constitutional principle of the European Union. *Jean Monnet Working Paper no. 04/09*.
- PECH, L. (2020). Article 7 TEU: From “nuclear option” to “Sisyphean procedure”? In *Constitutionalism under stress*, pp. 157-174. Oxford University Press.
- PECH, L. (2022). The rule of law as a well-established and well-defined principle of EU Law. *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 14, no. 2-3, pp. 107-138.
- PECH, L. (2023). *The future of the rule of law in the EU*. <https://verfassungsblog.de/the-future-of-the-rule-of-law-in-the-eu/>.
- PECH, L. & KOCHENOV, D. (2019). Strengthening the rule of law within the European Union: Diagnoses, recommendations, and what to avoid. *University of Groningen Faculty of Law Research Paper no. 28/2019*.
- PECH, L. & KOCHENOV, D. (2021). *Respect for the rule of law in the case law of the European Court of Justice: A casebook overview of key judgments since the Portuguese Judges case*. Sieps.
- PECH, L. & PLATON, S. (2018). Court of Justice judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case. *Common Market Law Review*, vol. 55, no. 6, pp. 1827-1854.
- PECH, L., SADURSKI, W. & SCHEPPELE, K. L. (2020). Open letter to the President of the European Commission regarding Poland’s “Muzzle Law”. <https://verfassungsblog.de/open-letter-to-the-president-of-the-european-commission-regarding-polands-muzzle-law/>.
- PECH, L., WACHOWIEC, P. & MAZUR, D. (2021). Poland’s rule of law breakdown: A five-year assessment of EU’s (in)action. *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 13, no. 1, pp. 1-43.
- PECH L. & JARACZEWSKI, J. (2023). Systemic threat to the rule of law in Poland: Updated and new Article 7(1) TEU recommendations. *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper no. 13/2023*.

- PEIRONE, F. (2019). The rule of law in the EU: Between union and unity. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 15, no. 1, pp. 58-98.
- PEREIRA DE SOUSA, I. (2020). O acórdão Associação Sindical de Juízes Portugueses como antecâmara para a intervenção do TJUE na crise do estado de direito na União Europeia. *Revista Ibérica do Direito*, vol. 1, no. 1, pp. 84-94.
- PLATON, S. (2020). All bark and no bite. Another case of mixed signals from the Court of Justice regarding the independence of National Courts (CJEU, Grand Chamber, 26 March 2020, Miasto Łowicz, Joined Cases C-558/18 and C-563/18). *SSRN Electronic Journal*.
- PLATON, S. (2021). The European Parliament, the rule of law conditionality, and the action for failure to act. <https://verfassungsblog.de/bringing-a-knife-to-a-gunfight/>.
- POLSTATNEWS (2018). Artykuł 7 jest martwy; Komisja Europejska przegrała. <https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2018-12-11/czaputowicz-kosiniak-kamysz-goscmi-wydarzen-i-opinii-transmisja/>.
- QUADROS, F. de (2021). *Direito da União Europeia*, 3.^a ed., 4.^a reimp. Almedina.
- REIS, J. N. (2013). *Contributo para uma teoria do estado de direito: Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Almedina.
- REYNS, C. (2021). Saving judicial independence: A threat to the preliminary ruling mechanism? *European Constitutional Law Review*, vol. 17, no. 1, pp. 1-27.
- SADURSKI, W. (2010). Adding a bite to a bark? A story of Article 7, the EU enlargement, and Jörg Haider. In *Legal Studies Research Paper*, vol. 160, no. 10/01, pp. 1-36.
- SAENZ PEREZ, C.(2022). Judicialising the rule of law through the preliminary ruling. In *Populism and contemporary democracy in Europe: Old problems and new challenges*, pp. 233-249.
- SÁNCHEZ FRÍAS, A. (2023). A new presumption for the autonomous concept of “court or tribunal” in Article 267 TFEU. *European Constitutional Law Review*, vol. 19, no. 2, pp. 320-345.
- SANTOS BOTELHO, C. (2018). O lugar do Tribunal Constitucional no século XXI: Os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador. *Revista Julgar*, pp. 112-126.
- SCHEPPELE, K. L. (2023). What price rule of law? In *The rule of law in the EU: Crisis and solutions*, pp. 29-35. Sieps.
- SCHEPPELE, K. L. (2022). The law requires translation: The Hungarian preliminary reference on preliminary references: IS. *Common Market Law Review*, vol. 59, no. 4, pp. 1108-1135.
- SCHEPPELE, K. L., KOCHENOV, D. & GRABOWSKA-MOROZ, B. (2020). EU values are law, after all: Enforcing EU values through systemic infringement actions by the European Commission and the Member States of the European Union. *Yearbook of European Law*, vol. 39, pp. 3-121.
- SCHEPPELE, K. L. & PECH, L. (2018a). Is the rule of law too vague a notion? <https://verfassungsblog.de/the-eus-responsibility-to-defend-the-rule-of-law-in-10-questions-answers/>.

- SCHEPPELE, K. L. & PECH, L. (2018b). What is rule of law backsliding? <https://verfassungsblog.de/what-is-rule-of-law-backsliding/>.
- SCHROEDER, W. (2021). The rule of law as a value in the sense of Article 2 TEU: What does it mean and imply? In *Defending checks and balances in EU Member States. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 298, pp. 105-126. Springer.
- SILVEIRA, A. et al. (2018). União de direito para além do direito da União – As garantias de independência judicial no acórdão Associação Sindical dos Juizes Portugueses. *Revista Julgar*, pp. 2-46.
- SPIEKER, L. (2019). Breathing life into the Union's common values: On the judicial application of Article 2 TEU in the EU value crisis. *German Law Journal*, vol. 20, no. 8, pp. 1182-1213.
- SPIEKER, L. (2020). The CJEU's judgment in Miasto Łowicz – The Court gives with one hand and takes away with the other. <https://verfassungsblog.de/the-court-gives-with-one-hand-and-takes-away-with-the-other/>.
- SPIEKER, L. (2021). Defending Union values in judicial proceedings. On how to turn Article 2 TEU into a judicially applicable provision. In *Defending checks and balances in EU Member States. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 298, pp. 237-268.
- SZUMSKI, C. (2023). NGOs: Hungary's judicial package reform failed to address EU requirements. <https://www.euractiv.com/section/politics/news/ngos-hungarys-judicial-package-reform-failed-to-address-eu-requirements/>.
- TRIDIMAS, T. (2011). Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, no. 3-4, pp. 737-756.
- VAN ELSUWEGE, P. & GREMMELPREZ, F. (2020). Protecting the rule of law in the EU legal order: A constitutional role for the Court of Justice. *European Constitutional Law Review*, vol. 16, no. 1, pp. 8-32.
- VILE, M, J. C. (2012). *Constitutionalism and the separation of powers*, 2.^a ed. Liberty Fund.
- VON BOGDANDY, A. (2010). Founding principles of EU Law. *Revus*, vol. 12.
- VON BOGDANDY, A. & IOANNIDIS, M. (2014). Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done. *Common Market Law Review*, vol. 51, no. 1, pp. 59-96.
- WENDEL, M. (2019). Mutual trust, essence and federalism – Between consolidating and fragmenting the area of freedom, security and justice after LM. *European Constitutional Law Review*, vol. 15, no. 1, pp. 17-47.
- WÓJCIK, A. (2023). Using financial tools to protect the rule of law. Em *The rule of law in the EU: Crisis and solutions*, pp. 36-42. Sieps.
- ZELAZNA, Ewa (2019). The rule of law crisis deepens in Poland after A.K. v. Krajowa Rada Sadownictwa and CP, DO v. Sad Najwyzszy. *European Papers*, no. 3, pp. 907-912.

Jurisprudência do TJ

- Ac. do TJ de 30 de junho de 1966, Vaassen-Göbbels C-61/65, ECLI:EU:C:1966:39.
- Ac. Do TJ de 13 de maio de 1981, Spa International Chemical Corporation, C-66/80, ECLI:EU:C:1981:102.
- Ac. do TJ de 16 de dezembro de 1981, Foglia, C-244/89, ECLI:EU:C:1981:302.
- Ac. do TJ de 26 de abril de 1986, Les Verts, C-294/83, ECLI: EU:C:1986:166.
- Ac. do TJ de 17 de setembro de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413.
- Ac. do TJ de 31 de janeiro de 2008, Centro Europa 7 srl, C 380/05, ECLI:EU:C:2008:59.
- Ac. do TJ de 21 de março de 2000, Gabalfrisa SL, C-110/98, ECLI:EU:C:2000:145.
- Ac. do TJ de 18 de julho de 2007, Lucchini SpA, ECLI:EU:C:2007:434.
- Ac. do TJ de 6 de novembro de 2012, Comissão Europeia c. Hungria, C 286/12, ECLI:EU:C:2012:687.
- Ac. do TJ de 16 de junho de 2015, Peter Gauweiler C62/14, ECLI:EU:C:2015:400.
- Ac. do TJ de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru, C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.
- Ac. do TJ de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.
- Ac. do TJ de 25 de julho de 2018, LM, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.
- Ac. do TJ de 24 de junho de 2019, Comissão Europeia c. República da Polónia, caso C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531.
- Ac. do TJ de 19 de novembro de 2019, A. K., C-585/18 ECLI:EU:C:2019:982.
- Ac. do TJ de 26 de março de 2020, Miasto Łowicz, C-558/18 e C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234.
- Ac. do TJ de 6 de outubro de 2020, Comissão c. Hungria, C-66/18 ECLI:EU:C:2020:792.
- Ac. do TJ de 18 de junho de 2020, Comissão c. Hungria, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476.
- Ac. do TJ de 21 de janeiro de 2020, Banco de Santander, C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17.
- Ac. do TJ de 15 de julho de 2021, Comissão c. República da Polónia, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.
- Ac. do TJ de 23 de novembro de 2021, IS, C-564/19, ECLI:EU:C:2021:949.
- Ac. do TJ de 16 de dezembro de 2021, Centro Europa 7 srl, C 380/05, ECLI:EU:C:2021:596.
- Ac. do TJ de 16 de fevereiro de 2022, Hungria c. Parlamento Europeu e Conselho da UE, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97.
- Ac. do TJ de 16 de fevereiro de 2022, República da Polónia c. Parlamento Europeu e Conselho da UE, caso C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98.
- Ac. do TJ de 29 de março de 2022, Getin Noble Bank, C 132/20, ECLI:EU:C:2022:235.

Conclusões dos Advogados Gerais

- Conclusões do AG Ruiz-Jarabo Colomer de 28 de junho de 2001, De coster, C-17/00, ECLI:EU:C:2001:366.
- Conclusões do AG Saugmandsgaard Øe de 18 de maio de 2017, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, ECLI:EU:C:2017:395.

Conclusões do AG Bobek de 8 de julho de 2021, Getin Noble Bank, C-132/20, ECLI:EU:C:2021:557.

Conclusões do AG E. Tanchev de 17 de dezembro de 2021, A.B., C-824/18, ECLI:EU:C:2020:1053.

Outra Jurisprudência

Ac. do Supremo Tribunal Polaco, de 5 de dezembro de 2019, A.K., PO 7/18.

Documentos e Discursos das Instituições Europeias

Presidente da Comissão Europeia Durão Barroso, Discurso sobre o estado da União de 2012, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_596.

Presidente da Comissão Europeia Durão Barroso, Discurso sobre o Estado da União de 2013, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_13_684.

Comissária pela Justiça Vera Jourová, Discurso de 27 de outubro de 2017, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEX_17_4325.

Comissão Europeia, Single market scoreboard: Enforcement tools infringements. https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/enforcement-tools/infringements_en.

Comissão Europeia, Relatório Anual de 2023 sobre o Estado de Direito-Polónia, https://commission.europa.eu/publications/2023-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en.

Curia, Statistics concerning the judicial activity of ECJ. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/en.

Conselho, nota de imprensa de 19 de março de 2024 sobre a aprovação da reforma aos Estatutos do TJUE. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/19/reform-of-the-statute-of-the-court-of-justice-adopted/>.

Documentos legais UE

Decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros.

Comunicação da Comissão de 11 de março de 2014, **COM/2014/0158 final** “Um Novo Quadro para reforçar o Estado de Direito 2014”.

Parecer 2/13 do TJ de 18 de dezembro de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

Comunicação da Comissão de 20 de dezembro de 2017 Proposta Fundamentada ao abrigo do artigo 7.º, N.º 1 TUE Relativa ao Estado de Direito na Polónia COM/2017/0835 final - 2017/0360 (NLE).

Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de setembro de 2018, sobre uma proposta solicitando ao Conselho que, nos termos do artigo 7.º, n.º 1 TUE, verifique a existência de um risco manifesto de violação grave pela Hungria dos valores em que a União se funda (2017/2131(INL)).

Comunicação da Comissão de 3 de abril de 2019, COM/2019/163 final, “Prosseguir o reforço do Estado de direito na UE Ponto da situação e eventuais medidas futuras”.

Regulamento 2020/2092 do Parlamento Europeu e Conselho relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da UE de 16 de dezembro de 2020.

Regulamento 2021/241 Do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de fevereiro de 2021 que cria o Mecanismo de Recuperação e Resiliência.

**O prazo de prescrição das quotas de amortização do capital
pagáveis com juros, ocorrendo o seu vencimento antecipado**

O AUJ n.º 6/2022, de 22 de Setembro

Sara Moreira Gonçalves

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria de Fátima Silva Ribeiro

Agradecimentos

Aos meus Pais, que tornaram possível que chegasse até aqui.

À Professora Doutora Maria de Fátima Silva Ribeiro, pelo acompanhamento.

Ao Dr. Pedro Geraldes Martins, pelo apoio.

Resumo

As quotas de amortização do capital pagáveis com os juros prescrevem no prazo de cinco anos, nos termos do artigo 310.º, alínea e) do Código Civil. No entanto, muito se discutiu se aquele prazo curto de prescrição seria de aplicar quando ocorre o vencimento antecipado das quotas de amortização, por força da perda do benefício do prazo.

Com efeito, uma vez ocorrer o pagamento de uma prestação unitária e global, por via da qual o devedor efectua a prestação debitória, objecto da obrigação fraccionada de capital, e a prestação da obrigação periódica de juros de uma só vez, surgia, desde logo, a confusão entre aquelas duas obrigações emergentes do mútuo bancário. No entanto, demonstramos que o pagamento de uma prestação unitária e global não significa que se deixe de estar perante duas obrigações manifestamente distintas – uma fraccionada e a outra periódica.

Verificando-se o incumprimento por parte do devedor, pode o credor perder o interesse na realização da prestação, convertendo-se a mora em incumprimento definitivo e ocorrendo, por isso, a perda do benefício do prazo, que significa tão-só isso mesmo: o devedor já não mais beneficiará da possibilidade de pagamento escalonado da obrigação de restituição do capital, não tendo a perda do benefício do prazo a virtualidade de alterar a natureza da obrigação. Assim, o prazo de prescrição continua a ser o prazo curto de cinco anos, aplicável às quotas de amortização do capital que assim se venceram antecipadamente.

Mais concluímos que a resolução contratual, enquanto causa modificativa da relação negocial, não extingue as obrigações emergentes do contrato, razão pela qual, se o credor resolver o contrato de mútuo bancário exigirá o pagamento de todas prestações da obrigação fraccionada, não nascendo uma obrigação nova, à qual seria de aplicar o prazo prescricional ordinário de vinte anos. Com efeito, a única obrigação nova exigível é a obrigação de indemnização, que tem por fonte a responsabilidade obrigacional.

Palavras-chave: quotas de amortização do capital pagáveis com os juros; prestação unitária e global; mora; incumprimento definitivo; perda do benefício do prazo; vencimento antecipado; resolução contratual; prazo curto de prescrição; prazo de prescrição ordinário.

Abstract

Principal instalments bearing interest are time-barred within five years, pursuant to Article 310(e) of the Portuguese Civil Code. However, there has been much discussion as to whether this short limitation period should apply when the principal instalments fall due early, as a result of the collection of the debt in full.

In fact, once a single, global instalment has been paid, whereby the debtor complies with his financial commitment, subject to the split principal obligation, and also complies with the periodic interest obligation, all at once, confusion would immediately rise between the two obligations arising from the bank loan. However, we have shown that payment of a single, global instalment does not mean that we are no longer dealing with two clearly distinct obligations – one split and the other periodic.

If there is non-compliance on the part of the debtor, the creditor may lose interest in the maintenance of the debt repayment by instalments, in which case the debtor's default becomes a material breach of contract; therefore, the debt will be collected in full, which means that the debtor will no longer benefit from the possibility of staggered payment of the obligation to repay the principal, and the collection of the debt in full does not have the virtue of changing the nature of the obligation. The limitation period therefore remains the short five-year period applicable to the principal instalments that are thus subject to early maturity.

We further conclude that contract termination, as a cause for modifying the business relationship, does not extinguish the obligations arising therefrom, which is why, in case the creditor terminates the bank loan agreement, the latter will demand payment of all the instalments of the split obligation, and no new obligation will arise, to which the ordinary limitation period of twenty years would apply. In fact, the only new obligation that can be enforced is the obligation to pay compensation, which arises from liability under private law.

Keywords: principal instalments bearing interest; single and global instalment; default; material breach of contract; collection of the debt in full; early maturity; contract termination; short limitation period; ordinary limitation period.

Índice

Introdução	1
Capítulo I – O mútuo bancário e a(s) obrigação(ões) dele emergente(s)	2
1. O mútuo bancário	2
2. As obrigações emergentes do mútuo bancário	7
2.1. A obrigação de restituição do capital mutuado	11
2.2. A obrigação de juros	12
Capítulo II – O não cumprimento da obrigação fraccionada e o seu vencimento antecipado	16
1. O não cumprimento das obrigações imputável ao devedor e a perda do benefício do prazo	16
2. O vencimento antecipado das quotas de amortização do capital pagáveis com juros	18
3. A responsabilidade obrigacional	20
Capítulo III – A resolução do contrato e os seus efeitos	23
1. A resolução do contrato	23
2. Os efeitos da resolução contratual: a relação de liquidação	25
2.1. A obrigação de indemnização	26
3. O procedimento de injunção e o preenchimento da livrança	28
Capítulo IV – O prazo de prescrição das quotas de amortização do capital pagáveis com juros, ocorrendo o seu vencimento antecipado	30
1. O prazo (curto) de prescrição	30
2. O início da contagem do prazo de prescrição	31
Conclusões	35
Bibliografia	39
Jurisprudência	40

Lista de siglas e abreviaturas

Art.(s)	Artigo(s)
C.C.	Código Civil
LULL	Lei Uniforme das Letras e Livranças
N.º	Número
p./pp.	página(s)
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

Introdução

No presente estudo, procederemos à análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, no dia 22 de Setembro de 2022, que uniformizou jurisprudência no sentido de prescreverem no prazo de cinco anos as quotas de amortização do capital pagáveis com os juros, nos termos do artigo 310.º, alínea e) do Código Civil, ocorrendo o seu vencimento antecipado.

Para tanto, analisaremos a natureza das obrigações emergentes do mútuo bancário, que é sempre retribuído, ou seja, a obrigação de restituição do capital mutuado e a obrigação de juros, com o principal objectivo de discernir quanto às consequências da sua diferenciação, em particular ocorrendo a perda do benefício do prazo e o vencimento antecipado das quotas de amortização do capital.

Seguir-se-á, portanto, uma exposição sobre a forma mais comum de não cumprimento das obrigações - a constituição do devedor em mora – e, bem assim, sobre a conversão da mora em incumprimento definitivo, quando o credor perde o interesse que tinha na realização da prestação devedora pelo devedor, em particular no que concerne à perda do benefício do prazo, cuja consequência se revela determinante para a conclusão quanto ao prazo prescricional aplicável às quotas de amortização que assim se venceram antecipadamente.

De igual modo, para colmatar qualquer dúvida que possa surgir quanto aos efeitos da resolução contratual, analisaremos este instituto e os seus efeitos, também no que concerne à natureza da obrigação fraccionada de capital, nomeadamente procurando discernir sobre se nasce uma obrigação nova de restituição do capital, a par da obrigação de indemnização, que tem por fonte a responsabilidade obrigacional.

Por fim, munidos dos conhecimentos necessários para tal, concluiremos pelo estudo do prazo prescricional aplicável às quotas de amortização do capital pagáveis com os juros, ocorrendo o seu vencimento antecipado, analisando, particularmente, o início da contagem daquele prazo.

Capítulo I – O mútuo bancário e a(s) obrigação(ões) dele emergente(s)

1. O mútuo bancário

O Código Civil define o mútuo no seu artigo 1142.º como *o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade*.

O mútuo pode ser gratuito ou oneroso, sendo convencionada, ou não, respectivamente, a sua retribuição, ou seja, havendo lugar, ou não, ao pagamento de juros, mais estabelecendo o artigo 1145.º do Código Civil que, em caso de dúvida, se presume tratar-se de contrato oneroso.

Menezes Cordeiro¹ não concorda com esta presunção de onerosidade, uma vez que “contraria o sentir social”, só fazendo sentido nas relações comerciais, nas quais é indubitável o fim lucrativo, contrariamente ao que sucede entre as pessoas singulares.

No mesmo sentido, Evaristo Mendes e Sílvia Esteves² entendem que a presunção de onerosidade não seria de aplicar “no caso do mútuo civil puro, estranho à atividade comercial em sentido lato”, uma vez que entre pessoas singulares, principalmente se ligadas por laços familiares, não será intenção do mutuante ver ressarcido o período pelo qual empresta a coisa.

Assim, o mútuo bancário, enquanto contrato comercial (“normativamente empresarial”³), previsto no artigo 362.º do Código Comercial e celebrado pelas entidades previstas nos artigos 3.º e 6.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF)⁴, por força do disposto no artigo 395.º do Código Comercial, é um contrato retribuído.

Independentemente de o objecto ser dinheiro ou outra coisa fungível, certo é que o mútuo pode ser retribuído através do pagamento de juros, os quais podem, igualmente, ser

constituídos por dinheiro ou outra coisa fungível (...), ser variáveis (de taxa variável) ou fixos, não sendo, por outro lado, obrigatória a correspondência entre a coisa mutuada e os respectivos juros. (...) Sendo aplicável a regra supletiva do n.º 1 (presunção de onerosidade), deve, porém, entender-se que as partes quiseram que os juros fossem pagos com coisas da mesma natureza mutuada.⁵

¹ Menezes Cordeiro, 2016, pp. 673 e 674.

² Evaristo Mendes & Sílvia Esteves, 2023, p. 623.

³ José A. Engrácia Antunes, 2009, p. 43.

⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

⁵ Pires de Lima e Antunes Varela, 1997, p. 768.

Sobre os negócios (contratos) onerosos, ensina Manuel de Andrade⁶ que “pressupõem prestações de ambas as partes e correspectividade, equivalência ou equilíbrio entre elas, no ponto de vista das partes. (...) Cada uma das prestações é a contrapartida da outra”. A contrapartida é, portanto, o correspectivo⁷ da prestação principal e é determinada como sendo o seu equivalente⁸.

No mútuo bancário, à semelhança do mútuo civil, vigora o princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º, como manifestação da autonomia privada⁹.

Já no que concerne à forma, nos termos do artigo único do Decreto n.º 32 765, de 29 de Abril de 1943, os contratos de mútuo, seja qual for o seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular, ainda que a outra parte não seja comerciante.

É de notar ainda que, conforme explica José Maria Pires¹⁰, mesmo não sendo a forma escrita imposta por lei “é uma regra prática comum, atendendo aos riscos da contratação bancária e à necessidade de assegurar a certeza dos direitos e deveres das partes”.

No mútuo civil retribuído verifica-se, ainda, a necessidade de entrega da quantia emprestada para que o contrato fique perfeito, ou seja, o negócio só se materializa com a entrega da coisa, que assim constitui a condição de validade do negócio, razão pela qual se trata de um negócio jurídico real “*quoad constitutionem*”¹¹, por oposição aos negócios jurídicos reais “*quoad effectum* (com eficácia real)”¹², como a compra e venda, e a todos os outros negócios não reais¹³.

Mais ensinava Manuel de Andrade¹⁴, referindo-se ao contrato de usura, conforme era denominado o mútuo retribuído pelo Código de Seabra (no seu artigo 1508.º)¹⁵, que, apesar de oneroso, se trata de um contrato unilateral, “porque, constituindo um negócio real, só existe depois da entrega do capital mutuado e, portanto, só origina obrigações para o mutuário, que retribui com os juros a vantagem recebida do mutuante”. Ou seja,

⁶ Manuel de Andrade, 1983, p. 54.

⁷ Antunes Varela, 2000, p. 404.

⁸ Pedro Pais de Vasconcelos & Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, 2019, p. 451.

⁹ Porquanto a consequência jurídica dos negócios não é atribuída pela Lei, mas sim pelas pessoas enquanto autoras desses negócios, ainda que não de forma ilimitada.

¹⁰ José Maria Pires, 2002, p. 511.

¹¹ Manuel de Andrade, 1983, p. 51.

¹² Note-se, contudo, que o mútuo bancário tem eficácia real se o mutuante entregar espécies monetárias, ou seja, notas e moedas.

¹³ Sobre a possibilidade de o mútuo bancário assumir a natureza de contrato consensual, v. José Maria Pires, 2002. Nas páginas 621 e 622 da obra citada, o Autor exemplifica que nas situações em que são estabelecidas relações de débito e de crédito entre as partes, sendo disponibilizadas parcelas desse crédito ao longo do tempo, mediante manifestação nesse sentido pelo mutuário, que corresponde a um verdadeiro direito potestativo a que o mutuante fica sujeito, o mútuo bancário é consensual. É o que acontece no contrato de abertura de crédito, por exemplo.

¹⁴ Manuel de Andrade, 1983, p. 57.

¹⁵ Consubstanciando, hoje, os negócios usurários *contratos em que sejam estipulados juros anuais que excedam os juros legais, acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real*, nos termos do n.º 1 do artigo 1146.º do Código Civil.

entendia que o mútuo é um negócio unilateral, por só originar obrigações para uma parte¹⁶.

Também Antunes Varela¹⁷ entendia que o mútuo só cria obrigações para o mutuário e que, por esse motivo, é um contrato unilateral.

Pestana de Vasconcelos¹⁸ também escreve que o mútuo *civil* se caracteriza por ser um contrato unilateral, bem como Brandão Proença¹⁹ que, ensinando sobre a projecção da resolução legal, entende que a mesma se aplica aos contratos unilaterais, como seja o mútuo oneroso.

Contrariamente, expõe Menezes Cordeiro²⁰ que o entendimento segundo o qual o mútuo oneroso tem eficácia real é “uma conceção em regressão”, entendendo que, ao invés, estamos perante um negócio consensual ou formal consoante o valor, por força do disposto no artigo 1143.º do Código Civil (que exige a forma de escritura pública ou documento particular autenticado nuns casos e o documento assinado pelo mutuário noutros).

Também Pestana de Vasconcelos²¹ entende que se pode celebrar um contrato de mútuo *bancário* “consensual, atípico”, que será, portanto, “bilateral, sinalagmático”²², situação em que decorre da celebração do contrato a obrigação para o mutuante de entregar a coisa mutuada e que, perante o não cumprimento, pode o devedor lançar mão de uma acção de cumprimento. Mais escreve que se trata de um contrato consensual e formal, porquanto as partes pretendem que o banco mutuante fique obrigado à entrega da quantia mutuada, citando nesse sentido M. Januário Costa Gomes²³, que entende que o tipo legal do mútuo bancário corresponde ao mútuo civil puro, mais defendendo essa posição pelo facto de ser prática comum “dispensar a entrega do dinheiro mutuado como requisito para que o contrato se considere celebrado”.

No mesmo sentido, ensinando que dentro da classificação como negócio plurilateral, o mútuo se subsume à categoria de contrato bilateral, escrevem Pais de Vasconcelos, Pedro, e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos²⁴ que, “na maior parte dos casos, os contratos são bilaterais, porque têm apenas duas partes”, assim reduzindo a questão à existência de, no mínimo, duas partes – o mutuante e o mutuário.

Classificação distinta e que aqueles Autores entendem como mais precisa e exacta será a de se tratar o mútuo de um negócio jurídico sinalagmático, dado o vínculo

¹⁶ Explicando que a ideia de parte não equivale à de pessoa, visto que, nos negócios unilaterais, várias pessoas interligadas podem constituir uma única pessoa, v. António Menezes Cordeiro, 2000, p. 307.

¹⁷ Antunes Varela, 2000, pp. 396, 405 e 407.

¹⁸ Pais de Vasconcelos, 2022, pp. 170 e 172.

¹⁹ Brandão Proença, 1996, pp. 95, 98, 99.

²⁰ Menezes Cordeiro, 2016, p. 674.

²¹ Pestana de Vasconcelos, 2022, pp. 172 e 193.

²² O qual se distinguirá, sempre, do contrato-promessa de mútuo.

²³ M. Januário Costa Gomes, 2012, p. 321, *apud* Pestana de Vasconcelos, 2022, p. 193.

²⁴ Pedro Pais de Vasconcelos & Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, 2019, p. 444.

existente “entre as prestações e contraprestações das partes, (...), vínculo este designado *sinalagma*”²⁵, explicando ainda que é precisamente o sinalagma que sustenta o regime jurídico contido, entre outros, no artigo 801.º, n.º 2.º do Código Civil, de particular relevância para o nosso estudo, nos termos do qual, *tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral – entenda-se, sinalagmático –, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.*

Recorrendo à distinção entre contratos comerciais puros e contratos comerciais mistos, Engrácia Antunes²⁶ escreve que o mútuo bancário será puro (bilateral) quando celebrado entre “empresários no exercício da sua actividade empresarial”, revestindo natureza mercantil (artigo 2.º do Código Comercial), mas tratar-se-á de contrato misto (unilateral) quando uma das partes for empresário e a outra *consumidor* (devendo atender-se à definição de “consumidor” dada pelo Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014, de 19 de Maio²⁷).

Aqui chegados, parece-nos ser de rematar a questão reiterando que Antunes Varela²⁸ ensinava que os contratos são sempre negócios jurídicos *bilaterais*, dado resultarem do enlace de pelo menos “duas declarações de vontade contrapostas”, e tratar-se-ão, na verdade, de contratos *unilaterais* se criarem obrigações apenas para uma das partes, dando como exemplo, precisamente, o mútuo.

Assim, e para o que releva, o mutuante que realiza a sua prestação de entrega numa primeira fase do negócio, vê a mesma efectivar-se no próprio contrato, ficando o mutuário obrigado, tanto no mútuo civil como no mútuo bancário, a realizar a respectiva contraprestação numa segunda fase, assim se verificando aquilo a que José Maria Pires²⁹ chama “*décalage*”.

A obrigação a cumprir *unilateralmente* pelo mutuário é a de pagar os juros remuneratórios e restituir o *tantundem*, ou seja, a “coisa do mesmo género, quantidade e qualidade”³⁰. No mútuo bancário, ambas a prestação e a contraprestação têm natureza pecuniária, sendo emprestado e reembolsado dinheiro, mas este tópico será estudado de seguida.

Com a entrega da coisa ocorre a transmissão da sua propriedade para o mutuário, nos termos do artigo 1144.º do Código Civil, característica que assim se revela uma das principais distinções entre o mútuo e o comodato (artigo 1129.º e seguintes do Código

²⁵ Pedro Pais de Vasconcelos & Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, 2019, p. 449.

²⁶ Engrácia Antunes, 2009, pp. 46-47.

²⁷ Disponível em dgsi.pt.

²⁸ Antunes Varela, 2000, p. 396.

²⁹ José Maria Pires, 2002, p. 571.

³⁰ António Menezes Cordeiro, 2016, p. 674.

Civil), uma vez não ser plausível a individualização da coisa mutuada durante o prazo do negócio. Isto é, como ensinam Pires de Lima e Antunes Varela³¹,

a razão de ser da transferência da propriedade (*quod de meo tuum fit*) está na impossibilidade prática de distinguir, no património do mutuário, designadamente tratando-se de dinheiro, aquilo que representa a coisa entregue e o que deve ser restituído.

Quanto ao prazo do mútuo, conforme prescreve o artigo 1147.º do Código Civil, no mútuo oneroso presume-se estipulado a favor de ambas as partes, contrariamente ao que sucede no mútuo gratuito, em que se presume estipulado a favor do devedor, por força do artigo 779.º do Código Civil, na medida em que cumpre tão-só atribuir ao mutuário o benefício do uso da coisa mutuada.

Pode ler-se naquele artigo 779.º que o prazo se tem *por estabelecido a favor do devedor, quando se não mostre que o foi a favor do credor, ou do devedor e do credor conjuntamente*, indo, assim, esta segunda parte ao encontro do artigo 1147.º. Explicam Pires de Lima e Antunes Varela³² que

O mutuário tem interesse em aproveitar-se da coisa durante o prazo estipulado; o mutuante tem, por seu turno, interesse em manter, durante o prazo, aplicados os seus capitais, recebendo por eles os interesses convencionados. As duas presunções fundam-se na vontade presumida das partes; são, portanto, presunções *juris tantum*, que podem ser ilididas mediante prova em contrário (art. 350.º, n.º 2). Mas enquanto não o forem, nem o mutuante poderá exigir a restituição antecipada, visto que o prazo se presume também estabelecido a favor do mutuário, nem este pode antecipar o pagamento, a não ser que satisfaça os juros por inteiro, uma vez que o prazo também se presume estabelecido a favor do mutuante.³³

Assim, apenas ocorrendo a perda de benefício do prazo (artigo 780.º do Código Civil) poderá o credor exigir o cumprimento da obrigação antes do seu vencimento, mas também esta matéria será estudada aprofundadamente neste estudo.

O Decreto-Lei n.º 344/78, de 17 de novembro, na redacção que lhe é dada pelo Decreto-Lei n.º 429/79, de 25 de Outubro, classifica o mútuo bancário segundo o seu prazo de vencimento como créditos a curto, médio e longo prazos, qualquer que seja a natureza e forma de titulação de tais créditos (artigo 1.º).

³¹ Pires de Lima e Antunes Varela, 1997, p. 766.

³² Pires de Lima e Antunes Varela, 1997, p. 772.

³³ Sendo certo que isso não acontece no crédito à habitação (nos termos do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro), nem no crédito ao consumo (artigo n.º 19.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho).

Assim, estabelece o seu artigo 2.º que os créditos a curto prazo são aqueles em que o prazo de vencimento não excede um ano, são créditos a médio prazo aqueles em que o prazo de vencimento for superior a um ano, mas não a cinco, e os créditos a longo prazo são aqueles cujo prazo de vencimento excede cinco anos.

Outra característica do mútuo bancário que cumpre salientar é que, conforme ensina Menezes Cordeiro³⁴ para além de nele figurar como sujeito activo um estabelecimento bancário autorizado (mutuante), *pode* tratar-se de um mútuo de escopo, “no qual, contratualmente, o mutuário fica adstrito a dar um determinado destino à importância recebida (...)”, tendo o escopo um “papel decisivo nos créditos a médio e longo prazo, com bonificações de juros ou com vantagens fiscais, que, quando contratualmente consignado, deverá ser respeitado”. É o que sucede, por exemplo, na compra e venda de imóveis destinados à habitação com mútuo, garantido ou não por hipoteca, que conhecemos por crédito à habitação (regulado pelo Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro).

2. As obrigações emergentes do mútuo bancário

Antunes Varela³⁵ define o direito das obrigações “como o conjunto de normas jurídicas reguladoras das relações de crédito, sendo estas as relações jurídicas em que ao direito subjectivo atribuído a um dos sujeitos corresponde um dever de prestar especificadamente imposto a determinada pessoa”.

Mais esclarecendo que se diz

obrigação a relação jurídica por virtude da qual uma (ou mais) pessoa pode exigir de outra (ou outras) a realização de uma prestação. No mesmo sentido, mas definindo a relação do lado oposto, diz o artigo 397.º do Código Civil que a “obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”³⁶.

A obrigação tem como objecto a prestação debitória, ou seja, a prestação devida ao credor (sujeito activo) pelo devedor (sujeito passivo), assim consistindo no meio através do qual se satisfaz o interesse creditício.

A prestação, em regra, envolve uma actividade ou acção por parte do devedor, como ocorre, por exemplo, no mútuo bancário, em que a obrigação consiste na entrega de uma quantia em dinheiro.

A obrigação alicerça-se, portanto, na prestação, distinguindo-se

³⁴ Menezes Cordeiro, 2016, p. 690.

³⁵ Antunes Varela, 2000, p. 15.

³⁶ Antunes Varela, 2000, p. 62.

do dever geral de abstenção próprio dos direitos reais, porque o dever jurídico de prestar é um dever específico (que apenas atinge o devedor), enquanto o dever geral de abstenção é um dever genérico que abrange todos os não titulares do direito (real ou de personalidade)³⁷,

consistindo o objecto imediato da obrigação na actividade devida, como seja a entrega da coisa, e o objecto mediato na própria coisa em si, o objecto da prestação em si, como seja o dinheiro no caso do mútuo bancário.

Assim, no mútuo bancário, a prestação debitória, consistindo na entrega de uma quantia monetária, reveste a modalidade de prestação de coisa, assim integrando a modalidade de obrigação de restituir, porquanto através dela recupera o credor o que emprestou.

Quanto à fungibilidade, a obrigação emergente do mútuo bancário é geralmente considerada fungível. A fungibilidade refere-se à característica de as unidades do objecto da obrigação serem intercambiáveis entre si, ou seja, de poderem ser substituídas por outras da mesma espécie e quantidade sem alterar substancialmente a natureza da obrigação.

No contexto de um mútuo bancário, que envolve a entrega de uma quantia em dinheiro, essa quantia é considerada fungível. Ou seja, o banco espera ser restituído da quantia emprestada, mas não necessariamente das mesmas notas ou moedas que foram originalmente emprestadas. Essa fungibilidade facilita a substituição do valor emprestado por outro de igual montante, sem que haja uma diferença material na execução da obrigação.

Como terceiro elemento constitutivo da obrigação surge o vínculo (jurídico), o núcleo central da relação entre o sujeito activo e o sujeito passivo, que é constituído pela conexão existente entre os poderes concedidos ao credor e os correlativos deveres impostos ao devedor. Existe, portanto, uma verdadeira relação de subordinação³⁸, na medida em que o credor tem o poder de exigir a prestação e o devedor tem a obrigação de a efectuar, sendo aplicável uma sanção ao “devedor inadimplente ou em mora, a requerimento do credor lesado”³⁹.

O vínculo da obrigação é constituído, portanto, por três elementos: o direito à prestação (a que corresponde o poder substantivo de a exigir), o correlativo dever de prestar e a garantia, que é o património do devedor, alvo de penhora pelo credor em caso de incumprimento.

³⁷ Antunes Varela, 2000, p. 79.

³⁸ Antunes Varela, 2000, p. 110.

³⁹ Antunes Varela, 2000, p. 110.

Antunes Varela⁴⁰ define a natureza jurídica da relação obrigacional ou a essência da relação creditória recorrendo à teoria clássica, na qual a obrigação surge como “um direito do credor a um comportamento do devedor, ou seja, como um direito à prestação”, conforme *supra* se expôs, por oposição à tese de Savigny⁴¹, que definia “a obrigação como poder do credor sobre a pessoa do devedor”, considerando-a uma forma especial de propriedade do credor sobre um dos actos do devedor, e ainda às teses segundo as quais a obrigação consiste num poder do credor sobre os bens do devedor ou numa relação entre patrimónios.

Dando ênfase à doutrina alemã que decompõe a obrigação em dois elementos distintos, “o débito (*Schuld; debitum*) e a responsabilidade (*Haftung; obligation*)”⁴², porquanto a considera mais consistente que as restantes, mais ensina Antunes Varela que aquela doutrina também não define a obrigação correctamente, visto não se verificar uma dissociação do débito e da responsabilidade, ou seja, não há autonomia da responsabilidade patrimonial em face do dever de prestar, e que, contrariamente ao que implica aquela teoria da *Schuld und Haftung*, o conceito de obrigação não se esgota no dever de cumprimento (dever de prestar), uma vez que envolve o vínculo essencial de responsabilidade, que tem por objecto a prestação devida⁴³.

Assim, através da concepção clássica da relação obrigacional, que representa a “unidade *ontológica* da obrigação”⁴⁴, compreende-se que esta tem por objecto a prestação devida a que o credor tem direito, cuja realização compete ao devedor, não se tratando de um direito sobre o objecto da prestação. Se assim fosse, como sustenta aquela doutrina alemã, gerar-se-ia confusão entre o direito do credor a um comportamento do devedor e a sanção que decorre do incumprimento.

Aqui chegados, e sabendo que tem a função de satisfazer o interesse do credor, cumpre notar que para que a obrigação se constitua validamente deve corresponder, precisamente, a um interesse do credor, conforme prescreve o n.º 2 do artigo 398.º do Código Civil.

Dado o *vínculo* da obrigação emergente do mútuo bancário, claro é que esta assume a modalidade de obrigação civil⁴⁵, e dada a realidade da celebração dos contratos de mútuo bancário, não se verifica a indeterminação dos sujeitos⁴⁶ da obrigação, pelo que

⁴⁰ Antunes Varela, 2000, pp. 132 a 156.

⁴¹ In *System des heutigen Römischen Rechts*, reimpressão de 1981, e *Obligationenrecht*, reimpressão de 1973 (*apud* João de Matos Antunes Varela, 2000, p. 133).

⁴² Antunes Varela, 2000, p. 143.

⁴³ Mengoni, 1954, I, p. 183, nota 13 (*apud* João de Matos Antunes Varela, 2000, p. 153).

⁴⁴ Antunes Varela, 2000, p. 156.

⁴⁵ Por oposição às obrigações naturais, reguladas pelos artigos 402.º a 404.º do Código Civil, que se baseiam num dever moral ou social e cujo cumprimento corresponde a um dever de justiça.

⁴⁶ Note-se que se trata de indeterminação do sujeito activo, e nunca do sujeito passivo. Com efeito, situações há em que o credor é indeterminado mas determinável, como sucede com as promessas públicas (artigos 459.º e seguintes do Código Civil).

cumprir ao invés atentar na modalidade de especial relevo no mútuo bancário: a das obrigações plurais solidárias.

Com efeito, afigura-se particularmente relevante compreender o regime das obrigações solidárias do lado passivo, que são aquelas em que o credor pode exigir a prestação integral de qualquer dos devedores e a prestação efectuada por um deles libera-os a todos perante o credor comum, conforme disposto no n.º 1 do artigo 512.º do Código Civil.

Não obstante estabelecer o artigo 100.º do Código Comercial a regra da solidariedade entre coobrigados, certo é que afasta essa obrigatoriedade quanto aos não-comerciantes, quanto aos contratos que, em relação a estes, não constituírem actos comerciais (excepto se tiver sido convencionada).

Portanto, o legislador não estabeleceu a solidariedade no mútuo bancário quando o sujeito passivo é um consumidor, nem exige uma declaração expressa, contentando-se, na falta de qualquer exigência especial da lei, com qualquer forma de declaração, expressa ou tácita, podendo ler-se no Acórdão da Relação de Guimarães⁴⁷, de 19 de Maio de 2011, que “se do contexto global do programa contratual firmado entre as partes for de concluir pelo seu acordo tácito no sentido dos mutuários se terem responsabilizado de igual forma perante o mutuante, então estamos perante uma obrigação solidária”.

Assim, e por força do estipulado no artigo 513.º do Código Civil, a solidariedade não se presume, verificando-se que o regime-regra é o das obrigações conjuntas ou parciárias, escrevendo igualmente Ana Afonso⁴⁸ que no mútuo bancário a obrigação dos devedores não comerciantes não será solidária, “a não ser que este (regime) tenha sido convencionado (Ac. RG 19/05/2011)”.

Parece-nos, contudo, que o credor prudente convencionou a solidariedade no contrato celebrado, de modo a acautelar o seu interesse “contra o risco da insolvência de algum dos obrigados”⁴⁹.

Com efeito, sendo a obrigação solidária entre os devedores, o dever de prestação integral incide sobre qualquer deles e verifica-se “o efeito extintivo recíproco da satisfação dada por qualquer deles ao direito do credor”⁵⁰. Certo é também que, nas obrigações solidárias plurais, o devedor que cumpra para além do seu dever, ou seja, pague para além da sua “quota na confecção do bolo”⁵¹, pode exigir dos seus codevedores a sua quota-parte – o que consiste no direito de regresso, “um verdadeiro direito de

⁴⁷ Proc. n.º 1585/10. 9.TBVCT-A.G1, disponível em dgsi.pt.

⁴⁸ Ana Afonso, 2021, p. 435.

⁴⁹ Antunes Varela, 2000, p. 753.

⁵⁰ Antunes Varela, 2000, p. 751.

⁵¹ Antunes Varela, 2000, p. 790.

compensação concedido *ex vi legis* ao devedor que satisfaz o direito do credor”⁵², previsto no artigo 524.º do Código Civil.

Para maior reforço da posição do credor, é igualmente comum a constituição de fiança (artigos 627.º e seguintes do Código Civil). Com efeito, tratando-se de uma garantia do cumprimento das obrigações, afigura-se do máximo interesse do credor que um terceiro (o fiador) assegure, com o seu património, o direito do credor.

Assim, uma vez esgotado o património do devedor (benefício de excussão prévia)⁵³, pode o credor exigir o cumprimento da obrigação pelo fiador, executando o seu património⁵⁴. Foi o que sucedeu no caso do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 6/2022, de 22 de Setembro, a analisar neste estudo, dada a declaração de insolvência dos devedores principais.

Aqui chegados, cumpre estudar individualizadamente a obrigação de restituir o capital mutuado e a obrigação de juros, visto revelar-se da máxima importância compreender a influência do tempo em cada uma.

2.1. A obrigação de restituição do capital mutuado

Naturalmente, “a restituição do capital (...) pode ser realizada num só momento, decorrido o prazo do empréstimo (*bullet repayment*), ou a quantia ser amortizada ao longo do tempo”⁵⁵.

Verificando-se a amortização ao longo do prazo do mútuo, a obrigação emergente do mútuo bancário terá como objecto uma prestação fraccionada, que Antunes Varela⁵⁶ define como aquelas “cujo cumprimento se protela no tempo, através de sucessivas prestações instantâneas, mas em que o objecto da prestação está previamente fixado, sem dependência da duração da relação contratual”.

Ou seja, o tempo limita-se a determinar a forma como a obrigação será cumprida, conhecendo ambos o devedor e o credor o objecto da obrigação fraccionada de capital, ou seja, o valor exacto a restituir no prazo do contrato.

Daí, que a falta de cumprimento de uma das prestações da obrigação fraccionada possa resultar no vencimento imediato das restantes, conforme estabelece o artigo 781.º do Código Civil, matéria a estudar aprofundadamente de seguida.

⁵² Antunes Varela, 2000, p. 789.

⁵³ A não ser que o fiador renuncie ao benefício de excussão prévia.

⁵⁴ O que não se verifica nos casos em que há um avalista – entenda-se, que foi prestada uma garantia real, pessoal, que apenas pode ser prestada em títulos de crédito, como a letra de câmbio e a livrança –, sendo a obrigação solidária entre o devedor e o avalista, enquanto na fiança vigora, como vimos, o princípio da subsidiariedade.

⁵⁵ L. Miguel Pestana de Vasconcelos, 2022, p. 195.

⁵⁶ Antunes Varela, 2000, p. 94.

A obrigação de capital, que é fraccionada e tem como objecto a prestação debitória, corresponde, por isso, às denominadas ‘quotas de amortização do capital’, que no mútuo retribuído são pagáveis com os juros.

Nos termos da alínea e) do artigo 310.º do Código Civil, as quotas de amortização do capital pagáveis com os juros prescrevem no prazo de cinco anos, podendo ler-se no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência⁵⁷ em análise que o prazo curto de prescrição se havia justificado “nos trabalhos preparatórios do Código Civil com o facto de a acumulação de juros com quotas de amortização poder originar, por sua vez, uma acumulação de contas rapidamente ruínosa para o devedor”. Esta matéria será estudada no Capítulo IV.

2.2. A obrigação de juros

A obrigação de restituição do capital mutuado, por todo o *supra* exposto, não levanta questões de maior, sendo de fácil compreensão que o seu cumprimento seja escalonado no tempo, não influenciando, no entanto, o decorrer do tempo a determinação do objecto da prestação debitória.

No entanto, emerge ainda do mútuo retribuído a obrigação de juros, que serve para remunerar o período durante o qual ficou o credor privado do capital mutuado. E esta obrigação assume uma característica determinante que interfere com a prestação debitória. Vejamos.

A obrigação de juros encontra previsão legal nos artigos 559.º a 561.º do Código Civil, podendo ler-se naquele último artigo que, *desde que se constitui, o crédito de juros não fica necessariamente dependente do crédito principal, podendo qualquer deles ser cedido ou extinguir-se sem o outro*.

Com efeito, sendo os juros de uma compensação feita pelo devedor ao credor pela utilização do capital, não se pode confundir a obrigação de juros, conforme ensina Antunes Varela⁵⁸, com as quotas de amortização do capital pagáveis com os juros, “que se destinam ao reembolso do capital, mas não constituem um rendimento deste, nem são a compensação pela utilização temporária desse capital”.

Ou seja, o nascimento da obrigação de juros pressupõe a obrigação de capital, mas não se confunde com aquela, desde logo por se tratar de uma obrigação periódica, ao passo que, como já expusemos neste estudo, a obrigação de capital assume a natureza de obrigação fraccionada. De facto, a obrigação de juros é periódica, uma vez que se renova “em prestações singulares sucessivas, por via de regra ao fim de períodos consecutivos”⁵⁹.

⁵⁷ Disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁸ Antunes Varela, 2000, p. 871.

⁵⁹ Antunes Varela, 2000, p. 93.

Aqui chegados cumpre explicar que o devedor procede, na maioria dos casos mensalmente, à entrega de uma prestação unitária e global através da qual paga a prestação debitória (objecto da obrigação fraccionada de capital) e a obrigação (periódica) de juros, designando-se por *renda*, na matemática financeira

todo o contrato que estabelece um conjunto de fluxos financeiros (pagos pelo emitente e recebidos pelo investidor) distribuídos no tempo com uma periodicidade certa e cujos valores – designados por prestações – seguem um determinado (...) plano de amortizações – se visando a extinção de um capital inicial em dívida⁶⁰.

Normalmente, no mútuo bancário, a renda é “*postecipada*”⁶¹, o que significa que a primeira prestação apenas ocorre decorrido o primeiro período da renda. Assim, por exemplo, para uma periodicidade mensal, apenas um mês depois da celebração do contrato haverá lugar ao pagamento da primeira renda. Renda essa que pode ser constante ou variável, consoante o seu valor “seja fixo ou não ao longo do tempo”⁶².

Vejamos, ensina Ricardo Cruz⁶³ que o valor de cada renda se

separa em duas componentes: (i) uma parcela imputável à amortização do capital em dívida, designada quota-capital, RK_t ; e (ii) uma segunda parcela devida à incidência de juros sobre o capital em dívida, denominada quota-juros, RJ_t :

$$R_t = RK_t + RJ_t$$

A importância relativa da quota-capital e da quota-juros (...) varia em função de diversas características do contrato que origina a renda, tais como (i) o prazo de vencimento do contrato; (ii) o nível da taxa de juro contratual; (iii) se a renda é de valor constante ou variável; ou, ainda, (iv) se a renda é antecipada ou postecipada, conquanto esta última característica tenha em regra reduzida influência na relação entre os valores das duas componentes da prestação.

Posto isto, tratando-se de uma renda de valor não fixo, porquanto foi contratada uma taxa de juros variável (que resulta da soma de duas componentes, o indexante ou taxa de referência, que é a Euribor, e o spread), o seu valor é dado por:

⁶⁰ Ricardo Cruz, 2017, p. 4.9.

⁶¹ Ricardo Cruz, 2017, p. 4.10.

⁶² Ricardo Cruz, 2017, p. 4.10.

⁶³ Ricardo Cruz, 2017, pp. 4.10-4.12.

$$P = \frac{K_0}{\frac{1 - (1 + i)^{-n}}{i}}$$

em que:

P é o valor da (...) renda de amortização, constante ao longo do prazo [0, n];

K₀ é o valor do capital inicial a ser amortizado ao longo do prazo [0, n]

i é a taxa de juro efectiva aplicável, ajustada à periodicidade de liquidação da prestação P, fixa ao longo do prazo [0, n]

n, mede o número total de prestações a liquidar ao longo do prazo [0, n].

Pelo que facilmente se compreenderá que a natureza periódica da obrigação de juros, cuja determinação depende do factor tempo (dado por [0, n], na matemática financeira) e “que tem influência decisiva na fixação do seu objecto”⁶⁴, influenciará a prestação debitória, não no que concerne à determinação do seu objecto, mas sim relativamente ao seu valor exacto (quando a taxa de juros é variável) ou quanto à importância relativa da quota-capital e da quota-juros em cada prestação (quando a renda é constante). Mas também nos casos em que o devedor procede a amortizações espontâneas do capital, o que, inevitavelmente, influenciará o montante da quota-juros nas prestações seguintes e o montante total da obrigação de juros a cumprir durante o prazo do contrato, visto ser calculada sobre um determinado montante em dívida num dado período.

Dada esta clara separação entre a obrigação (periódica) de juros e a obrigação (fraccionada) de capital, resulta igualmente inequívoco que a obrigação de juros pode ser considerada acessória⁶⁵, podendo autonomizar-se o crédito de juros, que, por isso, pode ser cedido, em todo ou em parte, pelo credor, do mesmo modo que se pode manter o crédito de juros uma vez extinta a dívida de capital.

Sendo certo que aquilo a que a matemática financeira chama de *renda* para o Direito consiste numa prestação unitária e global, cumpre frisar que a natureza das obrigações continua manifestamente distinta entre elas – em momento algum se pode confundir as características da obrigação fraccionada com as da obrigação periódica, não obstante, na prática, se efectuar um pagamento unitário, global, correspondente ao somatório da quota-capital e da quota-juros que assim a compõem.

Mais importante ainda é que, tratando-se de uma obrigação periódica cuja constituição está dependente do decurso do tempo, a falta de cumprimento de uma das prestações não provoca o vencimento imediato das restantes, contrariamente ao que sucede com as obrigações fraccionadas. Daí, que o credor que resolve o contrato apenas

⁶⁴ Antunes Varela, 2000, p. 94.

⁶⁵ Antunes Varela, 2000, p. 875.

possa exigir as prestações e os juros (de mora e remuneratórios) vencidos e as quotas de amortização do capital que se vencerem antecipadamente, devido à perda do benefício do prazo, conforme, de resto, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência⁶⁶ n.º 7/2009, de 5 de Maio.

Quanto ao seu prazo de prescrição, resulta claro da leitura do artigo 310.º, alínea d) do Código Civil que prescrevem no prazo de cinco anos e, por força do disposto no artigo 307.º do Código Civil, *a prescrição do direito unitário do credor corre desde a exigibilidade da primeira prestação que não for paga.*

⁶⁶ Disponível em www.dgsi.pt.

Capítulo II – O não cumprimento da obrigação fraccionada e o seu vencimento antecipado

1. O não cumprimento das obrigações imputável ao devedor e a perda do benefício do prazo

Uma vez que o cumprimento da obrigação consiste na realização voluntária da prestação debitória, visto que estabelece o n.º 1 do artigo 762.º do Código Civil que o *devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado*, deve reservar-se a utilização deste termo para os casos de “pagamento voluntário efectuados pelo devedor”⁶⁷, não abrangendo os pagamentos efectuados por terceiros ou a realização coactiva da prestação.

Característica essencial do cumprimento que nos parece relevante mencionar neste ponto do nosso estudo é que a regra da pontualidade, que Antunes Varela⁶⁸ entende como “a mais importante a observar no cumprimento da obrigação”, conceito este do qual se retira, entre outras ilações, que “o devedor não (...) pode exigir a redução da prestação estipulada, com fundamento na precária situação económica em que o cumprimento o deixaria”⁶⁹, assim se revelando a intenção do legislador de proteger, também, o interesse do credor.

Quanto ao tempo da prestação, conforme se expôs no Capítulo I, no mútuo retribuído considera-se estipulado a favor de ambos credor e devedor (nos termos do artigo 1147.º do Código Civil), conquanto tratando-se de uma obrigação a prazo ou a termo, por oposição às obrigações puras, nem o credor pode ser forçado a receber a prestação antes do tempo, nem o devedor pode ser coagido a efectuá-la⁷⁰.

Quando a prestação debitória não é realizada, verifica-se o não cumprimento da obrigação⁷¹, ou seja, o sujeito sobre quem recaem os deveres de prestação viola-os, “com a consequente insatisfação do interesse do credor”⁷².

A forma mais comum de incumprimento das obrigações é a constituição em mora imputável ao devedor, ou seja, a falta de pagamento da prestação debitória tempestivamente, ou após interpelação. Assim, surge, desde logo, como característica da mora tratar-se de um acto ilícito e culposo do devedor, sendo ainda necessário que “o

⁶⁷ Antunes Varela, 1997, p. 8.

⁶⁸ Antunes Varela, 1997, p. 14.

⁶⁹ Antunes Varela, 1997, p. 15.

⁷⁰ Antunes Varela, 1997, p. 44.

⁷¹ Antunes Varela, 1997, p. 60.

⁷² Brandão Proença, 2023, p. 174.

devedor continue com a possibilidade de cumprir de forma a satisfazer o existente interesse do credor”⁷³.

O artigo 808.º, n.º 1 do Código Civil prevê, na sua 1.ª parte, o incumprimento de contratos como o mútuo bancário, cujo prazo, é “relativamente fixo”⁷⁴, caso em que o credor pode não perder o interesse na prestação, isto é, apesar do incumprimento, pode o credor manter o interesse no cumprimento intempestivo, ou seja, fora do prazo previamente fixado.

Nessas circunstâncias, verificando-se a mora, o que implica que a obrigação seja certa, líquida e exigível⁷⁵ – ou seja, respectivamente, que a sua prestação esteja determinada, o seu montante apurado⁷⁶ e encontrando-se o credor em posição de poder exigir que o devedor a efectue, o que nas obrigações de prazo certo como a que temos vindo a analisar neste estudo se verifica quando a obrigação se vence (no prazo estipulado no contrato) –, fica o devedor obrigado a reparar os danos moratórios (nos termos do artigo 804.º, n.º1 do Código Civil) e pode acontecer que “o credor perca todo o interesse na prestação”⁷⁷.

Se a prestação tiver perdido o interesse que tinha para o credor, essa perda terá de ser provada pela mesmo e apreciada objectivamente, por força do disposto no n.º 2 do artigo 808.º, o que se justifica pela necessidade de “prevenir opções arbitrárias”⁷⁸ do credor. Assim, para que a mora seja convertida em incumprimento definitivo, o que permitirá ao credor resolver o contrato, o n.º 1 do mesmo artigo atribui-lhe o poder de fixar um prazo *razoável*⁷⁹ para que o devedor cumpra a prestação.

A notificação por meio da qual o credor atribui essa benesse ao devedor e que deve “claramente deixar transparecer a intenção do credor”⁸⁰ consiste na notificação admonitória ou interpelação admonitória. No mesmo sentido, ensina Brandão Proença⁸¹, citando Baptista Machado, que “essa interpelação deve ser integrada por um conteúdo preciso, a saber: a) a intimação para o cumprimento; b) a fixação de um termo peremptório para o cumprimento; c) admonição ou a cominação (declaração admonitória) de que a obrigação se terá por definitivamente não cumprida se não se verificar o cumprimento dentro daquele prazo”.

Feita a interpelação admonitória, poderá o credor resolver ou não o contrato, bem como poderá conceder ao devedor uma moratória (fazendo cessar a mora ou “os seus

⁷³ Brandão Proença, 2023, p. 406.

⁷⁴ Brandão Proença, 2023, p. 408.

⁷⁵ Antunes Varela, 1997, p. 115.

⁷⁶ Ilíquida será, por exemplo, a obrigação de juros se estes ainda não tiverem sido contados, naturalmente.

⁷⁷ Antunes Varela, 1997, p. 124.

⁷⁸ Brandão Proença, 2023, p. 408.

⁷⁹ Regra-geral, de quinze dias.

⁸⁰ Antunes Varela, 1997, p. 125.

⁸¹ Brandão Proença, 1991, pp. 158 e seguintes (*apud* Brandão Proença, 2023, p. 414).

efeitos já decorridos”⁸²), ou este último vir a “oferecer a prestação em falta acompanhada da respectiva indemnização moratória”⁸³.

Assim, e em particular, uma vez que a obrigação fraccionada emergente do mútuo bancário, que tem por objecto uma prestação com prazo limitado, concede ao credor a possibilidade de, vencido o prazo sem que a obrigação tenha sido cumprida, “*resolver* o contrato ou exigir indemnização pelo *dano moratório*”⁸⁴, mais uma vez referimos que se trata o mútuo bancário de um “negócio fixo *relativo* ou *simples*”⁸⁵. A resolução do contrato será estudada no Capítulo III.

Pelo que a possibilidade de o credor resolver o contrato devido à falta de pagamento de uma das prestações, considerando as restantes vencidas antecipadamente, significará a perda do benefício do prazo, entenda-se: a perda do benefício legal e contratualmente conferido ao devedor de cumprir a obrigação ao longo do prazo do contrato, nomeadamente, de forma fraccionada e, por isso, escalonada no tempo.

Com efeito, estabelece o artigo 781.º do Código Civil que *se a obrigação puder ser liquidada em duas ou mais prestações, a falta de realização de uma delas importa o vencimento de todas*. Analisemos, então, este instituto do vencimento antecipado.

2. O vencimento antecipado das quotas de amortização do capital pagáveis com juros

Como vimos, pode o credor resolver o contrato se, uma vez decorrido o prazo, a obrigação não tiver sido cumprida pelo devedor. Pelo que a falta de pagamento de uma prestação da obrigação (de capital) fraccionada importa o vencimento das restantes.

Conforme exposto no Capítulo I, o vencimento antecipado apenas ocorre relativamente às prestações de juro que restituem o capital mutuado, e não quanto à obrigação periódica de juros, a qual, por depender da sua constituição do decurso do tempo, não tem como se vencer antecipadamente, não sendo, por isso, exigível por força da perda do benefício do prazo⁸⁶.

O vencimento antecipado torna, por isso, exigível a realização de todas “as prestações restantes, cujo prazo ainda se não tenha vencido”⁸⁷, carecendo o vencimento imediato daquelas prestações de interpelação do devedor pelo credor⁸⁸, conforme estudado no subcapítulo anterior.

⁸² Brandão Proença, 2023, p. 417.

⁸³ Brandão Proença, 2023, p. 417.

⁸⁴ Antunes Varela, 1997, p. 45.

⁸⁵ Antunes Varela, 1997, p. 45.

⁸⁶ Menezes Leitão, 2018, p. 165.

⁸⁷ Antunes Varela, 1997, p. 53.

⁸⁸ Antunes Varela, 1997, p. 54.

Com efeito, não se verifica um vencimento automático, uma vez que aquele artigo 781.º confere ao credor o direito potestativo de exigir o pagamento do montante total em dívida, benefício este de que pode o credor não pretender usufruir, na esteira do que já preceituava o artigo 742.º do Código de Seabra.

Nesse sentido, escreve Menezes Leitão⁸⁹ que “o credor pode exigir o cumprimento imediato da obrigação” em caso de não cumprimento de uma das prestações “nas dívidas a prestações (art. 781.º)”, dizendo precisamente que, nesses casos, o credor pode “exigir antecipadamente as prestações que ainda não se venceram (art. 781.º)”⁹⁰, assim exigindo, querendo, a totalidade da dívida.

De igual modo, ensina Menezes Cordeiro⁹¹ que, perante a falta de pagamento de uma das prestações, “o credor pode reclamar o pagamento de todas as prestações, para esconjurar o risco do não-pagamento das restantes”.

Referindo-se a “cumprimentos parciais de uma mesma dívida”, Almeida Costa⁹² ensina que o credor pode “exigir antecipadamente as prestações vincendas” da obrigação fraccionada.

No mesmo sentido, Brandão Proença refere-se “ao pedido de cumprimento voluntário ou coercivo das prestações em dívida”⁹³ e Antunes Varela, alertando para o facto de o artigo 781.º não determinar um vencimento automático, escrevia que o credor podia exigir “todas as prestações restantes”⁹⁴.

Assim, dúvidas não restam que, por força do vencimento antecipado das prestações futuras, exige o credor, querendo, o pagamento do somatório dessas quotas de amortização do capital.

Com efeito, não tem o vencimento antecipado a faculdade de modificar a natureza da obrigação, que continua a ser fraccionada.

Pelo que o entendimento segundo o qual, por força do vencimento antecipado e da *destruição* do plano de amortização, a obrigação assume a sua “natureza original de capital e juros”⁹⁵, afigura-se erróneo, visto que, conforme resulta do estudo efectuado no Capítulo I, a obrigação de restituição do capital e a obrigação de juros foram sempre distintas, ainda que, na prática se tratasse a prestação a efectuar, a pagar, de uma prestação unitária e global de capital e juros – a *renda* da matemática financeira.

De facto, a única consequência do vencimento antecipado é, no nosso entender, que a obrigação de restituição do capital passa a tratar-se de uma obrigação pura, tal

⁸⁹ Menezes Leitão, 2018, p. 163.

⁹⁰ Menezes Leitão, 2018, p. 165.

⁹¹ Menezes Cordeiro, 2017, p. 95.

⁹² Almeida Costa, 2009, pp. 1018 e 1019.

⁹³ Brandão Proença, 1996, p. 76.

⁹⁴ Antunes Varela, 1997, p. 53.

⁹⁵ Plasmado em diversas decisões dos Tribunais Superiores, como nos Processos n.º 589/15.0T8VNF-A.G1, 2326/20.8T8LOU-A.P1, 22815/19.6T8PRT-A.P1, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

como referem Menezes Cordeiro⁹⁶ e Teresa Anselmo Vaz⁹⁷, na medida em que deixa de haver um prazo para o seu cumprimento.

Não resulta da lei, nem podia resultar, que o vencimento antecipado tivesse a faculdade de fazer extinguir a prestação debitória, porque se assim fosse, extinguia-se o objecto da obrigação, o que se afigura manifestamente inconcebível, na medida em que é na prestação debitória que se encontra alicerçada a obrigação.

Por todo o exposto, concordamos com a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, que uniformizou jurisprudência no sentido de prescreverem no prazo de cinco anos as quotas de amortização do capital pagáveis com juros quando ocorre o seu vencimento antecipado, nos termos da alínea e) do artigo 310.º do Código Civil, uma vez que o artigo 781.º “não altera a natureza das obrigações inicialmente assumidas (...), não altera o acordo inicial, o escalonamento inicial, relativo à devolução do capital e juros em quotas de capital e juros”.

Se assim não fosse, ou seja, se por força da perda do benefício do prazo e eventual resolução do contrato deixássemos de estar perante uma obrigação fraccionada, a prescrição prevista no artigo 310.º, alínea e), aplicar-se-ia apenas aos casos em que o credor não comunica ao devedor a perda do benefício do prazo, não lhe atribuindo um prazo razoável para pagar, assim se penalizando a inércia do credor apenas nos casos em que ficasse a assistir ao aumento exponencial do montante global em dívida, uma vez que a taxa de juros remuneratórios contratualmente fixada seria aquela a aplicar para efeitos do cálculo dos juros de mora, acrescida de uma sobretaxa (anual máxima) de 3%⁹⁸, ao invés da taxa legal de apenas 4%⁹⁹ aplicável pós resolução do contrato (nos casos em que o credor procede ao preenchimento da livrança-caução), o que não nos parece ter sido a intenção do legislador.

3. A responsabilidade obrigacional

Verificando-se o incumprimento definitivo, o que, conforme supra exposto, acontece quando o devedor não realiza a prestação no prazo que para tanto lhe é concedido pelo credor, por facto que lhe é imputável, tendo o credor perdido o interesse na sua realização, nasce a obrigação de indemnização pelos danos causados ao credor pela não realização da prestação, nos termos do artigo 798.º do Código Civil.

Assim, aplicam-se à responsabilidade obrigacional os pressupostos da responsabilidade civil delitual, a saber: a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade

⁹⁶ Menezes Cordeiro, 2017, p. 99.

⁹⁷ Teresa Anselmo Vaz, 1995, p. 22. Apesar de se referir a Autora à compra e venda a prestações, em que a obrigação fraccionada de pagamento do preço não “restitui” um capital, porquanto não houve mútuo.

⁹⁸ Fixada no artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de Maio.

⁹⁹ Fixada no artigo 1.º da Portaria n.º 291/2003, de 8 de Abril.

entre o facto e o dano. A ilicitude consiste na não realização da prestação devida, que o artigo 798.º apelida de falta de cumprimento, a culpa¹⁰⁰ é presumida (artigo 799.º do Código Civil), suportando o devedor o ónus de provar a ausência de culpa na violação do dever a que estava obrigado, e a conduta do devedor terá de causar danos ao credor, naturalmente.

Nos termos do artigo 562.º do Código Civil, dever-se-á efectuar a reconstituição natural, apenas procedendo à indemnização em dinheiro quando aquela *não seja possível, não repare os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor*, conforme disposto no artigo 566.º.

No âmbito dos danos, a indemnização compreende não só o prejuízo causado, como os lucros cessantes, nos termos do n.º 1 do artigo 564.º, e os danos futuros, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito. E, contrariamente ao que sucede na responsabilidade delitual, Menezes Leitão¹⁰¹ entende que na responsabilidade civil obrigacional, “a indemnização abrange o chamado interesse contratual positivo (...), ou seja, todas as utilidades que se frustraram em virtude da não realização da prestação”, no intuito de colocar o credor na situação que existiria *se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação* (artigo 562.º). Fica, assim, excluídos os danos causados pelo credor ou que este podia ter evitado¹⁰².

No mesmo sentido, para Menezes Cordeiro¹⁰³ a indemnização pelo interesse contratual negativo e a indemnização pelo interesse contratual positivo consistem na atribuição de um valor correspondente aos danos emergentes e aos lucros cessantes, mas calculados de forma distinta em cada caso. Assim, tendo em vista colocar o credor na posição que estaria se nunca tivesse celebrado o contrato, a indemnização serve para compensar pelo interesse negativo, ao passo que se o credor houvesse de ser colocado na situação em que estaria se “as negociações tivessem chegado a bom porto”, será indemnizado pelo interesse contratual positivo.

Por fim, surge ainda como princípio fundamental da obrigação de indemnização o nexo de causalidade entre o facto e o dano, previsto no artigo 563.º, nos termos do qual *a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*.

¹⁰⁰ Podendo tratar-se de dolo – directo, necessário ou eventual – ou de negligência – consciente ou inconsciente –, nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.

¹⁰¹ Menezes Leitão, 2018, p. 255.

¹⁰² Brandão Proença, 2023, pp. 312-316.

¹⁰³ Menezes Cordeiro, 2017, p. 941.

Retomaremos a matéria relativa à responsabilidade obrigacional no próximo Capítulo, uma vez que a sua natureza distinta das obrigações emergentes do mútuo bancário releva no nosso estudo para a compreensão da natureza da obrigação exigível pelo credor que opta pela resolução do contrato.

Capítulo III – A resolução do contrato e os seus efeitos

1. A resolução do contrato

O artigo 801.º, n.º 2, do Código Civil estabelece que, *tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.*

Se previsto no contrato celebrado, este poder de resolver o contrato é concedido ao credor numa cláusula resolutiva (a qual se distingue da condição resolutiva, uma vez que esta última “arrasta consigo a imediata destruição da relação contratual, logo que o facto futuro e incerto se verifica”¹⁰⁴).

Para Antunes Varela¹⁰⁵, nas relações obrigacionais “*complexas ou múltiplas*”, como sejam as que têm como fonte os contratos bilaterais, as obrigações de ambas as partes do negócio podem ser “*isoladamente extintas*” desde logo pelo seu cumprimento, mas podem verificar-se “*factos extintivos* que atingem a relação obrigacional complexa no seu todo”, como as invalidades, nulidades e anulabilidades, e outros que “apontam directamente para a relação contratual”, não afectando a validade do contrato, como sejam a resolução, a revogação e a denúncia, que surgem, portanto, como “formas de reacção contra certas vicissitudes da relação contratual”, atacando, assim, os efeitos do contrato.

Menezes Cordeiro¹⁰⁶ entende que o termo mais rigoroso será o de “supressão da fonte” (do contrato), uma vez que a extinção de relações complexas, como lhe chama Antunes Varela, “parece pressupor que, de um contrato (ou ato unilateral) não possam surgir relações simples”. Mais escreve que “o art. 432.º/1 não limita a resolução por incumprimento aos contratos sinalagmáticos, bilaterais ou com prestações recíprocas”¹⁰⁷, entendendo que os contratos unilaterais, como seja o mútuo, são passíveis de resolução.

No mesmo sentido, também Brandão Proença¹⁰⁸ entende que os contratos unilaterais, como o mútuo, podem ser resolvidos.

Já no que concerne ao escopo legal da resolução, se é certo que para Antunes Varela¹⁰⁹ a resolução consiste na “destruição da relação contratual” (validamente constituída), realizada unilateralmente (artigo 436.º, n.º 1, do Código Civil) por uma das

¹⁰⁴ Antunes Varela, 1997, p. 278.

¹⁰⁵ Antunes Varela, 1997, pp. 273-275.

¹⁰⁶ Menezes Cordeiro, 2020, p. 447.

¹⁰⁷ Menezes Cordeiro, 2020, p. 458.

¹⁰⁸ Brandão Proença, 1996, pp. 95, 98-99.

¹⁰⁹ Antunes Varela, 1997, pp. 275-276.

partes devido a um acontecimento posterior à celebração do contrato, assentando, normalmente, “num poder *vinculado*, obrigando-se o autor a alegar e provar o fundamento, previsto na convenção das partes ou na lei (arts. 801.º, 2 e 802.º, 1), que justifica a destruição unilateral do contrato”, já para Menezes Cordeiro¹¹⁰ a tese de Heinrich Stoll fará mais sentido, escrevendo que, para este último, a resolução não visa “uma pura e simples extinção do contrato, mas, tão-só, a sua transformação”, passando a existir uma relação de liquidação. Também Pais de Vasconcelos, Pedro, e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos reiteram que a resolução “não cria um vácuo jurídico”¹¹¹.

No mesmo sentido, ensina Brandão Proença¹¹² que

A resolução (...) não é um instrumento puramente negativo, concretizado numa retroactividade mais ou menos arbitrária, mas visa (*maxime* quando houve um princípio de execução contratual) uma “liquidação” adequada à própria finalidade normal (ou funcionalidade) do direito: o “regresso” (não necessariamente retroactivo) ao estado económico-jurídico anterior à frustração ou à alteração contratual e numa base quanto possível igualitária entre ambas as partes.

Com efeito, entende aquele Autor¹¹³ que a resolução se equipara à anulabilidade, desde logo ao nível da “liquidação contratual”. No entanto, como bem sabemos, a resolução pode derivar da lei ou de convenção (artigo 432.º, n.º 1, do Código Civil), enquanto a anulabilidade tem fonte exclusivamente legal. Característica distinta entre ambos institutos é também que, contrariamente ao que acontece na anulabilidade, por força do “princípio da conservação negocial na esfera resolutiva”, na resolução está presente a ideia da “convalidação do negócio anulável, ou seja, com ‘a máxima preservação da actividade negocial’”.

Quanto aos efeitos da resolução, que, tal como a anulação, para Brandão Proença¹¹⁴, conduz a “uma ‘eficácia retroactiva-recuperatória’ (...), bem como (e implicitamente) a uma ‘eficácia liberatória’ das obrigações ou prestações ainda não executadas”, entendendo que uma vez que este instituto procura “eliminar o ‘vício’ de uma declaração contratual”, essa eficácia retroactiva explica-se e compreende-se pela intenção de colocar a parte adimplente na situação em que encontrava antes da celebração do negócio.

Já Menezes Cordeiro¹¹⁵ entende que “não há paralelo possível” à nulidade ou anulabilidade, tendo em conta que a nulidade surge como um “vício intrínseco, com um

¹¹⁰ Menezes Cordeiro, 2020, p. 464.

¹¹¹ Pedro Pais de Vasconcelos & Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, 2019, p. 761.

¹¹² Brandão Proença, 1996, p. 165.

¹¹³ Brandão Proença, 1996, pp. 22-29.

¹¹⁴ Brandão Proença, 1996, pp. 30-32.

¹¹⁵ Menezes Cordeiro, 2020, p. 463.

regime matemático (286.º)”, enquanto a anulabilidade deixa o negócio ileso, “salvo o direito potestativo reconhecido a uma das partes de o impugnar, com uma série de limites (287.º)”. Para este Autor, o que o legislador terá querido dizer com a equiparação prescrita no artigo 433.º do Código Civil é que a resolução se equipara “quanto aos seus efeitos, à declaração de nulidade ou à anulação”¹¹⁶, sendo certo que os efeitos da resolução o são apenas entre as partes (nos termos do artigo 433.º), enquanto a nulidade e a anulabilidade são oponíveis a terceiros (artigo 291.º, n.º 1 *a contrario*).

No entanto aquele Autor¹¹⁷ conclui igualmente que “da resolução resulta uma relação de liquidação” e que se mantém o seu enquadramento “na relação obrigacional complexa inicialmente constituída, reforçada pelos deveres acessórios”, uma vez que sem mencionar continuamente o contrato resolvido, não se pode discernir o rumo dos acontecimentos após a resolução, e que, além disso, a retroatividade da resolução “não implica o desfazer de quanto adveio do contrato atingido” – tratando-se, apenas de “desfazer as prestações principais”, o que é pertinente para o cálculo da eventual indemnização que venha a ser reclamada pelo credor.

No que concerne à regra da retroactividade é pacífico que a mesma, em casos como o que está em análise no nosso estudo, será limitada se contrariar a finalidade da resolução, o que acontece, naturalmente, nos casos em que se funda no não cumprimento definitivo, uma vez que se afiguraria desprovido de sentido ser o credor adimplente obrigado a restituir as prestações efectuadas pelo devedor inadimplente.

2. Os efeitos da resolução contratual: a relação de liquidação

Tal como os supracitados Autores, também Baptista Machado¹¹⁸ escreveu que a resolução por incumprimento não faz desaparecer a relação contratual, antes a convertendo numa relação de liquidação – ou seja, resolve-se o contrato, mas o contrato não se extingue, apenas a relação (directa) de cumprimento se converte na relação (sucédânea) de liquidação.

Pais de Vasconcelos, Pedro, e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos¹¹⁹ mais ensinam que a liquidação deve ser harmoniosa, não prejudicando os interesses quer do credor quer do devedor e que “as prestações que só se venceriam no futuro não podem ser exigidas no imediato, sem mais”, assim expondo que o acto de liquidação consiste apenas nisso mesmo – no cálculo do valor devido, sendo certo que numa obrigação fraccionada, parte do valor exigido corresponderá, assim, ao somatório das prestações que se venceram antecipadamente.

¹¹⁶ No mesmo sentido, vide Pedro Pais de Vasconcelos & Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, 2019, p. 761.

¹¹⁷ Menezes Cordeiro, 2020, p. 465.

¹¹⁸ Baptista Machado, 1991, pp. 25-26.

¹¹⁹ Pedro Pais de Vasconcelos & Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, 2019, p. 762.

Acresce que, por força do princípio do nominalismo monetário, previsto no artigo 550.º do Código Civil, não se verifica qualquer processo de actualização no tocante à restituição do capital mutuado (ou seja, de prestações pecuniárias)¹²⁰, esclarecendo Brandão Proença¹²¹ que, por isso, as dívidas não são convertidas em obrigações pecuniárias “a ‘restituir’ pelo seu valor nominal”. Ou seja, não estamos, nestes casos, perante uma obrigação de valor.

Assim, a dívida de capital, ou seja, as quotas de amortização do capital mutuado pagáveis com os juros, no âmbito da relação de liquidação passarão apenas pelo processo de cálculo do seu somatório, dado tratar-se de uma obrigação pecuniária.

Mais importante ainda afigura-se compreender que através daquele acto de liquidação não nasce uma obrigação nova de restituição do capital mutuado.

Com efeito, a única obrigação que nasce por força do incumprimento definitivo e que se articulará com a resolução é a obrigação de indemnizar. Pelo que somos do entendimento de que a expressão «criação do dever de restituir» deve ser usado com cautela, porquanto em momento algum estamos perante uma obrigação nova no que concerne ao capital.

Aliás, não sendo a resolução uma causa extintiva das obrigações, surgindo antes como causa modificativa da relação negocial, também não se extingue a obrigação fraccionada constituída pela celebração do contrato, conclusão a que já havíamos chegado no capítulo anterior quanto aos efeitos do vencimento antecipado da obrigação de capital.

2.1. A obrigação de indemnização

Uma vez que tem de se proceder ao cálculo do montante da indemnização pecuniária quando não haja lugar à reconstituição natural, através da determinação do valor dos danos causados pelo inadimplente ao credor, a obrigação de indemnização de é uma obrigação de valor.

Para Antunes Varela¹²², a indemnização deve medir-se “pela diferença entre a situação (*real*) em que o facto deixou o lesado e a situação (*hipotética*) em que ele se encontraria sem o dano sofrido”.

Sendo certo que, nas mais das vezes, terão as partes acordado o montante da indemnização exigível numa cláusula penal (prevista no artigo 810.º do Código Civil), como, por exemplo, que corresponderá a 10% do capital em dívida na data da resolução.

¹²⁰ Excepto nos casos previstos no artigo 551.º do Código Civil.

¹²¹ Brandão Proença, 1996, p. 170.

¹²² Antunes Varela, 2000, p. 907.

Para aquele último Autor, se o credor resolver o contrato, a indemnização terá de se limitar ao interesse contratual negativo (ou de confiança), por não aceitar a ideia de ressarcir o credor pelo “benefício que normalmente lhe traria a execução do negócio”¹²³ tendo ele optado por não manter o contrato. Naquelas circunstâncias, nos termos do artigo 801.º, n.º 2, se o credor já tiver realizado a sua contraprestação, pode exigir a sua restituição por inteiro; se ainda não a tiver efectuado, fica desonerado de a cumprir, podendo ser indemnizado pelo interesse contratual negativo (não se recorrendo, portanto, à teoria da diferença).

No mesmo sentido, Menezes Leitão¹²⁴, referindo-se a negócios bilaterais e a prestações recíprocas, entende que o credor pode optar por exigir uma indemnização pelo interesse contratual positivo ou por resolver o contrato, caso em que a indemnização se limitará ao interesse contratual negativo.

Diferentemente, e criticando veemente aquele entendimento, Menezes Cordeiro¹²⁵ ensina que, havendo resolução, a eventual indemnização cumulativa não terá de se cingir ao interesse contratual negativo, mais expondo que Antunes Varela se socorre do artigo 908.º para defender tal limitação, o que entende afigurar-se desprovido de sentido, visto que aquele preceito apenas se aplica à compra e venda, “prevê uma anulação e não a resolução por incumprimento” e “reporta-se ao caso erro-dolo (artigo 253.º) e não a qualquer ato ilícito”.

Não sendo este tema relevante para o nosso estudo, diremos apenas que, de facto, os nossos Tribunais não rejeitam a possibilidade de, em determinados e excepcionais casos, ser cumulável com a resolução uma indemnização pelo interesse contratual positivo, tendo assim decidido o Supremo Tribunal de Justiça¹²⁶, em 12/02/2009 e em 08/09/2016, podendo ler-se naquele primeiro Acórdão que a parte que resolveu o contrato “terá de alegar e provar, além do mais, os factos que possam integrar essa situação de excepcionalidade” e no segundo que esta possibilidade se verificará “nos casos em que, afinal, a resolução do contrato não tem eficácia retroativa ou esta se encontra especialmente mitigada ou restringida (...)”, “pressupondo que o credor deixe claramente demonstrada (...) a insuficiência da indemnização que decorreria da estrita lesão do interesse contratual negativo para o ressarcir efectiva e integralmente do dano sofrido”.

Certo é que, e no que releva para o nosso estudo, a obrigação de indemnizar, tendo por fonte a responsabilidade civil obrigacional, trata-se de uma obrigação nova, não emergente do contrato.

¹²³ Antunes Varela, 1997, pp. 109-112.

¹²⁴ Menezes Leitão, 2018, p. 270.

¹²⁵ Menezes Cordeiro, 2017, pp. 942-947.

¹²⁶ Processos n.ºs 08B4052 e 21769/10.9T2SNT.L1.S1, ambos disponíveis em www.direitoemdia.pt.

3. O procedimento de injunção e o preenchimento da livrança

Nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 269/98, de 01 de Setembro, na redacção que lhe é dada pela Lei n.º 117/2019, de 13 de Setembro, serve o procedimento de injunção para exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias *directamente* emergentes de contratos de valor não superior a € 15.000, ou, independentemente desse valor, créditos de natureza contratual emergentes de transacções comerciais que deram origem ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços, consistindo num mecanismo célere e simplificado de obter um título executivo.

Conforme decidiu o Tribunal da Relação do Porto¹²⁷, em 14/09/2023, não pode ser exigido no procedimento de injunção o cumprimento de qualquer obrigação não emergente *directamente* do contrato, nomeadamente obrigação “derivada de responsabilidade civil”.

No mesmo sentido decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa¹²⁸, em 17/12/2015, entendendo que a cláusula penal, enquanto obrigação de valor, intervindo “o valor pecuniário apenas como meio de liquidação”, contrariamente ao que sucede com os juros de mora, não pode ser reclamada no âmbito do procedimento de injunção.

Com efeito, ensina Carvalho Gonçalves, Marco,¹²⁹ que “não é admissível a dedução, em sede de procedimento de injunção, de pedido de pagamento de uma cláusula penal (art. 810.º do CC) e/ou de uma indemnização por incumprimento contratual”.

Assim, dúvidas subsistissem quanto ao facto de a resolução do contrato, bem como a perda do benefício do prazo, não terem a faculdade de extinguir a obrigação emergente do contrato, encontrar-se-ia o quesito dirimido pela análise deste mecanismo destinado a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias emergente de contratos, podendo o credor dele lançar mão após resolução do contrato, reclamando o valor que houver apurado em sede de liquidação, excepto na parte que corresponda à indemnização, por não se tratar de uma obrigação emergente do contrato.

No entanto, já no que concerne ao preenchimento da livrança-caução que garanta o bom pagamento da obrigação, pode suscitar-se a questão de saber se “nasce” a obrigação cambiária. Ou seja, se estamos perante uma obrigação nova por virtude do preenchimento da livrança.

A resposta é negativa. Com efeito, a livrança “reconhece uma dívida pré-existente”¹³⁰, enunciando “simples e *directamente* uma promessa de pagamento”¹³¹. O

¹²⁷ Processo n.º 109743/21.8YIPRT.P1, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁸ Processo n.º 122528/14.9YIPRT.L1-2, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁹ Marco Carvalho Gonçalves, 2020, p. 131.

¹³⁰ José Lebre de Freitas, 2004, pp. 58-59.

¹³¹ Marco Carvalho Gonçalves, 2020, p. 102.

efeito do seu preenchimento é tão-só o de capitalização dos juros e da obrigação de indemnização, regra geral¹³².

É de notar ainda que a obrigação cambiária prescreve no prazo de 3 anos (a contar da data de vencimento da obrigação), nos termos dos artigos 70.º e 77.º da Lei Uniforme das Letras e Livranças (LULL), pelo que o credor portador de uma livrança e que resolva o contrato, preenchendo-a, terá de a accionar dentro daquele prazo prescricional, ainda inferior ao prazo de cinco anos previsto no artigo 310.º do Código Civil.

Naturalmente, a prescrição da obrigação emergente do contrato ou, nesta sede, da obrigação causal, “determina, no domínio das relações imediatas, a necessária extinção da obrigação cartular”¹³³.

¹³² A capitalização dos juros depende de prévia convenção das partes e apenas pode ocorrer nos estreitos termos previstos no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de Maio.

¹³³ Tribunal da Relação de Coimbra, 25/01/2022, Processo n.º 1717/20.9T8ACB-A.C1, disponível www.dgsi.pt.

Capítulo IV – O prazo de prescrição das quotas de amortização do capital pagáveis com juros, ocorrendo o seu vencimento antecipado

1. O prazo (curto) de prescrição

O artigo 300.º do Código Civil estabelece a inderrogabilidade da prescrição ao impor a nulidade dos *negócios jurídicos destinados a modificar os prazos legais da prescrição ou a facilitar ou dificultar por outro modo as condições em que a prescrição opera os seus efeitos*.

Tal é a importância daquele preceito, que, para Pais de Vasconcelos, Pedro, e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos¹³⁴, a prescrição surge no Direito como um mecanismo estabilizador das situações, posições e relações jurídicas, por meio da qual “a pessoa vinculada se recuse ao cumprimento quando o direito não foi exercido durante um tempo mais ou menos longo”, nos termos do artigo 304.º, n.º 1, aplicando-se a todos os direitos, desde que não sejam indisponíveis ou a lei não os declare isentos de prescrição, conforme disposto no n.º 1 do artigo 298.º. Surgindo, no entender daqueles Autores, como um “efeito jurídico da inércia prolongada do titular do direito no seu exercício” por via do qual a pessoa em tempos obrigada pode recusar o cumprimento ou a conduta a que estava vinculada, invocando¹³⁵ a prescrição como meio de defesa, não mais lhe sendo exigível o cumprimento da prestação da obrigação prescrita, o que consubstancia a exceção de não cumprimento prevista no artigo 430.º. Mais escrevem que, caso assim não fosse, verificar-se-ia “uma enorme insegurança no tráfego jurídico”.

Assim, e nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 298.º, a prescrição não se confunde com a caducidade – situações em que o direito não é exercido dentro de um certo lapso temporal, a não ser que a lei se refira expressamente à prescrição -, nem, nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, com o não uso – que surge como “extinção privativa dos direitos reais de gozo, aos quais não se aplica o regime da prescrição”.¹³⁶

A prescrição pode ser comum ou presuntiva. Na prescrição comum, basta a invocação da inércia do credor no exercício do seu direito dentro do prazo legal para que o obrigado se possa recusar a cumprir a prestação, ocorrendo quer o devedor já a tenha cumprido, quer não¹³⁷. Já a prescrição presuntiva (prevista nos artigos 312.º e seguintes) é aquela que, como o nome indica, ocorre quando se presume que o cumprimento já se

¹³⁴ Pedro Pais de Vasconcelos & Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, 2019, pp. 384-386.

¹³⁵ Não é de conhecimento oficioso, nos termos do artigo 303.º do Código Civil.

¹³⁶ Menezes Leitão, 2018, p. 110.

¹³⁷ Pedro Pais de Vasconcelos & Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, 2019, p. 387.

verificou, após um certo lapso temporal, ficando o devedor dispensado de provar que, de facto, cumpriu o seu dever de prestar.

O artigo 309.º estabelece o prazo ordinário de prescrição comum, que é de vinte anos, ao passo que o artigo 310.º estabelece um prazo mais curto de prescrição comum, o de cinco anos, que Júlio Gomes¹³⁸ ensina ter como fundamento e intenção “evitar que a inércia do credor conduza a um acumular de prestações, normalmente pecuniárias, cuja exigência poderia revelar-se extremamente onerosa para o devedor”.

Conforme já referimos neste estudo, enquadram-se neste prazo prescricional mais curto de cinco anos as quotas de amortização do capital pagáveis com juros, mesmo tendo ocorrido o seu vencimento antecipado e tendo o contrato em causa sido resolvido, por todo quanto foi exposto nos Capítulos II e III.

Este prazo mais curto aplicável às quotas de amortização, também na opinião de Morais Antunes, Ana Filipa¹³⁹, tem como objectivo evitar que “se produza a ruína do devedor”.

2. O início da contagem do prazo de prescrição

Quanto ao início da contagem do prazo, a regra geral é de que, enquanto o direito não puder ser exercido, o prazo prescricional não começa a correr, conforme se pode concluir da 1.ª parte do n.º 1 do artigo 306.º do Código Civil, existindo regras de início de contagem do prazo diferentes naquele artigo 306.º e ainda nos artigos 307.º e 308.º, estipuladas para casos especiais.

Pode ler-se na 2.ª parte do n.º 1 do artigo 306.º que *se, porém, o beneficiário da prescrição só estiver obrigado a cumprir decorrido certo tempo sobre a interpelação, só findo esse tempo se inicia o prazo da prescrição*. Ou seja, se o credor proceder à interpelação admonitória, só decorrido o prazo ali fixado para o cumprimento terá início a contagem do prazo prescricional.

Assim, se o credor proceder à interpelação admonitória para intimar o devedor ao cumprimento, imagine-se, de duas prestações vencidas, apenas após o decurso do (novo) prazo fixado começa a correr o prazo de prescrição daquelas prestações, não se nos suscitando dúvidas quanto a esta hipótese.

Na parte que concerne a este estudo, importa averiguar quando começa a contar o prazo de prescrição das quotas de amortização do capital pagáveis com os juros, ocorrendo o seu vencimento antecipado, por força da perda do benefício do prazo.

Pois bem, se é certo que o estipulado no artigo 781.º do Código Civil se limita a conferir ao credor um direito potestativo de exigir as prestações vincendas por força do

¹³⁸ Júlio Gomes, 2023, pp. 920-921.

¹³⁹ Ana Filipa Morais Antunes, 2010, pp. 45-46.

não cumprimento de uma das prestações da obrigação fraccionada, parece-nos que também o será que não exercendo o credor esse direito, as prestações não se vencem antecipadamente, mas apenas no prazo convencionado, visto não ocorrer a perda do benefício do prazo.

Com efeito, e conforme expusemos no Capítulo II, o vencimento antecipado das prestações carece de interpelação do devedor pelo credor, que poderá resolver ou não o contrato no seguimento dessa comunicação, não se tratando o vencimento previsto naquele artigo 781.º de um vencimento automático.

Assim, não tendo ocorrido o seu vencimento antecipado, a realização das prestações não pode ser exigida pelo credor, pelo que não se verifica a circunstância prevista na 1.ª parte do n.º 1 do artigo 306.º do Código Civil para o início da contagem do prazo de prescrição. De facto, também concluímos naquele Capítulo II que uma obrigação só é exigível ocorrendo o seu vencimento, o que não se verificará se o credor não proceder à interpelação admonitória. Ou seja, se o prazo de prescrição começa a contar a partir do momento em que o direito pode ser exercido, carecendo a exigibilidade de uma obrigação a prazo do seu vencimento, o prazo de prescrição não começa a correr na data do incumprimento, mas sim apenas na data em que o credor considere as prestações vencidas antecipadamente por força do incumprimento definitivo.

Mas coloquemos a seguinte hipótese académica para analisar o que sucederia se assim não fosse: o devedor não cumpriu as prestações que se venceram nos dias 08/01/2024 e 08/02/2024, pelo que no dia 09/02/2024 procedeu à interpelação admonitória, exigindo o pagamento daquelas prestações, advertindo o devedor da admonição. Suponhamos que é concedido o prazo de quinze dias para o cumprimento e que esse prazo termina no dia 26/02/2024 – por força do disposto na 2.ª parte do n.º 1 do artigo 306.º, só a partir do dia 27/02/2024 começará a correr o prazo de prescrição das quotas vencidas e não pagas nos meses de Janeiro e Fevereiro. Pelo que aquelas quotas encontrar-se-ão prescritas no dia 27/02/2029 (não ocorrendo qualquer causa suspensiva ou interruptiva, prevista nos artigos 318.º a 327.º).

Ora, seguindo a letra da 1.ª parte do n.º 1 do artigo 306.º, na ausência de novo prazo, a prescrição das prestações futuras começaria a contar a partir da data em que o direito pode ser exercido, entendendo-se nesta hipótese académica ocorrer um vencimento automático.

Assim, todas as prestações que se venceriam a partir de 08/03/2024 até termo do prazo convencionado, imagine-se até 08/03/2034, tornaram-se exigíveis no dia 09/01/2024, perante a falta de cumprimento da prestação que se venceu no dia 08/01/2024.

Logo, o prazo de prescrição de todas aquelas prestações *vincendas* começaria a contar em 09/01/2024, pelo que as mesmas se encontrariam prescritas no dia 09/01/2029, em data anterior à das prestações mais antigas em data, que apenas prescrevem no dia 27/02/2029, por força da interpelação admonitória.

Ora, parece-nos claro que esta hipótese não se afigura minimamente plausível, uma vez que, tendo como certo que o artigo 781.º do Código Civil se limita a conceder um direito potestativo ao credor de considerar que se venceram todas as prestações por força da inadimplência do devedor, sendo perfeitamente aceitável que este não pretenda usufruir desse direito, mantendo o interesse na prestação, não se coaduna essa ausência de um vencimento automático com o início de contagem do prazo de prescrição de todas as prestações.

Assim, se o credor não considerar vencidas todas as prestações por força do incumprimento, não o transmitindo ao devedor, o prazo de prescrição de cada quota de amortização do capital pagável com os juros apenas começa a correr a partir do seu vencimento convencionado.

Pelo que, retomando o nosso caso prático, mas supondo que o credor não procede à interpelação admonitória, o prazo de prescrição das quotas vencidas em 08/01/2024 e 08/02/2024 começa a contar a partir dessas datas, nos termos da 1.ª parte do n.º 1 do artigo 306.º, e assim sucessivamente.

Logo, se o devedor não mais pagar qualquer prestação e apenas em 08/03/2029 vier o credor a proceder à interpelação admonitória, na qual adverte o devedor de que considerará o incumprimento definitivo se o devedor não regularizar a situação de incumprimento até 08/04/2029, naquela data as prestações que se venceram há mais de cinco anos encontram-se prescritas.

Ou seja, o credor que apenas resolva o contrato no dia 08/04/2029 apenas poderá exigir o pagamento das prestações que se venceram a partir de 08/04/2024 e as que se venceram antecipadamente naquele dia 08/04/2029, cujo prazo de prescrição apenas naquela data começou a correr.

Por todo o exposto, não concordamos com o aparente entendimento do Supremo Tribunal de Justiça no AUJ n.º 6/2022, de 22 de Setembro, de que naquele caso a dívida se encontrava prescrita na totalidade por força do disposto na clausulado do contrato, que concedia ao credor o direito de considerar o empréstimo vencido se os devedores deixassem de cumprir alguma das obrigações a que estavam adstritos, entendendo que, por isso, operou o vencimento antecipado nas datas em que os devedores entraram em incumprimento.

De facto, entendemos que aquela cláusula se limita a estipular o já previsto no artigo 781.º do Código Civil – a mera faculdade de o credor considerar o vencimento antecipado, se tiver perdido o interesse na prestação.

Pelo que, naquele caso, tendo os contratos sido incumpridos nos dias 16/01/2013 e 16/12/2012, naquelas datas começaram a contar apenas e tão-só os prazos de prescrição daquelas prestações vencidas e não pagas, e assim sucessivamente.

Pelo que, quando a credora procedeu à interpelação admonitória no dia 24/05/2019, tendo considerado o incumprimento definitivo no dia 01/07/2019, apenas nesta data se venceram antecipadamente as restantes prestações daquele ano até final (2031), sendo que se encontravam prescritas as prestações que se foram vencendo no prazo convencionado, desde que há mais de cinco anos.

Aqui chegados, cumpre apenas dar nota que a forma que o credor tem ao seu dispor para contornar este prazo curto de prescrição será através da obtenção de sentença passada em julgado, ou de outro título executivo, que reconheça o seu direito, nos termos do n.º 1 artigo 311.º do Código Civil.

Assim, o credor que perca o interesse na realização da prestação debitória, efectuando a devida interpelação admonitória e resolvendo o contrato, assim se verificando a perda do benefício do prazo e vencendo-se antecipadamente todas as prestações, pode, por exemplo, intentar uma acção declarativa para o reconhecimento da validade da resolução contratual, peticionando o pagamento do montante que houver liquidado, e a sentença que venha a reconhecer o seu direito determinará um novo prazo de prescrição da obrigação – o prazo ordinário de vinte anos (artigo 309.º do Código Civil).

Conclusões

Do mútuo bancário, enquanto contrato (sempre) oneroso, por força do disposto no artigo 395.º do Código Comercial, nascem a obrigação de restituição do capital mutuado e a obrigação de pagamento dos juros que ressarcem o credor pelo período de aplicação do capital.

O contrato de mútuo bancário é um contrato unilateral, visto entender-se que apenas cria obrigações para o devedor: o dever de cumprir *unilateralmente* as obrigações de restituição do capital mutuado e de pagar os juros.

As obrigações, tal como definidas no artigo 397.º do Código Civil, têm como objecto a prestação debitória, ou seja, a prestação devida ao credor (sujeito activo) pelo devedor (sujeito passivo), assim consistindo no meio através do qual se satisfaz o interesse creditício.

O vínculo jurídico, que é constituído pela conexão existente entre os poderes concedidos ao credor e os correlativos deveres impostos ao devedor, determina a existência de uma relação de subordinação, tendo o credor o poder de exigir a prestação e o devedor a obrigação de a efectuar, sendo possível aplicar uma sanção pelo não cumprimento da obrigação.

Por força da teoria clássica, a obrigação surge como um direito do credor à prestação, não se esgotando naquele dever de prestar, uma vez que envolve ainda o vínculo essencial de responsabilidade.

Nos termos do artigo 100.º do Código Comercial, a obrigação emergente do mútuo bancário é solidária entre os coobrigados, excepto se estes forem não- comerciantes, *quanto aos contratos que, em relação a estes, não constituírem actos comerciais* (excepto se for convencionada) – é o que se verifica, por exemplo, no crédito à habitação e no crédito ao consumo, celebrados com consumidores.

O regime-regra, quando o contrato seja celebrado com não comerciantes e não constitui acto mercantil, é, por isso, o das obrigações conjuntas e encontra-se previsto no artigo 513.º do Código Civil.

Naturalmente, o credor encontra-se mais protegido se houver convencionado a solidariedade passiva da obrigação, visto que o dever de prestação integral incide sobre qualquer dos obrigados – sendo conferido ao codevedor que cumprir para lá do limite da sua obrigação o direito de regresso (artigo 524.º do Código Civil).

A obrigação de restituição do capital mutuado pode ser realizada através de um único pagamento ou pode ser amortizada ao longo do tempo, situação em que a obrigação será fraccionada, encontrando-se o objecto da prestação previamente fixado, independentemente do decurso do tempo.

Assim, a obrigação de capital, que é fraccionada e tem como objecto a prestação debitória, corresponde às denominadas ‘quotas de amortização do capital’, que no mútuo retribuído são pagáveis com os juros.

Já a obrigação de juros, que serve para ressarcir o credor pelo período de empréstimo do capital, trata-se de uma obrigação periódica, que se renova em prestações singulares sucessivas, ao fim de períodos consecutivos, influenciando, por isso, o decurso do tempo o seu objecto.

A matemática financeira introduz o conceito de *renda* para explicar que cada prestação paga é constituída por uma quota-capital e uma quota-juros, assim se amortizando o capital em dívida de forma escalonada no tempo, sendo a convenção de uma *renda* fixa ou de uma taxa de juros variável (determinada pela soma do indexante, que normalmente é a Euribor, e do *spread*) o que determina, respectivamente, a importância relativa da quota-capital e da quota-juros em cada prestação ou o montante exacto a pagar naquele período.

Resulta, por isso, claro que o facto de as quotas de amortização do capital serem pagas com os juros não altera a sua natureza de obrigação fraccionada – apenas se verifica que o devedor se encontra obrigado no mútuo retribuído a proceder à entrega de uma prestação unitária, que engloba a obrigação fraccionada de capital e a obrigação periódica de juros.

O não cumprimento da obrigação pelo devedor verifica-se quando a prestação debitória não é realizada, sendo a forma mais comum de incumprimento a constituição em mora imputável ao devedor, ou seja, a falta de pagamento da prestação debitória tempestivamente, ou após interpelação.

O artigo 808.º, n.º 1 do Código Civil prevê, na sua 1.ª parte, o incumprimento de contratos como o mútuo bancário, cujo prazo é relativamente fixo, situação em que o credor pode não perder o interesse na realização da prestação intempestivamente, ficando o devedor obrigado a reparar os danos moratórios (artigo 804.º, n.º 1 do Código Civil).

Se o credor perder o interesse na prestação, para que, por força do disposto no artigo 781.º do Código Civil (na esteira do que já preceituava o artigo 742.º do Código de Seabra), as restantes prestações se vençam antecipadamente, assim se tornando exigíveis, impende sob o credor o ónus de proceder à interpelação admonitória, porquanto não se trata o vencimento antecipado ali previsto de um vencimento automático.

Por força do vencimento antecipado, pode o credor exigir que o devedor efectue todas as prestações se assim se encontram vencidas antes do prazo convencionado. Ou

seja, é concedido ao credor o direito de exigir o somatório de todas as prestações fraccionadas de capital, as designadas quotas de amortização do capital.

Naturalmente, tratando-se a obrigação de juros de uma obrigação periódica, esta não pode vencer-se antecipadamente, porquanto não se encontra o seu objecto previamente fixado, dependendo, ao invés, do decurso do tempo.

O vencimento antecipado não tem a faculdade de modificar a natureza da obrigação, que continua a ser fraccionada, nem tão pouco se verifica qualquer regresso à *natureza original de capital e de juros*, uma vez que nunca se deixou de estar perante duas obrigações distintas.

De facto, a única consequência do vencimento antecipado é, no nosso entender, que a obrigação de restituição do capital passa a tratar-se de uma obrigação pura, sem prazo.

Não resulta da lei, nem podia resultar, que o vencimento antecipado tivesse a faculdade de fazer extinguir a prestação debitória, porque se assim fosse, extinguia-se o objecto da obrigação, o que se afigura manifestamente inconcebível.

A resolução, enquanto causa modificativa da relação contratual, também não tem a virtualidade de alterar a natureza da obrigação, nem a extingue, resultando antes uma relação de liquidação, por via da qual o credor apura o montante global em dívida.

Não se verificando qualquer processo de actualização no tocante à restituição do capital mutuado, por força do princípio do nominalismo monetário, nem nascendo uma obrigação nova, porquanto o acto de liquidação consiste tão-só no somatório das prestações que se venceram antecipadamente.

A única obrigação que nasce por força do incumprimento definitivo e que se articulará com a resolução é a obrigação de indemnizar, que é uma obrigação de valor.

Se assim não fosse, não seria possível ao credor lançar mão de um Procedimento de Injunção – por já não se estar perante uma obrigação emergente do contrato, como acontece com a obrigação de indemnização, que tem como fonte a responsabilidade obrigacional.

Do mesmo modo, do preenchimento de uma livrança-caução nasceria uma obrigação nova, ao invés de esta reconhecer uma dívida pré-existente.

A prescrição surge como mecanismo que confere segurança ao tráfico jurídico, por via da qual um direito se extingue quando não é exercido dentro de um certo lapso temporal previsto na lei (artigo 298.º, n.º 1 do Código Civil).

Os prazos curtos de prescrição surgem como forma de evitar a inércia do credor, que (muito provavelmente) conduzirá à ruína do devedor.

Por força do disposto na 1.ª parte do n.º 1 do artigo 306.º do Código Civil, a regra-geral é de que o prazo de prescrição não começa a correr enquanto o direito não puder

ser exercido, dispondo a 2.^a parte daquele normativo que, se for concedido novo prazo para o cumprimento, apenas após o seu decurso se inicia a contagem do prazo de prescrição.

Uma vez que o vencimento antecipado da obrigação apenas ocorre se essa for a vontade do credor, que perdeu interesse na prestação e, por isso, procedeu à interpelação admonitória, apenas no termo do novo prazo concedido ao devedor para efectuar a prestação se encontrarão as prestações vencidas.

Pelo que, e sabendo que a obrigação a prazo apenas é exigível ocorrendo o seu vencimento, o prazo de prescrição das quotas de amortização do capital pagáveis com os juros não começa a correr na data do incumprimento, mas sim apenas na data em que o direito possa ser exercido, ou seja, quando estas se encontrarem vencidas.

A hipótese contrária levaria a que as prestações mais antigas prescrevessem em data posterior às prestações que se venceriam na data do incumprimento, por força de um vencimento antecipado automático, o qual não está previsto no artigo 781.º do Código Civil.

Assim, no caso do AUJ n.º 6/2022, de 22 de Setembro, tendo-se verificado o incumprimento das obrigações nos dias 16/01/2013 e 16/12/2012, tendo-se convencionado que à credora assistia o direito de considerar o empréstimo vencido se os devedores não cumprissem alguma das obrigações, mas não tendo a mesma perdido o interesse na prestação até 24/05/2019, considerando o vencimento antecipado no dia 01/07/2019, apenas nesta data se verificou a exigibilidade das prestações que se venceram antecipadamente, pelo que apenas se encontravam prescritas as prestações que haviam vencido há mais de cinco anos e não a totalidade da dívida.

De modo a contornar esta limitação temporal imposta pelo prazo curto de prescrição, resta ao credor lançar mão de uma acção declarativa para, por exemplo, o reconhecimento da validade da resolução contratual, peticionando o montante em dívida que houver resultado da liquidação, assim obtendo sentença condenatória, o que, nos termos do artigo 311.º do Código Civil determina que o prazo de prescrição aplicável passa a ser o ordinário, de vinte anos (artigo 309.º do Código Civil).

Bibliografia

- AA. VV. (2023). *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, contratos em especial*. UCP Editora.
- AA. VV. (2023). *Comentário ao Código Civil, Parte geral*, 2.^a edição revista e atualizada. UCP Editora.
- ALMEIDA COSTA, M. J. de (2009). *Direito das obrigações*, 12.^a edição revista e actualizada. Edições Almedina, S.A.
- ANDRADE, M. A. D. de (1983). *Teoria geral da relação jurídica, vol. II – Facto jurídico, em especial negócio jurídico*. Edições Almedina, S.A.
- ANSELMO VAZ, T. S. (1995). *Alguns aspectos do contrato de compra e venda a prestações e contratos análogos*. Coimbra: Livraria Almedina
- ANTUNES VARELA, J. de M. & PIRES DE LIMA (1997). *Código Civil anotado, vol. II (artigos 762.º a 1250.º)*, 4.^a edição revista e actualizada. Coimbra Editora.
- ANTUNES VARELA, J. de M. (1997). *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.^a edição.
- ANTUNES VARELA, J. de M. (2000). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a edição
- BAPTISTA MACHADO, J. (1991). Pressupostos da resolução por incumprimento. In *Obra dispersa I*. Braga: Scientia Iuridica.
- BRANDÃO PROENÇA, J. C. (1996). *A resolução do contrato no direito civil, Do enquadramento e do regime*. Coimbra Editora.
- BRANDÃO PROENÇA, J. C. (2023). *Lições de Cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 4.^a edição. UCP Editora.
- CARVALHO GONÇALVES, M. (2020). *Lições de processo executivo*, 4.^a edição. Edições Almedina, S.A.
- CRUZ, R. (2017). Avaliação de activos de rendimento fixo. Capítulo 4 da Coletânea de leituras recomendadas do curso ‘Mercados Financeiros’ do Mestrado em Direito e Gestão da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa (edição do autor em formato electrónico).
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. A. (2009). *Direito dos contratos comerciais*, Edições Almedina, S.A.
- LEBRE DE FREITAS, J. (2004). *A acção executiva. Depois da reforma*, 4.^a edição. Coimbra Editora.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2015). *Tratado de direito civil, vol. V – Parte geral. Exercício jurídico*, 2.^a edição revista e atualizada. Edições Almedina, S.A.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2017). *Tratado de direito civil, vol. IX – Direito das obrigações, cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção*, 3.^a edição (totalmente revista e aumentada). Edições Almedina, S.A.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2020). Da resolução do contrato. *ROA*, vol. III/IV, Jul./Dez., disponível em www.portal.oa.pt.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2016). *Direito bancário*, 6.^a Edição (revista e atualizada), Edições Almedina, S.A.

- MENEZES CORDEIRO, A. (2020). *Tratado de direito civil, vol. XII – Contratos em especial* (2.^a parte). *Parceria pecuária, comodato, mútuo, prestação de serviço, mandato, depósito, empreitada, rendas, jogo e aposta e transação*. Edições Almedina, S.A.
- MENEZES LEITÃO, L. M. T. de (2018). *Direito das obrigações, vol. II, Transmissão e extinção das obrigações, não cumprimento e garantias do crédito*, 12.^a edição. Edições Almedina, S.A.
- MORAIS ANTUNES, A. F. (2010). Algumas questões sobre prescrição e caducidade. *Separata de Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. III. Coimbra Editora.
- PAIS DE VASCONCELOS, P. & PAIS DE VASCONCELOS, P. L. (2019). *Teoria geral do direito civil*, 9.^a edição. Edições Almedina, S.A.
- PESTANA DE VASCONCELOS, L. M. (2022). *Direito bancário*, 4.^a edição. Edições Almedina, S.A.
- PIRES, J. M. (2002). *Elucidário de direito bancário – As instituições bancárias, a actividade bancária*. Coimbra Editora.

Jurisprudência consultada

Supremo Tribunal de Justiça –

- Acórdão de 12/02/2009, Processo n.º 08B4052.
- Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 7/2009, de 5 de Maio.
- Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014, de 19 de Maio.
- Acórdão de 08/09/2016, Processo n.º 21769/10.9T2SNT.L1.S1.
- Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 6/2022, de 22 de Setembro.

Tribunal da Relação de Coimbra –

- Acórdão de 25/01/2022, Processo n.º 1717/20.9T8ACB-A.C1.

Tribunal da Relação de Guimarães –

- Acórdão de 19/05/2011, Processo n.º 1585/10.9TBVCT-A.G1.
- Acórdão de 16/03/2017, Processo n.º 589/15.0T8VNF-A.G1.

Tribunal da Relação de Lisboa –

- Acórdão de 17/12/2015, Processo n.º Processo nº: 122528/14.9YIPRT.L1-2.

Tribunal da Relação do Porto –

- Acórdão de 24/01/2022, Processo n.º 22815/19.6T8PRT-A.P1.
- Acórdão de 08/06/2022, Processo n.º 2326/20.8T8LOU-A.P1.
- Acórdão de 14/09/2023, Processo n.º 109743/21.8YIPRT.P1.

Exclusão com base na substância no Pilar 2

Desconformidades entre texto e ratio da Norma

Tiago Miguel de Almeida Morgado

Sob a orientação do Professor
Doutor João Félix Nogueira

Resumo

A presente dissertação visa analisar a exclusão com base na substância positivada no âmbito do Pilar 2 nomeadamente no campo legislativo da UE.

Para tal a dissertação é dividida em duas partes essenciais. Numa primeira fase, visa proceder à interpretação dinâmica da norma, analisando o elemento literal, o elemento teleológico e o elemento histórico e procura desvendar a *ratio* da norma. Numa segunda fase, tendo em conta a *ratio*, este estudo tem como intuito averiguar se a norma abrange todas as atividades económicas com substância ou não, procurando na verdade apurar se há uma simetria precisa entre o âmbito da norma e as atividades económicas visadas pelo Pilar 2 em geral e em particular por esta exclusão com base na substância (“*carve-out*”).

Finalmente, são sumariadas conclusões sobre a análise empreendida.

Palavras-chave: substância; Pilar 2; *ratio*; atividades económicas.

Abstract

This dissertation aims at analysing the carve-out enshrined in Pillar 2, mainly within the EU legal framework.

For that purpose, it is divided in two parts. The first part aims at conducting a dynamic interpretation of the provision, by analysing its text, the rationale and its history, and finding out the rationale. The second part aims at analysing whether the provision regarding the carve-out encompasses all economic activities with substance and whether there is an exact symmetry between the scope of such provision and the economic activities targeted by Pillar 2, in general, and by this carve-out in particular.

Finally, the conclusions of this analysis are summarized.

Keywords: substance; Pillar 2; rationale; economic activities.

Lista de siglas e abreviaturas

Al.	Alínea
Art.	Artigo
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (“Erosão da Base e Transferência de Lucros”)
Cfr.	Conferir
Coord.	Coordenação
EUA	Estados Unidos da América
n.º	número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	página
pp.	páginas
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
vol.	volume

Índice

1. Introdução	5
1.1 Hipótese de investigação	5
1.2 Delimitação do objeto de estudo	6
1.3 Justificação metodológica	6
1.4 Itinerário	7
2. Exclusão com base na substância: interpretação integrada da norma	8
2.1 O sentido literal e contextual da norma	8
2.1.1 Introdução	8
2.1.2 Massa salarial	9
2.1.3 Funcionários elegíveis	9
2.1.2 Ativos fixos tangíveis	11
2.3 Critérios teleológico-objetivos	13
2.4 Ponderações do legislador histórico	16
3 Exclusão com base na substância: observação crítica	17
3.1 Os fatores do carve-out e o princípio da fonte: razão de ordem	17
3.2 O carve-out como expressão de elementos de conexão objetivos	18
3.3 Antinomia concetual do carve-out	19
3.2.1 Os elementos da fórmula (análise estrutural)	19
3.2.2 A substância (análise funcional)	22
4. Conclusões	25
Bibliografia	27

1. Introdução

1.1 Hipótese de investigação

A presente dissertação propõe-se a responder à seguinte questão: a formulação da exclusão com base na substância (abreviadamente, “*carve-out*”) ínsita no artigo 28.º da Diretiva (UE) 2022/2523 (doravante “Diretiva”) é adequada à prossecução das suas finalidades?

1.2 Delimitação do objeto de estudo

A redação da hipótese de investigação tematiza o objeto deste estudo quando se refere ao *carve-out* previsto no artigo 28.º da Diretiva e ao planeamento fiscal que nesse contexto poderá surgir. Ou seja, o objeto da dissertação tem como ponto de partida a formulação do artigo 28.º da Diretiva, circunscrevendo-se positivamente à análise do *carve-out*, em especial à interação entre o seu texto e o seu *rationale*, e do potencial planeamento fiscal emergente a partir desta norma.

Delimitamos negativamente o objeto da dissertação ao não abordar a *Income Inclusion Rule* (IIR), a *undertaxed payments rule* (UTPR) e a *subject to tax rule* (STTR). Optamos, assim, por não incluir no objeto temas relacionados com o âmbito subjetivo e objetivo das regras GloBE e da Diretiva (exceto aqueles conexos ao *carve-out*), com as diretivas anti-elisão fiscal, nomeadamente – mas sem exaustividade – as Diretivas (UE) do Conselho, 2016/1165, 2016/1164 de 12 de julho de 2016¹ e 2017/952 de 29 de maio de 2017² que altera a Diretiva (UE) 2016/1164.

Excluimos igualmente do âmbito da dissertação os regimes de troca automática de informações em matéria fiscal, qualquer relatório ou estudo preparado no quadro da iniciativa BEPS e os temas ligados a incentivos fiscais e à compatibilização da Diretiva, e em particular do seu artigo 28.º, com as regras do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC). Isto porque pretendemos analisar o regime substantivo internacional e não a sua correta transposição para o ordenamento jurídico português e não visamos abarcar o modo de operacionalização administrativa deste mecanismo jurídico que subjaz de algum modo à troca de informações em matéria fiscal.

Mantemos, ainda e por fim, fora deste escopo o exame do *revaluation model*, *intercompany transaction* e *self-constructed assets* ou quaisquer modelos e métodos de cálculo de depreciação de ativos fixos, assim como quaisquer questões relacionadas com o Sistema de Normalização Contabilística (SNC), com os *International Accounting Standards* (IAS) ou com os *International Financial Reporting Standards* (IFRS).

¹ Diretiva ATAD I.

² Diretiva ATAD II.

1.3 Justificação metodológica

A delimitação do objeto proposta isola no âmbito deste estudo a interpretação do artigo 28.º da Diretiva, particularmente da sua incidência objetiva.

Para efeitos deste exercício, partimos do sentido literal e do contexto significativo da norma jurídica para, seguidamente, confrontar estes elementos com critérios teleológico-objetivos e ponderações do legislador histórico, averiguando se estes elementos apontam, ou não, na mesma direção. Com efeito, o intérprete “precisa de conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma de encontra”, pois tal “limita também, ao mesmo tempo, as respostas possíveis”³, delimitando “o campo em que se leva a cabo a ulterior atividade do intérprete”⁴.

Cada ângulo de interpretação é sustentado pela análise doutrinal e jurisprudencial pertinente e por documentos emanados pela UE e pela OCDE.

1.4 Itinerário

A dissertação apresenta uma estrutura bipartida quanto ao seu conteúdo, aduzindo argumentações e posicionamentos jurídicos nos capítulos 2 e 3. Estes dois capítulos apresentam uma abordagem predominantemente analítica.

O capítulo 2 parametriza a interpretação do artigo 28.º da Diretiva, desdobrando-se em cinco secções, quatro referentes a cada um dos elementos da interpretação selecionados e a quinta dedicada aos resultados da interpretação e à inferência de alguns dos seus corolários.

O capítulo 3 discute e afere o alinhamento entre o sentido da norma interpretada e a conceção de substância que lhe subjaz, isto é, confronta o significado extraível da redação legal com a sua teleologia imanente. Numa primeira secção, dissecar criticamente a técnica legislativa empregue no artigo 28.º da Diretiva e, numa segunda secção, procura servir-se das fragilidades normativas evidenciadas para identificar esquemas de planeamento fiscal subsumíveis à letra da lei, mas não ao seu *rationale*.

O capítulo que encerra a dissertação pretende sumariar as inferências principais que tenham sido explanadas e tecer observações conclusivas que resultem da investigação empreendida.

³ Larenz, 2019, p. 441.

⁴ Ibidem, p. 457.

2. Exclusão com base na substância: interpretação integrada da norma

2.1 O sentido literal e contextual da norma

2.1.1 Introdução

O *carve-out* previsto na Diretiva tem natureza dispositiva⁵ e consubstancia uma dedução de 5% dos custos elegíveis relativos à massa salarial da entidade na jurisdição em causa e 5% dos custos relativos a ativos tangíveis elegíveis nessa jurisdição.

O artigo 28.º da Diretiva define os conceitos enformadores deste *carve-out*, designadamente “empregados elegíveis”, “custos salariais elegíveis” e “ativos tangíveis elegíveis”.

2.1.2 Massa salarial

Relativamente à primeira noção legal, o referido artigo define-a positivamente, inserindo no seu âmbito os empregados (*rectius*, trabalhadores), independentemente do seu período normal de trabalho e os trabalhadores independentes (*rectius*, aqueles que se encontram vinculados a esquemas contratuais diversos do contrato de trabalho) e que desempenham “atividades operacionais ordinárias” para a entidade (ou seja, para o grupo empresarial multinacional ou grande grupo empresarial nacional).

Relativamente à segunda noção legal, a Diretiva alude às despesas inerentes à remuneração, recortando amplamente este conceito sob o critério do benefício pessoal, direto e distinto do trabalhador, agregando, nomeadamente, salários, ordenados, custos com seguros de saúde e contribuições para regimes de pensões, impostos sobre os salários e sobre o emprego e contribuições dos empregadores para a segurança social.

Relativamente aos ativos tangíveis elegíveis, o artigo 28.º da Diretiva elenca, através de uma enumeração taxativa, os ativos fixos tangíveis localizados na jurisdição em causa, os recursos naturais localizados na jurisdição, o direito do locatário de utilizar ativos tangíveis localizados na jurisdição em causa e as licenças ou títulos semelhantes que permitam a utilização de bens imóveis ou a exploração de recursos naturais que impliquem um investimento significativo em ativos tangíveis⁶.

Na senda da delimitação positiva e negativa do significado literal desta norma, a sua descrição impõe algumas considerações que explicitem o significado jurídico dos termos que constituem o elemento gramatical do artigo 28.º da Diretiva.

⁵ Cfr. artigo 28.º, n.º 2 da Diretiva.

⁶ A nosso ver, este conceito indeterminado é tão amplo que é suscetível de interpretações abusivas e da redução significativa da segurança jurídica.

2.1.3 Funcionários elegíveis

Relativamente à primeira componente deste *carve-out*, referimo-nos brevemente ao tema dos funcionários elegíveis, da noção de atividade sobre a direção e o controlo da entidade e dos custos elegíveis da folha de pagamentos.

São funcionários elegíveis aqueles que independentemente do período normal de trabalho realizem a respetiva prestação laboral sob a direção e controlo da entidade na jurisdição em que esta é residente⁷. O critério ordenador nesta sede é a existência de uma relação de subordinação jurídica entre a entidade empregadora e o funcionário elegível. Todavia, e conforme decorre do relatório da OCDE sobre o Pilar 2, os sujeitos que (sob uma perspetiva jurídico-formal) sejam independentes da entidade em causa (por exemplo, através da interposição de uma empresa de trabalho temporário) e executem a respetiva prestação sob as condições acima indicadas encontram-se igualmente abrangidas pela expressão funcionários elegíveis. Delimitamos, por conseguinte, negativamente o conceito de funcionário elegíveis: excluímos os trabalhadores independentes vinculados por um mero contrato de prestação de serviços ou de fornecimento, desprovido de qualquer nexo de subordinação jurídica entre o funcionário e a entidade constituinte. Porventura no plano nacional, por causa do respetivo enquadramento jurídico-laboral, será menos imediata a apreensão da ideia de que um trabalhador independente pode atuar sob a direção e controlo da entidade constituinte (na medida em que a regra é a de um vínculo laboral estável entre trabalhador e empregador titulado por um contrato de trabalho sem termo). No entanto, essa é uma realidade que se configura possível, quer noutras jurisdições quer entre nós no quadro das relações de trabalho temporário, como se mencionou.

Este quadro de compatibilização jurídica está igualmente sintonizado com outros parâmetros do direito fiscal internacional. Sublinhamos, assim, que a inclusão de trabalhadores independentes sob o controlo de uma entidade na determinação de um estabelecimento estável tem paralelismos com a definição de agente dependente por contraposição ao agente independente, conforme delineado pela Convenção Modelo da OCDE (CMOCDE). Aludimos aos comentários 83, 86 e 106 da CMOCDE. O primeiro dos *supra* identificados comentários⁸ clarifica que indivíduos ou empresas, sem necessidade de residência ou local de atividade na jurisdição em questão, podem vincular a empresa no contexto de atividades comerciais nessa jurisdição, sendo considerados agentes dependentes, ainda que não exista qualquer vínculo laboral ente a sociedade e esse agente.

⁷ OECD, 2020, pp. 95-96.

⁸ OECD (2019), Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OECD Publishing, *commentary* 83, p. 327.

Adicionalmente, o segundo comentário referido⁹ especifica que uma pessoa atua em nome de uma empresa quando desenvolve com a empresa atividades comerciais nessa jurisdição. Juridicamente, esta realidade traduz-se em relações como a de comissário e comitente ou as de trabalhador e empregador. A ação de tal sujeito deve produzir um efeito pelo menos indireto na empresa para que verifique esta relação de vinculação.

O binómio dependência/independência do funcionário relativamente à entidade é interpretado sob o ângulo das obrigações constituídas entre o trabalhador e a sociedade. Recordamos que uma relação de subordinação jurídica se caracteriza pelo poder da entidade de emitir instruções detalhadas, diretrizes e, genericamente, de conformar o *modus faciendi* da prestação do funcionário. Concomitantemente, admite-se que os critérios da assunção de riscos e da natureza da obrigação do funcionário constituem critérios auxiliares nesta avaliação. Isto é, respetivamente, na situação em que um funcionário executa a sua atividade sem assumir o risco de eventuais prejuízos e se encontra somente adstrito a uma obrigação de meios contrasta tipicamente com a situação de um funcionário que não atua sob direção e controlo da entidade¹⁰.

Verificamos que a definição de funcionários elegíveis baseada nos custos da folha de pagamentos adquire uma relevância paramétrica. O número de funcionários elegíveis também calibra a medida do benefício e a dificuldade em determinar este número, destrinchando os vários critérios explanados, aumenta o risco do planeamento fiscal agressivo e a possibilidade de concessão indevida deste benefício.

O último comentário a que nos referimos¹¹ pode ser ilustrado através da seguinte situação. Um funcionário responde pelos resultados do seu trabalho sem estar sujeito a um controlo significativo na execução do mesmo, indiciando independência. No entanto, este mesmo funcionário independente segue diretrizes internas de uma entidade para realizar uma certa atividade. Apesar da liberdade na execução, as diretrizes a serem observadas levantam a questão de perceber se estamos perante um trabalhador subordinado, sob a direção e controlo da entidade ou não. Estas ambiguidades potenciam interpretações variadas, que podem ser aproveitadas em sede de planeamento fiscal e, em concreto, para a aplicação da cláusula em apreço.

Por isso, é imprescindível um escrutínio rigoroso na determinação da relação entre agentes e entidades para assegurar a correta classificação dos sujeitos e evitar o uso do enquadramento fiscal *praeter legem* e *contra legem*.

⁹ OECD (2019), Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OECD Publishing, *commentary* 86, p. 328.

¹⁰ Estes critérios são ideais, pelo que situações não lineares deverão merecer uma apreciação casuística, ponderando tais critérios enquanto indícios e não pressupostos de subordinação jurídica.

¹¹ OECD (2019), Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OECD Publishing, *commentary* 106, p. 335.

2.1.2 Ativos fixos tangíveis

Relativamente aos ativos fixos tangíveis, levantamos duas questões pertinentes a propósito da enumeração apresentada no artigo 28.º da Diretiva: o tema dos equipamentos partilhados por mais do que uma entidade e o dos denominados direitos de utilização sobre bens tangíveis.

O *carve-out* que tematiza o presente estudo académico opera numa base jurisdicional, exigindo a correlação entre o uso do equipamento e a jurisdição onde ele é efetivamente utilizado.

Verificamos desafios semelhantes aos enfrentados na determinação da localização da atividade laboral no que concerne ao equipamento, especialmente quando consideramos bens de alto valor ou especialização que podem ser utilizados em múltiplas jurisdições pela mesma entidade. A questão da atribuição do equipamento à jurisdição com o intuito de aplicação do *carve-out* torna-se complexa quando um equipamento é usado por uma mesma entidade em diferentes locais ou por duas entidades situadas em locais distintos.

E esta dificuldade deriva frequentemente de opções de gestão empresarial de deslocalização para maximizar o efeito útil de benefícios fiscais, complexificando a tarefa de deteção desses movimentos de deslocalização de ativos e da sua associação à jurisdição correta. A inclusão de um amplo espectro de ativos no âmbito do *carve-out* favorece a equidade entre indústrias diversas que utilizam variados tipos de ativos, mas simultaneamente facilita o planeamento fiscal, especialmente com ativos facilmente transferíveis.

Quanto ao segundo ponto, tratar do direito de utilização de bens tangíveis implica distinguir a propriedade do bem da mera detenção do direito de uso. Para a aplicação da regra de exclusão, interessa o direito do locatário de utilizar ativos tangíveis situados na jurisdição respetiva. Em contratos de *leasing*, o locatário adquire o direito de uso de um ativo, o que implica o pagamento de rendas ao locador, que figura como proprietário do ativo, embora para efeitos contabilísticos, o locatário reflita o ativo objeto de um direito de utilização de forma análoga à de um proprietário.

Excluídos da zona de incidência do artigo 28.º da Diretiva estão os terrenos e os edifícios que tenham sido adquiridos com o intuito de serem colocados no mercado imobiliário, no mercado de arrendamento ou que lhe subjaza uma finalidade de mero investimento.

2.3 Critérios teleológico-objetivos

O *carve-out* sob análise permite, como se avançou *supra*, deduzir custos se (e com o limite máximo de 5%) estes respeitarem a um dos fatores indiciadores de substância¹². O relatório da OCDE sobre o Pilar 2 ensaia duas linhas argumentativas para fundamentar a opção por estes dois fatores: (i) a sua natureza tendencialmente menos móvel e (ii) a sua relação estreita com manifestações de capacidade contributiva¹³.

A fundamentação teleológica deste *carve-out* tal como explanada no relatório identificado permite a dedução de dois corolários fundamentais. Primeiro, o conceito de substância económica enforma a teleologia imanente ao *carve-out*. Quer dizer, esta exclusão não apenas se baseia na substância económica da atividade como depende intrinsecamente desta, de tal modo que, teleologicamente, uma sociedade só deveria beneficiar daquela se e na medida da substância que a correspondente atividade revelar. Segundo, admite-se que estes fatores produtivos sejam transferidos entre jurisdições por razões de otimização fiscal. Quer dizer, a intenção de relocalizar ativos tangíveis e recursos humanos por motivos fiscais não inquina a aplicação do *carve-out*, o que significa que este, por um lado, é alheio a qualquer elemento subjetivo/volitivo e, por outro lado, deixa margem (e permissão) para as virtualidades do planeamento fiscal¹⁴.

Frisamos, pois, que ambos os corolários assentam no postulado de que os ativos tangíveis e os recursos humanos de um grupo empresarial espelham o cerne e esgotam a extensão do conceito de substância económica para efeitos da Diretiva. Apenas este pressuposto permite articular o objetivo de garantir que todas as atividades substantivas beneficiam desta exclusão com a permissão de transferir os dois indicadores de substância entre jurisdições sem prejudicar o efeito deste benefício. Isto porque essa transferência de fatores seria teoricamente acompanhada do benefício da exclusão, do aumento da capacidade produtiva e contributiva da empresa e, inerentemente, do aumento dos rendimentos tributáveis.

Independentemente do rigor deste trajeto cognitivo, a substância económica é inexpugnável do *rationale* do *carve-out*, porque concetualmente este destina-se a atingir as atividades económicas que manifestem aquela. Nem o Direito da União Europeia originário nem o direito derivado definem de modo geral e abstrato o conceito de substância. Este apenas aparece, de modo casuístico, na jurisprudência do TJUE. A

¹² OCDE, 2020, p. 93.

¹³ *Ibidem*, pp. 93-94. Respetivamente, nas palavras da OCDE, é expectável que estes fatores sejam “menos móveis e menos prováveis de conduzir a distorções fiscais” e, admitindo-se ainda assim essa mobilidade, a transferência destes fatores de produção para outra jurisdição, com o propósito maximizar o efeito útil do *carve-out*, resultaria num “aumento real dos rendimentos atribuível a estes fatores produtivos”, impedindo que esta exclusão “abrangesse rendimentos atribuíveis a outros fatores tal como ativos intangíveis”.

¹⁴ Veja-se, de resto, com Dourado, 2010, p. 156, que “aproveitar um direito conferido pelo Direito Comunitário (por exemplo, livre circulação de pessoas) de modo a beneficiar de um regime nacional mais favorável não constitui abuso de Direito Comunitário”.

técnica legislativa empregue no artigo 28.º da Diretiva é, *per si*, desconcertante se confrontada com o labor jurisprudencial do TJUE nesta matéria e com a notória dificuldade de definir aprioristicamente o conceito em questão. Reparamos na rigidez desta norma, que visa formular um conceito (muito) indeterminado, quando seleciona apenas dois fatores como reveladores de substância e impede a prova da existência de mais ou menos substância do que aquela que resulta da fórmula legal.

A contrastante cautela do TJUE nesta sede resulta com meridiana clareza da jurisprudência que tem tecido a este respeito.

No caso *Eurofood IFSC*, o TJUE asseverou que a existência de uma sociedade que não desenvolve “nenhum negócio no território do Estado-membro em que a sua sede está localizada” não terão o seu centro de interesses principais, que se presume na jurisdição da sede social¹⁵. O Tribunal explicou ainda que o facto de as “opções de gestão serem ou poderem ser controladas pela sociedade-mãe sedeadas noutro Estado-membro” não é suficiente para ilidir a presunção¹⁶. Esta jurisprudência tonificou a relação entre substância e capacidade contributiva decorrente uma atividade real geradora de rendimentos, desqualificando o poder de emissão de ordens e diretrizes vinculantes.

Relativamente ao caso conhecido por *Thin Cap Group Litigation*¹⁷, o TJUE equaciona a promoção da concorrência como decorrência jurídico-económica de uma atividade substantiva¹⁸. Na situação *sub judice*, o tribunal indagou se um mútuo celebrado entre uma sociedade residente e uma outra não residente pertencente ao mesmo grupo havia sido negociado em condições de mercado, particularmente quanto à quantia mutuada e às taxas de juros acordadas; ou seja, se partes não relacionadas teriam acordado com termos contratuais semelhantes ou se, ao invés, o mútuo em causa visava principalmente a obtenção de uma vantagem fiscal. O foco do tribunal repousou na potencial existência de um sistema de transferência de rendimentos *intra* grupo consubstanciado na conversão de rendimento tributável em juro dedutível, calibrando um arquétipo do planeamento fiscal agressivo, se não devidamente justificado por razões de índole económica. Notemos que a estruturação de modelos de planeamento fiscal movidos pelo fim de otimização da *performance* fiscal é lícita. Não obstante, a fronteira entre esta arquitetura jurídica e o arquétipo referido é ténue e tanto mais ténue quanto mais insipiente for a substância económica que imbui a sociedade mutuária (*rectius*, a justificação económica da adoção desse modelo de planeamento). O raciocínio impresso pelo TJUE é impressionante, porque um acordo/contrato – como o mútuo, *in casu* – pode

¹⁵ TJUE, *Eurofood IFSC*, 2006, par. 34-35.

¹⁶ *Ibidem*, par. 36.

¹⁷ Analisando esta decisão à luz da liberdade de estabelecimento, em especial se a legislação do Reino Unido constituía uma restrição justificada, cfr. Dourado, 2010, pp. 168-169.

¹⁸ Dourado, 2010. A autora admite que o TJUE aceita um “regime discriminatório de subcapitalização”, desde que observados os ditames da plena concorrência.

ser para este efeito ineficaz por ser desprovido de substância/razões económicas¹⁹. Na génese da artificialidade deste acordo encontrava-se a alteração da natureza jurídica do rendimento em concomitância com a intenção principal de maximização de vantagens fiscais. Expurgado este último elemento subjetivo, exportamos deste caso que a modificação por ato de vontade da natureza jurídica do rendimento ou, a montante, de factos fiscalmente relevantes é suscetível de camuflar a ausência de tecido genuinamente económico de uma sociedade, imputando rendimentos a uma entidade que do ponto de vista económico e produtivo nada rende.

Em 2015, o TJUE erigiu jurisprudência sobre a interação entre substância e ativos intangíveis, concretamente o *know-how*. No aludido caso, uma sociedade húngara havia transferido *know-how* para outra sociedade sediada na ilha da Madeira, onde a taxa de IVA aplicável era menor²⁰. A importância deste caso, intitulado *WebMindLicenses*, reside na referência a indícios de uma atividade substantiva, nomeadamente “uma estrutura adequada em termos de imóveis e recursos humanos e técnicos” e à circunstância de a atividade ser desenvolvida pela sociedade “sob a sua própria responsabilidade e o seu próprio risco”²¹. O facto de o Tribunal enunciar indícios de substância numa fórmula textual afirmativa é sintomático da maior convicção do tribunal e do maior alcance e transponibilidade que este pretende exprimir com estas asserções.

Evocamos estes três acórdãos do TJUE cronologicamente, porque esta sequência demonstra a vocação conformadora do direito que lhe é atribuída e que este não prescindiu, ao paulatinamente densificar, negativamente primeiro e positivamente, os indícios de substância económica. É notório e notável que esta instituição tenha evoluído a sua abordagem desde a identificação de atividades que não são substantivas até à indicição do que pode constituir elemento de substância económica, sem que – na nossa perspetiva – tenha incorrido em petições de princípio ou precipitado conclusões erróneas.

Propusemos esta incursão pelo conteúdo do conceito de substância económica por este corporizar o espírito normativo subjacente ao *carve-out*. E, atendendo à novidade deste instrumento no ordenamento jurídico, colhemos os ensinamentos da jurisprudência sobre substância aplicada a matérias conexas, designadamente os critérios de determinação do centro de interesses principais e os atos fiscalmente abusivos e ineficazes. Apesar da ausência de um esquema subsuntivo sobre requisitos de substância, retemos as seguintes inferências. Primeiramente, na qualificação de uma atividade como substantiva, intuímos que controlo societário pode ceder perante

¹⁹ Cfr. mais recentemente a jurisprudência TJUE, *N Luxembourg 1 and others*, par. 132.

²⁰ TJUE, *WebMindLicenses*, 2015.

²¹ *Ibidem*, par. 50.

capacidade contributiva; seguidamente, intuímos que capacidade contributiva pode ceder perante capacidade produtiva entendida latamente como transmissão de bens ou prestação de serviços; finalmente, intuímos que capacidade produtiva pode ceder perante direitos de propriedade intelectual e outros títulos jurídicos que acrescentem valor ao objeto social. Em suma, este *carve-out* parece alinhar-se com uma conceção ampla de substância económica, o que nos conduz à constatação de que no exercício de avaliação da substância de uma atividade económica o critério que devemos considerar como prevalente é o da suscetibilidade de algum elemento localizado em tal jurisdição acrescentar valor ao objeto do negócio. Por outras palavras, se essa entidade constituinte acrescenta ou detém algum fator que possa acrescentar valor.

2.4 Ponderações do legislador histórico

A Diretiva é no âmbito da UE expressão legislativa do Pilar 2, enquanto conjunto de regras jurídicas preordenadas ao combate da elisão fiscal e do planeamento fiscal potenciados pela digitalização da economia. O Relatório da OCDE sobre o Pilar 2 introduz esta iniciativa precisamente sob este ângulo²². Em particular, a OCDE reconhece que, em virtude de estruturas de planeamento fiscal vocacionadas para a transferência de lucros entre jurisdições, o Pilar 2 deixa as “jurisdições a livremente determinar o seu próprio sistema fiscal, incluindo o seu direito a ter um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas e as taxas de imposto aplicáveis, mas considera também o direito das outras jurisdições de aplicar regras [...] onde o rendimento é tributado a uma taxa efetiva de imposto abaixo de uma taxa mínima”²³. Os Estados envolvidos nesta iniciativa, prossegue o relatório, acordam que “as regras desenvolvidas ao abrigo deste Pilar não devem resultar numa tributação onde não exista lucro económico nem deve resultar numa dupla tributação” do rendimento²⁴.

Este enquadramento, no tocante ao tema objeto de estudo, aponta para a proibição de tributar realidades que não apresentem lucros. Juridicamente, poder-se-ia elencar como postulado o princípio da capacidade contributiva para realçar (e reforçar o que já se referiu acima) que a manifestação económica de riqueza é critério e limite da tributação sob as normas emanadas do Pilar 2 (e da Diretiva, claro).

A iniciativa BEPS, especificamente a respetiva Ação 5, elege a substância económica como fator determinante da escolha dos critérios, do âmbito e dos níveis de tributação dos rendimentos de pessoas coletivas. Atentemos que o relatório final sobre a Ação 5 da iniciativa BEPS reconheceu que “o trabalho sobre práticas fiscais agressivas

²² OCDE, 2020, p. 15.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

não é [...] sobre impor a qualquer estado aquilo que devem ser as apropriadas taxas de tributação”²⁵. Do que se trata é, ao invés, de salvaguardar a genuinidade económica de uma determinada estrutura empresarial que, conforme previsto no Pilar 2 e na Diretiva, deve merecer um tratamento fiscal menos oneroso do que aquelas estruturas desprovidas de dessa substância e orientadas unicamente à obtenção de vantagens fiscais.

²⁵ OECD, 2015, p. 11. Cfr. também Schoueri, 2021, p. 544.

3 Exclusão com base na substância: observação crítica

3.1 Os fatores do *carve-out* e o princípio da fonte: razão de ordem

Procurou-se demonstrar no capítulo anterior que o *carve-out* oferece um tratamento fiscal privilegiado às atividades económicas que manifestem substância, radicada nesta conceção legislativa em dois fatores produtivos (mão de obra e ativos tangíveis). Recuperamos a asserção de Schoueri quando assevera que o “Pilar 2 não pretende interferir com ordenamentos jurídicos nos quais os incentivos fiscais são concedidos a atividades com substância”²⁶. Se a causa da arquitetura deste incentivo residia nas práticas correntes de otimização fiscal agressiva levada a cabo pelos grupos multinacionais, o efeito desejado e que apresenta maior conformidade com a jurisprudência tecida pelo TJUE é o da maximização da capacidade contributiva destes grupos numa dada jurisdição sustentada numa produção real.

Ora, sob a lente da teoria do direito fiscal, a mecânica do *carve-out* exprime a prevalência do princípio da fonte no quadro da teoria dos elementos de conexão.

3.2 O *carve-out* como expressão de elementos de conexão objetivos

O Estado da fonte seria “determinado pela utilização dos fatores de produção”, correspondendo “ao lugar da produção do rendimento, o qual, por seu turno, se identifica com o lugar onde se encontra o capital (em sentido amplo) e em que é exercida a atividade”²⁷. De outro modo, mas em sentido convergente, seria também o Estado da fonte o mais responsável pela criação e manutenção de recursos materiais e humanos empregues pelo grupo multinacional nessa jurisdição.

As vantagens normalmente apontadas ao princípio da fonte coadunam-se em larga medida com as vantagens que podem ser apontadas aos elementos estruturais do *carve-out*. Efetivamente, a tributação na fonte é considerada a via dogmática que melhor se alinha com o princípio da soberania tributária. Se o rendimento apresenta uma conexão territorial em sentido real com uma dada jurisdição, então a respetiva atividade geradora deve aí ser tributada. Neste sentido, a mão de obra e os ativos tangíveis materializam esse nexos territorial real entre a soberania estadual territorialmente delimitada e

²⁶ Schoueri, 2021, p. 545. Em igual sentido, cfr. Tanno, 2022, p. 4.

²⁷ Pereira, 2020, pp. 105-106. A própria autora reconhece, todavia, que localizar a fonte pode não ser simples. Em igual sentido, Vogel, 1988, p. 223. A doutrina invoca o conceito de estabelecimento estável para densificar o princípio da fonte, mas para o estudo que nos ocupa não iremos aflorar esse ponto.

tendencialmente estática e o rendimento empresarial tendencialmente variável e dinâmico. Ademais, o princípio da fonte tem a vocação de promover a igualdade jurídica entre os países importadores de capital²⁸. Atente-se que a importação de capital desemboca, de acordo com esta via de tributação, em maior receita fiscal para esses Estados (que tipicamente serão os que apresentam custos de produção mais reduzidos e se posicionam melhor do ponto de vista concorrencial). Ainda, o princípio da neutralidade fiscal depõe a favor da preferência pela tributação na fonte²⁹. Pelo facto de a tributação na fonte recorrer a elementos de conexão objetivos (fatores produtivos que protagonizam a fórmula do *carve-out*), a evasão fiscal torna-se mais difícil, uma vez que o planeamento passa a circunscrever-se a elementos menos móveis, com ligação real e física ao território de um Estado. Em suma, afirma Rita Pires, “a tributação na fonte dotaria o denominado sistema fiscal internacional de uma maior racionalidade, facilitando o controlo, afastando o tratamento desigual injustificado em virtude da natureza dos bens”³⁰.

É precisamente um alinhamento entre os fatores selecionados por esta exclusão com base na substância e aqueles que referenciam o princípio da fonte que se constata existir, considerando furtuito resgatar algumas considerações sobre os correspondentes elementos de conexão e transpor algumas ilações para o estudo do *carve-out*.

A relação estreita entre os fatores de produção de que se serve o *carve-out* e o princípio de tributação na fonte é facilmente apreendida. Cécile Brokelind ao estudar os princípios de direito fiscal internacional analisa o debate doutrinal em torno da alocação do poder de tributar, especificamente se este é fundado na capacidade contributiva do contribuinte com uma base mundial ou se a utilização por este das infraestruturas públicas de um Estado é, afinal, o critério-fundamento da soberania tributária em concreto³¹.

Do nosso lado, diremos que o *carve-out* é estruturalmente sensível ao princípio da fonte (na medida em que os seus elementos constitutivos são os típicos fatores de produção que mensuram o rendimento gerado na jurisdição da fonte) e funcionalmente sensível ao princípio da capacidade contributiva (na medida em que a substância económica vocaciona uma atividade para a criação e manifestação de riqueza, *rectius* de capacidade contributiva).

²⁸ Pires, 2018.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem, p. 118

³¹ Brokelind, 2006.

3.3 Antinomia concetual do *carve-out*

3.2.1 Os elementos da fórmula (análise estrutural)

A fórmula ínsita no *carve-out* pode ser classificada como complexa, na medida em que é composta por dois fatores³². João Sérgio Ribeiro refere-se às vantagens do recurso a estas fórmulas, apresentando a sua “facilidade de administração”, e antecipa que as fórmulas ditas complexas permitem corrigir o problema da repartição, isto é, garantir uma proporcional correspondência entre os elementos da fórmula e os rendimentos gerados³³. Nos Estados Unidos este tipo de fórmula adquiriu sucesso através da denominada fórmula de Massachussets que combinava capital (excluindo aqui intangíveis), custos laborais e vendas, sendo a ponderação atribuída a cada um destes fatores variável³⁴. Em suma, este método permite repartir o rendimento global de um grupo multinacional em função de elementos objetivos e é de simples aplicação.

Note-se que o *carve-out* se alimenta quer dos custos laborais quer dos fatores de produção para exprimir a alegada substância económica. Estruturalmente, verificamos um desvio à fórmula-tipo utilizada nos Estados Unidos: mantém os custos com pessoal, mas substitui a variável das vendas por custos com ativos fixos tangíveis. Ainda nesta perspetiva, numa frente quantitativa, indaga-se se a ponderação atribuída aos fatores do *carve-out* é apropriada aos objetivos a que este se propõe.

Relativamente à primeira questão, não cremos que os custos com ativos tangíveis sejam uma variável mais adequada do que a das vendas, porque aquela apresenta uma menor e mais artificial conexão com as manifestações de capacidade contributiva que um grupo multinacional pode apresentar. O conceito e a medida de vendas, aqui entendido com latitude, pode derivar de atividades que predominantemente recorrem a ativos tangíveis, caso em que nos dirigimos a atividades económicas mais tradicionais, ou pode derivar de atividades inerentemente mais sofisticadas ligadas à tecnologia, que se alimentam sobretudo de intangíveis. Nas palavras de Tomassini e De Rosa, desta destriça de atividades resulta que o *carve-out* “não premeia (nem penaliza) sociedades que geram lucros primacialmente de bens de propriedade intelectual e outros intangíveis”³⁵. Prosseguem estes autores que um corolário desta exclusão com base na substância “é o de que o Pilar 2 teria um impacto na alocação de tipos de negócios a determinadas jurisdições em detrimentos de outras”³⁶.

³² Ribeiro, 2010.

³³ Ibidem.

³⁴ Célestin, 2000.

³⁵ Tomassini & De Rosa, 2023, p. 187.

³⁶ Ibidem.

A alusão a intangíveis é relevante porque quem mais deles beneficia do ponto de vista do planejamento fiscal são os grupos multinacionais do setor da informação e tecnologia, cujas taxas efetivas de tributação serão inferiores a 5%³⁷. Neste contexto, merecem especial atenção pela mobilidade que os caracteriza, permitindo inclusivamente que sejam registados com facilidade em territórios de baixa tributação³⁸. Do ponto de vista de planejamento fiscal, Ana Paula Dourado explica que “os gastos têm sido deduzidos de modo favorável nos Estados onde a atividade de investigação e desenvolvimento ocorre (territórios de tributação normal), e os royalties são transferidos para Estados de baixa tributação, através da transferência da titularidade dos intangíveis ou da residência, quando os rendimentos aparecem”³⁹. A par destes aspetos, menciona os contratos intra grupo de cedência de utilização dos intangíveis tipicamente onerosos e celebrados a um preço elevado que permitem essa mobilidade em direção a jurisdições de reduzida tributação⁴⁰. Este problema, que é intrinsecamente conexo à arquitetura estrutural do *carve-out*, mereceu já atenção pelo relatório BEPS, concretamente na sua Ação 5 que exige um nexo entre a dedução fiscal das despesas relacionadas à investigação e desenvolvimento de intangíveis e a respetiva tributação. Isto com o propósito de salvaguardar, sem eliminar, a concorrência fiscal⁴¹. Do ponto de vista da concorrência fiscal, a concessão do benefício fiscal materializado pelo *carve-out* não belisca esse princípio, mas não nos filiamos também no quadrante doutrinal que considera que tal exclusão “garante equidade para os países em desenvolvimento e que consegue oferecer alguns incentivos fiscais para estimular o desenvolvimento económico” destes estados⁴², apesar de ser comum associar a tributação na fonte ao dever ético de assistência dos países desenvolvidos aos estados economicamente menos favorecidos⁴³. É relevante mencionar que será nestas jurisdições em vias de desenvolvimento que se situam as atividades económicas predominantemente mais físicas dos grupos multinacionais em virtude dos custos de mão de obra e de terreno mais reduzidos. Por isso, sob o prisma da receita fiscal do Estado, os países em desenvolvimento beneficiariam nesta lógica menos do que os mais desenvolvidos, verificando-se, reversamente, um maior aproveitamento do *carve-out* pelos grupos multinacionais presentes em jurisdições mais desfavorecidas. Este raciocínio tem dificuldade, pois, em compreender por que razões os países menos desenvolvidos têm recebido com agrado esta exclusão⁴⁴.

³⁷ Oesterreicher, 2011, *apud* Dourado, 2018.

³⁸ Dourado, 2018, p. 151.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Santos, 2015.

⁴² Com entendimento divergente, Oguttu, 2022, p. 556.

⁴³ Pires, 2018.

⁴⁴ Oguttu, 2022.

Parece-nos, assim finalizada esta nota paralela sobre intangíveis, que o aumento de custos com ativos tangíveis, além de não importar uma relação direta com o aumento da capacidade contributiva, lança um estímulo fiscal para que os setores económicos promovam um certo tipo de atividades, perigando potencialmente o princípio da neutralidade fiscal.

Quanto ao ponto quantitativo a que se aludiu, refira-se que não se vislumbra uma *ratio* para os 5% previstos na *carve-out*. Nem o seu *rationale* nem os trabalhos preparatórios desta exclusão fornecem pistas ou deixam vestígios da racionalidade deste critério percentual, o que nos leva a acreditar que a típica discricionariedade de que goza o legislador fiscal derrapou em arbitrariedade ou que é resultado meramente de negociação política. Aliás, o entendimento de Schoueri sobre a teleologia imanente a este dispositivo jurídico⁴⁵ contraria inexoravelmente a mera consideração de 5% destes custos elegíveis. Permanece a interrogação: se o objetivo é deixar incólume o tratamento fiscal doméstico das atividades com substância económica, por que motivos a exclusão de cinge a uma fração tão ínfima de tais custos elegíveis? Na medida em que princípios fundamentais de direitos fiscal estão em causa, nomeadamente o princípio da tributação do rendimento real, cuja compressão tem de ser justificada e proporcionada, a exclusão com base na substância como uma percentagem tão reduzida pode inclusive padecer de vícios quando confrontada com o parâmetro constitucional.

3.2.2 A substância (análise funcional)

A função do *carve-out*, conforme foi previamente demonstrado, é a de subtrair, pelo menos parcialmente como se viu, do *modus operandi* das regras do Pilar 2 aquelas entidades constituintes que numa dada jurisdição prosseguem atividades com substância. E a técnica fiscal utilizada para esse efeito não foi um ajuste à taxa de tributação aplicável, mas sim um ajuste na determinação da matéria coletável. Isto é, o elemento tributário central nesta sede não é taxa, é antes a incidência objetiva.

Trabalhar a arquitetura fiscal ao nível da incidência permite um contacto mais estreito com a realidade subjacente ao rendimento, privilegiando as manifestações fáticas de capacidade contributiva e desqualificando as operações subsequentes ao apuramento do rendimento líquido. Uma vez mais, visa-se isolar nesta operação de apuramento a parte do rendimento que provém de genuínas atividades económicas.

Em abstrato, a capacidade contributiva pode ser medida em função da riqueza, do rendimento e do consumo⁴⁶. A política fiscal recorre ao conceito de rendimento para

⁴⁵ Cfr. ponto 3.1 supra.

⁴⁶ Toder, 2023.

medir a capacidade contributiva⁴⁷. No caso do *carve-out*, os custos com ativos tangíveis e a mão de obra constituem um critério medidor dessa capacidade de pagar impostos, o que se compreende a esta luz tendo em conta o efeito dedutivo que o *carve-out* tem sobre a rendimento coletável. Note-se que a matéria coletável é geralmente tanto maior quanto maior for o rendimento apurado. Ao invés, aquela será tanto menor quanto maiores forem, *in casu*, os custos suportados com pessoal e ativos tangíveis. Falamos, pois, da aptidão jurídica desta mecânica para reduzir a tributação sobre os grupos multinacionais⁴⁸.

E relativamente ao tema da substância económica, o *carve-out* tal como configurado reflete com precisão as manifestações e a medida do rendimento gerado por atividades genuínas? Como quadra a relevância dos intangíveis na fórmula apresentada no Pilar 2, considerando que este tipo de ativos não se encontra (deliberadamente) abrangido pela exclusão com base na substância?

Deixamos antes de dissecarmos estas questões uma nota prévia. Os intangíveis podem abranger uma panóplia de direitos patrimoniais desde patentes, marcas, modelo de utilidade, reputação de uma firma, *know-how*, entre outros⁴⁹.

Em primeiro lugar, diremos que este *carve-out* não consegue abarcar as atividades de investigação e desenvolvimento que são um pilar fundamental da inovação e crescimento económico global⁵⁰. A concorrer com este ponto, vislumbramos uma falta de precisão na correspondência entre grandes grupos multinacionais e atividades por estes desenvolvidas que recaiam no âmbito do *carve-out*. Por exemplo, Trivedi oferece o exemplo das companhias de seguros que naturalmente desenvolvem atividades genuínas (independentemente de parte dos seus rendimentos se poderem ficar a dever a manobras de planeamento fiscal) e que por combinarem um conjunto de ativos intangíveis relevantes para a sua atividade, ficarão fora do escopo desta exclusão⁵¹.

Outro efeito potencialmente nefasto consiste na substituição de incentivos fiscais por incentivos não fiscais, conduzindo a uma concorrência entre Estados desregulada pelo objetivo de conceder os mais atrativos subsídios não fiscais aos grupos multinacionais⁵². Repare-se que, uma vez constatada a ineficácia do incentivo fiscal constante da previsão normativa do *carve-out*, os grupos multinacionais poderão não considerar aliciente beneficiar deste dispositivo visto a sua ínfima medida de relevância quantitativa (5%) e a sua estreita relevância qualitativa (engloba exclusivamente ativos

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ponto diferente é o da percentagem dos custos dedutíveis, questão já afluída anteriormente, e que minimiza drasticamente o efeito útil da exclusão com base na substância.

⁴⁹ Cfr. Toder, 2023.

⁵⁰ Trivedi, 2021, p. 8.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

tangíveis e mão de obra). Nesse seguimento, poderá surgir a procura de subsídios de natureza não fiscal que escapam à rede do Pilar 2, gerando-se novamente uma concorrência fiscal desregulada e uma “*race to the bottom*” relativamente a incentivos não fiscais.

Parece-nos que o *carve-out* apresenta uma fisionomia desconcertante face o objetivo de capturar no seu âmbito atividades com substância económica. Se, por um lado, nega aprioristicamente a relevância de intangíveis, por outro lado dá margem aos grupos multinacionais para poderem beneficiar desta exclusão sem base na substância se, por exemplo, mantiverem ativos tangíveis sem que estes desempenhem uma função no ciclo produtivo da empresa, posicionando-os como meros instrumentos de qualificação jurídica do grupo como titulares do direito a beneficiarem do *carve-out*.

É, pois, sintomático da sua ineficácia em razão da teleologia imanente o facto de o *carve-out* consentir atividades sem substância e não consentir todas as atividades com substância, o que representa uma imagética verdadeiramente desafiante do ponto de vista da concretização da *ratio* legislativa.

Estas lacunas são naturalmente aproveitadas pelo planeamento fiscal, cujas técnicas prototípicas de engenharia fiscal têm sido mapeadas pelas Administrações Tributárias. Exemplificativamente, pensamos na criação de uma estrutura de financiamento intra grupo recorrendo a veículos constituídos para o efeito ou na venda de bens seguida da celebração de um contrato de locação com o vendedor⁵³.

Equacione-se a transferência de rendimento para sociedades do grupo constituídas em jurisdições de baixa tributação por efeito de um mútuo celebrado com a entidade do grupo que produz e é financiada pela primeira das sociedades. Assim, assumindo que a sociedade mutuante num Estado de baixa tributação tem ativos fixos tangíveis e mão de obra que não estão afetos à geração de rendimento e assumindo que recebe rendimento a título de restituição do capital mutuado, tal sociedade é tributada com menor intensidade e ainda beneficia da exclusão com base na substância, apesar de os seus acréscimos patrimoniais advirem exclusivamente desse título jurídico contratual.

⁵³ Cfr. Pires, 2018.

Surpreendentemente, estes modelos de planeamento fiscal agressivo eram conhecidos antes da implementação do Pilar 2 e da respetiva exclusão com base na substância, o que espelha a falibilidade cognoscível pelo legislador dos propósitos que jazem no âmago deste mecanismo jurídico. No final, interrogamo-nos se o *carve-out* projeta efeitos substanciais ou se meramente adorna um esqueleto normativo que sem a aprovação desta exclusão não teria conseguido nascer da mesa das negociações.

4. Conclusões

Em face do que se aduziu, cumpre sumariar as principais conclusões desta análise, procurando por um lado uma súmula da exposição e por outro lado inferências sobre a perspectiva atual da exclusão com base na substância no quadro do Pilar 2, designadamente:

- I. A teleologia imanente ao *carve-out* visa salvaguardar atividades que manifestem substância jurídico-económica, estabelecendo em favor das respetivas entidades constituintes numa certa jurisdição um regime tributário privilegiado.
- II. A qualificação de uma atividade económica como substancial ou genuína assume o propósito de dificultar o planeamento fiscal, salvaguardando a não aplicação das regras do Pilar 2 a atividades genuínas.
- III. A exclusão com base na substância enquanto dispositivo jurídicos operativo dessa finalidade serve-se essencialmente dos custos com ativos fixos tangíveis e custos com pessoal para este efeito.
- IV. A opção por estes dois fatores produtivos assenta na menor mobilidade inter jurisdicional que estas variáveis apresentam.
- V. Não obstante, verificamos que o conceito de substância económica pode abarcar todos aqueles elementos empresariais de acrescentem valor ao objeto do negócio, nomeadamente intangíveis.
- VI. Por conseguinte, o critério determinante da substância pode não ser exclusivamente a detenção destes dois fatores produtivos, pois atualmente é o valor do negócio e reflexamente as manifestações de capacidade contributiva que devem orientar a aproximação ao conceito de substância económica.
- VII. Assim sendo, torna-se relevante aferir de que forma uma dada jurisdição contribui para a criação ou acréscimo de valor ao objeto de um negócio, aumentando correspondentemente a capacidade contributiva de uma entidade constituinte nessa jurisdição.
- VIII. Isto implica referir-nos aos elementos de conexão objetivos, tomando por empréstimo o raciocínio jurídico inerente ao princípio da tributação na fonte.
- IX. Sob este prisma, conclui-se que o *carve-out* padece de deficiências qualitativas e quantitativas.
- X. Qualitativamente, abrange atividades sem substância e não abrange atividades com substância.
- XI. Quantitativamente, a fixação de uma dedução de 5% revela-se desprovida de racionalidade jurídico-económica, pelo que se considera movida por critérios de arbitrariedade fiscal.

XII. A substância económica mantém-se um critério demasiado movediço para ser aplicado matematicamente sob fórmula, pelo que o resultado apenas parece consistir numa dissimetria estrutural entre o texto e o modo de aplicação da norma que consagra o *carve-out* e o espírito do legislador que presidiu à sua positivação.

Bibliografia

- ANDRADE, B., *et. al.* (2020). The OECD public consultation document Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two: An assessment. *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, no. 2, pp. 62-75.
- BAMMERS, N. & D. BETTENS (2023). The potential impact of Pillar Two on tax incentives. *Intertax*, vol. 51, no. 2, pp. 155-169.
- BROKELIND, C. (2021). An overview of legal issues arising from the implementation in the European Union of the OECD's Pillar One and Pillar Two blueprint. *Bulletin for International Taxation*, vol. 75, no. 5, pp. 212-219.
- CHAND, V., A. TURINA & K. ROMANOVSKA (2022). Tax Treaty obstacles in implementing the Pillar Two global minimum tax rules and a possible solution for eliminating the various challenges. *World Tax Journal*, vol. 14, no. 1, pp. 3-50.
- CÉLESTIN, L. (2022). *The formulary approach to the taxation of transnational corporations: A realistic alternative?* Sydney: University of Sydney Press.
- CIPOLLINI, C. (2020). GloBE Proposal and possible carve-outs: Is there a future for preferential tax regimes? *World Tax Journal*, vol. 12, no. 2, pp. 217-258.
- DAS, P. & A. RIZZO (2022). The OECD Global Minimum Tax Proposal under Pillar Two: Will it achieve the desired policy objective? *Bulletin for International Taxation*, vol. 76, no. 1, pp. 44-52.
- DIETRICH, M. & C. GOLDEN (2022). Consistency versus gold plating: The EU approach to implementing the OECD Pillar Two. *Bulletin for International Taxation*, vol. 76, no. 4, pp. 183-196.
- DOURADO, A. (2018). *Governança fiscal global*. Coimbra: Almedina.
- DOURADO, A. (2022). Editorial: Pillar Two model rules: Inequalities raised by the GloBE rules, the scope, and carve-outs. *Intertax*, vol. 50, 4, pp. 282-285.
- ENGLISCH, J. (2021a). Designing a harmonized EU-GloBE in compliance with fundamental freedoms. *EC Tax Review*, vol. 30, no. 3, pp. 136-142.
- ENGLISCH, J. (2021b). Non harmonized implementation of a GloBE minimum tax: How EU Member States could proceed. *EC Tax Review*, vol. 30, no. 5-6, pp. 207-219.
- LIOTTI, B. (2022). Limits of international cooperation: The concept of jurisdiction not to tax from the BEPS project to GloBE. *Bulletin for International Taxation*, vol. 76, no. 2, pp. 63-81.
- NOGUEIRA, J. (2020). GloBE and EU law: Assessing the compatibility of the OECD's Pillar II initiative on a minimum effective tax rate with EU law and implementing it within the internal market. *World Tax Journal*, vol. 12, no. 3, pp. 465-498.
- OGUTTU, A. (2022a). The parallel rise of multinational enterprises and the historical development of international tax rules – Introspection for the new rules to tax the digital economy. *Bulletin for International Taxation*, vol. 76, no. 10, pp. 476-491.

- OGUTTU, A. (2022b). Preventing international tax competition and the race to the bottom: A critique of the OECD Pillar Two model rules for taxing the digital economy – A developing country perspective. *Bulletin for International Taxation*, vol. 76, no. 11, pp. 547-565.
- PEREIRA, P. (2020). *Princípios de direito fiscal internacional*. Coimbra: Almedina.
- PIRES, R. (2018). *Manual de direito fiscal internacional*. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, J. (2010). *Tributação presuntiva do rendimento*. Coimbra: Almedina.
- ROSA, M. & A. TOMASSINI (2023). Uncertainties hold back achievement of OECD Pillar 2 goals. *Intertax*, vol. 51, no. 2, pp. 183-190.
- SANTOS, A. (2023). What is a substantial activity for tax purposes in the context of the European Union and the OECD initiatives against harmful tax competition. *EC Tax Review*, vol. 24, no. 3, pp. 166-175.
- SCHOUERI, L. (2021). Some considerations on the limitation of substance-based carve-out in the income inclusion rule of Pillar Two. *Bulletin for International Taxation*, vol. 75, no. 11-12, pp. 543-548.
- TANNO, T. (2022). The Global Minimum Tax: Some known unknowns. *International Tax Studies*, vol. 5, no. 5, pp. 1-5.
- TODER, E. (2023). The incidence of the corporate tax. In *Research handbook on corporate taxation*. Michigan: Michigan University Press.
- TRIVEDI, N. (13 de abril 2024). Pillar Two substance-based carve-out – To be, or not to be. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3864705.
- VOGEL, K. (1988). Worldwide vs. source taxation of income – a review and re-evaluation of arguments. *Intertax*, vol. 16, no. 8-9, pp. 216-229.

Aspetos internacionais da tributação de *influencers*

Valéria de Sousa Azevedo

Sob a orientação do Professor
Doutor João Félix Pinto Nogueira

Aos meus pais, por serem a pedra angular da minha existência.

“There are no shortcuts to any place worth going”.

Beverly Sills

Agradecimentos

Chegados a este momento, é altura de agradecer profundamente aqueles que marcaram esta fase da minha vida e que me permitiram completar esta caminhada, envolvida em esforço, desafios e trabalho árduo, mas, certamente, recompensadora.

Em primeiro lugar, aos meus pais: o vosso apoio incondicional, o sentimento de segurança e de motivação que sempre me transmitiram foi essencial para que me conseguisse superar a mim mesma e transformar mais um sonho em realidade.

A ti, mãe, obrigada por me dares a vida, por me apoiares em todos os momentos e por seres um exemplo de mulher. Se um dia me tornar uma parte daquilo que és enquanto mulher, mãe, esposa, filha e irmã, serei feliz.

A ti, pai, por sempre me dares os meios necessários para cumprir os meus sonhos e por me ensinares que a honestidade, a humildade e a integridade são valores que devemos carregar sempre connosco, tanto na nossa vida profissional, como pessoal.

Espero que esta minha caminhada vos orgulhe. Tudo o que sempre almejei foi fazer-vos felizes através das minhas conquistas.

Aos meus avós: sempre quis que estivessem aqui para poderem testemunhar as minhas conquistas. Obrigada por serem um exemplo de resiliência.

A ti, avó, agradeço o ombro amigo constante, a preocupação e proteção. Agradeço por seres a minha eterna *cheerleader*, aquela que está sempre na primeira fila para me aplaudir e que me ensinou desde pequena que somos os responsáveis pelo nosso destino. Obrigada por me incentivares, sempre, a sonhar e a mostrar aquilo de que sou capaz.

A ti, avô, obrigada por me ensinares que todos os caminhos, independentemente do qual escolhamos, têm pedras e que essas mesmas pedras devem ser demovidas pela nossa autodeterminação. Obrigada por me ensinares que não interessa qual o nosso ponto de partida, mas sim o que fazemos de forma a conseguirmos atingir a meta pretendida.

Ao meu tio: durante anos foste o meu companheiro de viagem nas idas ao Colégio. A verdade é que sempre te considereei o meu segundo pai e, sem ti, a minha família não estaria completa. Obrigada por seres o melhor tio do mundo e por tornares a minha vida tão mais colorida.

Aos meus amigos: a vida é feita de altos e baixos, de momentos de sucesso e de momentos de perda. É verdade o ditado que diz que, apenas quando estamos nos nossos piores momentos, descobrimos quem são os nossos verdadeiros amigos. Obrigada por seres a família que escolhi. Obrigada por me motivarem. Os tempos passam, a vida corre, mas os verdadeiros amigos mantêm-se.

Aos meus colegas de Mestrado: obrigada pelos últimos dois anos. Obrigada por darem asas a um ambiente de apoio, de aprendizagem mútua e de troca de conhecimentos que há muito não via.

Ao Corpo Docente do Mestrado em Direito Fiscal: obrigada por me fazerem apaixonar ainda mais por esta área. Obrigada pelo ensino de excelência e pelo cuidado constante para com os alunos. Ser professor não é uma profissão, mas sim uma vocação.

À Católica: obrigada por representar uma viragem na minha vida enquanto estudante e por alargar os meus horizontes. Obrigada pelos momentos e pelas memórias que levarei para a vida.

A Deus e a Nossa Senhora de Fátima: obrigada por nunca me deixarem cair. Obrigada por não desistirem de mim e por me darem provas de que sou capaz, mesmo quando de mim própria duvidei. De facto, “tudo posso naquele que me fortalece”.

À Dra. Mariana Gonçalves de Lemos, obrigada por todo o apoio incondicional prestado ao longo desta dissertação.

Por último, mas não menos importante, ao meu orientador, Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira: obrigada por me ajudar a encontrar a área do Direito Fiscal que mais me motiva – o Direito Fiscal Internacional. Obrigada pelas suas palavras de encorajamento, não só ao longo da elaboração da dissertação, mas também durante as aulas.

Obrigada pelos inúmeros conselhos e pelas perguntas que nunca ficaram sem resposta. Obrigada por ser o melhor orientador que poderia ter escolhido, por ir além das minhas expectativas e por me incentivar a dar voz às minhas opiniões. Obrigada pelo constante apoio ao longo deste período e por representar o nível de profissionalismo e generosidade que um dia espero almejar enquanto profissional. Obrigada por ser o meu exemplo e por nunca me deixar faltar uma palavra amiga.

A presente dissertação apresenta-se, desta forma, ao mundo porque tive a honra de ter como meu orientador um profissional que nunca deixou que as dúvidas se impusessem às certezas. Por tudo isto, e muito mais que não é possível colocar nestes agradecimentos, obrigada!

Resumo

Esta dissertação incide sobre a tributação internacional de *influencers*. Sendo este um tema onde se quebram fronteiras e entramos nas jurisdições de outros Estados, é importante perceber como é que esta profissão, que se tem vindo a adensar com o passar dos anos, é capaz de gerar rendimentos e, consequentemente, de que forma estes são e deveriam ser tributados.

Todos nós utilizamos as redes sociais. Contudo há quem não as encare como um *hobby* mas, sim, como o seu ganha-pão, ou seja, o veículo através do qual conseguirão pagar as suas contas e viver confortavelmente: estes são os “*influencers*”.

Iniciaremos o nosso estudo com uma breve introdução ao tema central. Posteriormente, analisaremos o enquadramento e o conceito de *influencer*, que apresenta várias definições.

Em seguida, iremos identificar as atividades geradoras de rendimento a nível internacional e passaremos à classificação dos rendimentos obtidos. Com vista a inferir quais os efeitos da tributação internacional, é necessário proceder ao estudo da CM da OCDE e dos Arts. que poderão estar em causa quando tratamos de *influencers*.

Pretendemos estudar e analisar o atual cenário normativo, bem como as alterações que podem ser introduzidas com o intuito de o tornar mais claro, convergente e uniforme para todos os Estados.

Palavras-chave: tributação internacional; *influencers*; jurisdições; profissão; rendimentos; atividades geradoras de rendimento; classificação; CM da OCDE; atual cenário normativo; alterações; convergente.

Abstract

This dissertation focuses on the international taxation of influencers. As this is a topic where borders are broken and we enter the jurisdictions of other States, it is important to understand how this profession, which has been growing over the years, is capable of generating income and, consequently, how these are, and should, be taxed.

We all use social media. However, there are those who do not see it as a hobby but, rather, as their livelihood, that is, the vehicle through which they can pay their bills and live comfortably: these are the “influencers”.

We will begin our study with a brief introduction to the central theme. Later, we will analyse the framework and the concept of influencer, which presents several definitions. Next, we will identify income-generating activities at an international level and move on to classifying the income obtained. In order to infer the effects of international taxation, it is necessary to study the OECD CM and the Articles that might be at stake when we talk about influencers.

We intend to study and analyse the current normative scenario, as well as the changes that can be introduced with the aim of making it clearer, more convergent, and uniform for all States.

Keywords: international taxation; influencers; jurisdictions; profession; income; income generating activities; classification; OECD CM; current normative scenario; changes; convergent.

Lista de siglas e abreviaturas

§	Parágrafo
Ac.(s)	Acórdão(s)
Al(s).	Alínea(s)
<i>Apud</i>	Citado por
Art(s).	Artigo(s)
AT	Autoridade Tributária
ATs	Autoridades Tributárias
CC	Código Civil
CDT(s)	Convenção(ões) sobre Dupla Tributação
Cfr.	Conforme
CIS	Código do Imposto de Selo
CM	Convenção Modelo
CT	Código do Trabalho
DUE	Direito da União Europeia
Ed.	Edição
EE	Estabelecimento Estável
EM	Estados-Membros
EUA	Estados Unidos da América
i.e.	<i>Id est</i> (Isto é)
IMCO	Committee on the Internal Market and Consumer Protection
IS	Imposto de Selo
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
N.º(s)	Número(s)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
P(p).	Página(s)
SS.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCA	Tribunal Central Administrativo
TIC	Tecnologias de Informação e Comunicação
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

Índice

1. Introdução	10
1.1 Contextualização	10
1.2 <i>Research question</i> / Hipótese de investigação	11
1.3 Objeto	11
1.3.1 Delimitação positiva	11
1.3.2 Delimitação negativa	12
1.4 Metodologia	12
1.5 Sequência	12
2. <i>Influencer</i> : a profissão do marketing digital	13
2.1 Enquadramento e estruturação do conceito	13
3. Atividades e rendimentos gerados	16
3.1 Contextualização	16
3.2 Lucros empresariais	16
3.2.1 O conceito	16
3.2.2 <i>Influencers</i> e lucros empresariais	17
3.3. Royalties	19
3.3.1 O conceito	19
3.3.2 <i>Influencers</i> e royalties	19
3.4 <i>Entertainers and sportspersons</i>	21
3.4.1 O conceito e enquadramento	21
3.4.2 Relação com outros artigos	21
3.4.3 Noção de <i>entertainer</i> e <i>influencer</i>	22
3.4.4 Eliminação da dupla tributação e onerosidade	24
3.4.5 <i>Influencers: entertainers</i> à luz do art. 17.º?	25
3.4.6 O caráter de entretenimento	26
3.5 <i>Other income</i>	28
3.5.1 O conceito e abrangência do artigo	28
4. Do direito a constituir	30
4.1 Contextualização	30
4.2 O artigo 3.º da CM da OCDE	30
4.2.1 <i>Entertainers</i> : a definição	30
4.2.2 A coincidência entre <i>entertainers</i> e <i>influencers</i>	32
4.3 O artigo 7.º da CM da OCDE	33
4.4 O artigo 12.º da CM da OCDE	35
4.5 O artigo 17.º da CM da OCDE	37
4.5.1 A hipótese da abolição	37
4.5.2 A opção pela manutenção	38
4.5.3 O âmbito de aplicação subjetivo do art. 17.º	39
4.5.4 A exigência de <i>public performances</i> e a tributação na fonte	40
4.5.5 Proposta de redação final do art. 17.º	42
5. Conclusão	44
Bibliografia	46
Lista de documentos de organizações internacionais e outros	49
Jurisprudência	51

1. Introdução

1.1 Contextualização

O Direito não é algo que se possa cingir única e exclusivamente às fronteiras de um Estado, principalmente se estivermos a falar de um ramo tão complexo e com um desenvolvimento tão acelerado como o Direito Fiscal. Dar resposta aos desafios fiscais que surgem diariamente é um imperativo que assegura a sobrevivência dos Estados e dos seus cidadãos. É neste contexto que surge o nosso interesse em desenvolver o tema central desta dissertação.

Vivemos numa era em que a aprovação pelos nossos pares se mede consoante o número de seguidores, de *likes* e de visualizações dos perfis das nossas redes sociais. A nossa presença online tornou-se indiscutível e necessária, quer a nível pessoal quer profissional. Podemos mesmo afirmar que a presença online é um requisito *non scripto* que veio para ficar e que, caracteriza quem não o cumpre, como um *outsider*.

As redes sociais mudaram a forma como percebemos o mundo, os outros e a nós próprios, provocando uma alteração na realidade que todos conhecíamos. Perante isto, era uma questão de tempo até alguém se debruçar sobre que forma é que se poderiam usar as redes sociais como fonte geradora de rendimentos.

Foi com a seguinte questão em mente que começaram a surgir os *influencers*: “com o meu número de seguidores e, dedicando tempo suficiente às redes sociais, de que forma consigo rentabilizar quem sou e o que faço?”.

O ser humano é um ser de hábitos: se alguém faz uma coisa e consegue obter sucesso, há uma tentação de repetir o que foi feito e de imitar, seguindo essas pisadas, com o intuito de alcançar um resultado semelhante ou, mesmo, melhor.

Consequentemente, nascem “*influencers*”, os quais obtêm rendimentos através da sua presença online. Atualmente, há quem consiga ser *influencer* a tempo inteiro, retirando desta profissão vários tipos de rendimentos, que podem atingir valores consideráveis.

Contudo, se todos devemos ser tributados pelos rendimentos que auferimos, para construir uma sociedade mais justa e igualitária¹, os *influencers* também o deverão ser.

Que tipos de rendimentos é que pode um *influencer* auferir como tal e de que modo é que devem ser tributados à luz das Convenções celebradas pelos Estados? O direito constituído é justo ou deveria ser alterado?

Ainda nos encontramos no ponto de partida, mas do seguinte temos a certeza: não podemos deixar realidades que assumem um papel cada vez mais proeminente na

¹ De acordo com os princípios da justiça e legalidade, bem como da solidariedade e capacidade tributárias, os *influencers* devem ser tributados da mesma forma que os outros profissionais.

nossa sociedade passarem ao lado da tributação e de uma adequada distribuição da mesma entre os Estados da Fonte e da Residência. Todos aqueles que geram rendimentos devem contribuir para uma sociedade melhor.

Estes problemas apresentam-se ao Direito como de difícil resolução, mas não devemos olhar para o grau de complexidade e abster-nos de os resolver.

Se o Direito existe para dar resposta aos problemas da Humanidade, não podemos deixar que a mesma se desenvolva de forma tão fugaz e que o Direito estagne, tentando aplicar, a problemas atuais, soluções ultrapassadas. É imperativa uma resposta do Direito Fiscal Internacional aos problemas mencionados, assim como é imperativo que o Direito caminhe lado a lado com o desenvolvimento da sociedade, se não mais à frente. Não podemos deixar que os problemas surjam e que as novas realidades fiquem por tributar.

O Direito Fiscal Internacional tem de assumir uma função prognóstica, antevendo problemas e soluções. É também isso que pretendemos fazer com esta dissertação: identificar problemas, sugerir soluções concretas e contribuir, de forma positiva, para a realidade da tributação internacional dos *influencers*.

1.2 *Research question* / Hipótese de investigação

A dissertação tem como tema “Os aspetos da tributação internacional de *influencers*”, pelo que a *research question* incidirá sobre a seguinte questão: “Como devem ser tributados os rendimentos de *influencers* quando os mesmos têm carácter transnacional, ou seja, quando os critérios de conexão do Estado da Fonte e do Estado de Residência não coincidem?”.

1.3 Objeto

1.3.1 Delimitação positiva

É nosso objetivo debruçar-nos sobre os *influencers* e efeitos da tributação internacional na sua esfera jurídica, aliando áreas em massiva expansão e que despertam o nosso interesse (como as redes sociais e o Marketing) à área do Direito Fiscal que mais nos apaixona: o Direito Fiscal Internacional.

Consequentemente, a nossa dissertação irá incidir sobre a elevada mobilidade dos *influencers* e a forma como a tributação dos rendimentos obtidos deve ser alocada a

nível internacional, apoiando-nos na CM da OCDE, tendo em conta a tipologia de rendimentos e os requisitos preenchidos *in casu*.

1.3.2 Delimitação negativa

A presente dissertação não irá abordar temas de direito fiscal doméstico, uma vez que visamos estudar apenas os problemas relativos à alocação dos poderes de tributação entre Estado da Fonte e Estado de Residência.

Do mesmo modo, não será abordado o IVA, enquanto imposto aplicável aos *influencers* aquando da venda de produtos ou de prestação de serviços. Não abordaremos qualquer outro imposto além dos impostos sobre o rendimento.

1.4 Metodologia

Na construção desta dissertação, efetuamos uma abundante leitura de artigos científicos que respeitam à CM e tributação de artistas e desportistas conseguindo, assim, formar a nossa própria opinião.

Fizemos uma análise profunda dos Arts. da CM e respetivos Comentários, auxiliando-nos de decisões jurisprudenciais e da doutrina existente sobre o caso em apreço.

Revimos, ainda, documentos de outras organizações internacionais (como a ONU) e de outros Estados, como os EUA, as Filipinas e Porto Rico.

Na redação da dissertação seguimos o Manual de Estilo da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto.

Na ausência de indicação em contrário, os Arts. mencionados referem-se à CM da OCDE, versão atualizada a 21 de novembro de 2017.

1.5 Sequência

No Capítulo 2 iremos definir o conceito de *influencer*.

No Capítulo 3 efetuaremos uma análise atenta às várias atividades capazes de gerar rendimentos a nível internacional, bem como um enquadramento dos mesmos na tipologia prevista pela CM da OCDE.

Posteriormente, no Capítulo 4, apresentaremos as nossas soluções para revisão do atual regime.

Por último, no Capítulo 5, exporemos as nossas conclusões.

2. Influencer: a profissão do marketing digital

2.1 Enquadramento e estruturação do conceito

Somos a prova viva de que possuir ligação à internet, um computador e um telemóvel é necessário para a nossa sobrevivência. É imperativo deter estas ferramentas para a nossa vida académica e profissional, pelo que elas acabam também por se tornar parte do nosso lazer, enquanto fonte de entretenimento e ligação ao mundo. Desta forma, o entretenimento que hoje conhecemos não passa só pelos meios tradicionais, mas também, e maioritariamente, pelos nossos telemóveis e computadores. Necessitamos, ainda que de forma reduzida, de consultar as nossas notificações, redes sociais e de colocar *like* no *post* de alguém que seguimos ou que nos surge como consequência do algoritmo utilizado pela rede social em causa, podendo ser do nosso interesse segui-la.

Para a maior parte da população, as redes sociais e a publicação de fotografias e vídeos é um *hobby*. No entanto, para um grupo mais reduzido de pessoas, as redes sociais tornaram-se uma atividade profissional e uma fonte de rendimentos. Publicar uma fotografia pode até ter começado como um passatempo, mas face ao crescimento do número de seguidores, alcance e notoriedade, chegou-se à conclusão de que expor a sua vida seria rentável, porque atrai as massas, e o que atrai as massas, atrai as marcas e as agências.

Esta redação traduz-se numa sumária introdução ao termo “*influencer*”, pelo que percebemos, automaticamente, que existe uma ligação com o termo “influenciar”. Desta forma, a atual realidade espelha o recurso do Marketing Digital às redes sociais e a outros meios digitais para promover produtos e serviços.

Sem o desenvolvimento das TIC, continuaríamos a comunicar por carta, não teríamos internet, computadores ou telemóveis com ligação à mesma. Este panorama permitiu que surgissem os *influencers*.

Deste modo, chegamos à questão que impera: o que é um *influencer*? Um *influencer* é alguém que consegue, através das suas redes sociais (*Instagram*, *Facebook*, *Youtube*, *TikTok*, entre outras), criar uma relação de amizade com os seus seguidores, influenciando os seus comportamentos. É através da partilha recorrente de pormenores sobre a sua vida pessoal e profissional que se cria uma ligação distintiva com os fãs. Uma vez criada essa relação, o seguidor torna-se alguém que confia no *influencer* e nas suas opiniões, resultando na influência da escolha e do poder aquisitivo do seguidor².

² Segundo o Artigo 10, Reasons why influencer marketing is the next big thing, 82% das pesquisas afirmam que os consumidores são mais suscetíveis às recomendações dos influencers que seguem. Cfr. Talaverna, 2015.

Rapidamente, os *influencers* perceberam que podiam rentabilizar a sua presença nas redes sociais. Também as marcas perceberam que a relação construída entre *influencer* e seguidor é única, e que essa mesma relação poderia ser utilizada em seu benefício.

O Comité para o *Internal Market and Consumer Protection* afirma que “Um *influencer* é um criador de conteúdos com intenção comercial, que constrói relacionamentos com o seu público baseados na confiança e autenticidade (principalmente nas plataformas de redes sociais) e que se envolve, de modo online, com atores comerciais através de diferentes modelos de negócios para fins de monetização”³⁻⁴.

Os *influencers* podem ser de dois tipos: (i) uma pessoa anónima que viu a sua plataforma crescer e decidiu começar a rentabilizá-la ou (ii) alguém que já é conhecido do público e tira proveito das suas redes sociais. Assim, qualquer pessoa, em qualquer profissão, pode tornar-se, a título principal ou complementar, *influencer*, pelo que é difícil traçar a linha a partir da qual alguém se converte em *influencer*.

O conceito de *influencer* não é uniformizado, apesar de existirem várias características comuns em todas as definições encontradas. Por exemplo, enquanto a AT das Filipinas afirma que o termo “*influencer*” se refere a “(...) todos os contribuintes, (...) que recebem rendimentos, em dinheiro ou em espécie, de quaisquer sites e plataformas de redes sociais (...) em troca de serviços prestados como *bloggers*, *videobloggers* ou *vloggers* ou como *influencer*, em geral, e de quaisquer outras atividades (...)”.⁵⁻⁶ A AT de Porto Rico define *influencer* como “(...) quem tem: (i) o poder de afetar as decisões de compra, estilo de vida e/ou comportamento, entre outros, de outras pessoas, devido à sua autoridade, conhecimento, posição ou relacionamento com seu público ou, (ii) possui um grupo de seguidores numa rede social, com quem se relaciona ativamente”.⁷⁻⁸

Do ponto de vista dos seguidores, os *influencers* são “amigos virtuais” que fornecem recomendações numa área específica. Consequentemente, quando esses amigos aconselham a utilização de um determinado produto, existe a curiosidade em procurar por ele e, em última instância, adquiri-lo.

³ Tradução da nossa responsabilidade.

⁴ Vide *The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market*, Publication for the committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg (2022, fevereiro).

⁵ Tradução da nossa responsabilidade.

⁶ Bureau of International Revenue, Republic of the Philippines, Revenue Memorandum Circular n.º 97 - 2021, 16 agosto 2021, p. 2.

⁷ Tradução da nossa responsabilidade.

⁸ Gobierno de Puerto Rico, Departamento de Hacienda, Carta Circular de Rentas Internas n.º 21-11, 2021, 31 março 2021, p. 3.

Não pretendemos alongar-nos mais na caracterização de *influencer*, pelo que passamos agora a um dos capítulos mais importantes deste estudo: o capítulo que explica a forma como os rendimentos dos *influencers* são gerados e como devem ser classificados.

3. Atividades e rendimentos gerados

3.1 Contextualização

O presente capítulo visa identificar e descrever as atividades praticadas pelos *influencers* com o escopo de obterem rendimento (tanto de forma pecuniária como em espécie), e de que modo os rendimentos obtidos devem ser enquadrados à luz da CM da OCDE (e, consequentemente, das Convenções Bilaterais assinadas pelos vários Estados e que seguem esse modelo).

Optámos por abordar atividades concretas e não contratos, como os de *sponsorships* ou *endorsements*. Isto porque os contratos podem incluir vários tipos de atividades que têm de ser exercidas pelo *influencer*, as quais se devem enquadrar em artigos distintos das Convenções.

Lado a lado com a abordagem das atividades, iremos organizá-las de acordo com os artigos da CM em que cada uma se deve enquadrar.

3.2 Lucros empresariais

3.2.1 O conceito

A maior parte dos rendimentos obtidos por *influencers* enquadra-se no Art. 7.^o: os lucros empresariais.

Para a interpretação deste Art., devemos ter em conta as als. c), d) e h) do Art. 3.^o. A al. c) indica que o termo “empresa” se aplica ao exercício de qualquer tipo de negócio, pelo que o exercício da atividade *influencer* leva a que a mesma possa ser enquadrada nesta definição e, consequentemente, no Art. 7.^o.

Na al. d) encontramos a interpretação dada pela CM ao termo “Empresa de um Estado Contratante”: empresa explorada pelo residente do Estado em questão, tendo como principal objetivo a obtenção de proveitos.

Por último, a al. h) expõe o entendimento do termo “*business*”, concebido como um negócio constituído por profissionais independentes.

Voltemos agora ao Art. 7.^{o10}, n.^o 1: nos termos do mesmo, os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a menos que

⁹ De notar que nas Convenções mais antigas, existe o Art. 14.^o que, entretanto, foi eliminado no ano de 2000. Este artigo servia o mesmo propósito do atual Art. 7.^o.

¹⁰ Este artigo dedica-se às atividades independentes, ao contrário do Art. 15.^o, que trata das atividades dependentes/sob a influência de um contrato de trabalho.

(introduzindo uma exceção), a empresa exerça a atividade no outro Estado Contratante através de um Estabelecimento Estável¹¹. A regra geral é de que o rendimento é tributado no Estado onde se encontra a empresa do residente (onde este exerce qualquer exercício).

O Art. 5.º é importante para esta parte do capítulo na medida em que define o que é um EE. Para a CM, um EE é um local físico (n.º 1), um local ou projeto de construção (n.º 3), podendo configurar ainda um EE agência (n.º 5). A adaptação do conceito de EE ao novo modelo de negócios criado pelos *influencers* e empresários é algo que abordaremos no capítulo seguinte. Para além do referido, a OCDE recomenda ainda o EE serviços, mas apenas nos Comentários.

3.2.2 *Influencers* e lucros empresariais

O Art. 7.º tem como epígrafe “*Business Profits*”, apresenta-se como regra geral da tributação sobre os rendimentos, e nele inserimos a maior parte dos rendimentos dos *influencers*.

Os rendimentos dos *influencers* que aqui podem recair derivam de várias atividades, que passamos a elencar, de modo meramente exemplificativo:

I. Atividades ligadas às marcas: a realização de testes e avaliações internas para marcas; a assistência; o aconselhamento prestado a uma marca sobre produtos e campanhas; as sessões fotográficas; as atividades que têm lugar na esfera privada ou sem público a assistir;

II. Atividades ligadas às redes sociais: a venda de produtos criados pelo *influencer*; a conclusão de um contrato para que um determinado anúncio seja apresentado durante o vídeo criado pelo *influencer* e publicado no *Youtube*; o fornecimento de códigos de desconto nas redes sociais dos *influencers* e, como consequência, o recebimento de uma percentagem do valor das peças de roupa vendidas com a utilização daquele código; a realização de avaliações positivas de restaurantes e hotéis, em troca de refeições gratuitas e estadias; os programas de afiliação, de membros e as subscrições que permitem que os seguidores tenham acesso a conteúdo exclusivo mediante o pagamento de um valor¹².

Importa mencionar que, do nosso ponto de vista, raramente os *influencers* recebem donativos. Os *influencers* recebem rendimentos em espécie. Mesmo quando um

¹¹ Tradução da nossa responsabilidade.

¹² O Ac. Fenix International Ltd. explica nos seus § 19, § 20 e § 21 o funcionamento destas novas plataformas: existe uma relação trilateral entre os *influencers*, a plataforma e os utilizadores. Quando o pagamento é efetuado pelo utilizador com o objetivo de ter acesso ao conteúdo exclusivo do *influencer*, uma determinada percentagem do valor da subscrição é destinada à plataforma. Vide Ac. do TJUE, Processo C-695/20, Fenix International Ltd v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs.

influencer recebe produtos de uma determinada marca, apesar de não existir uma obrigação expressa de os colocar nas suas redes sociais, há sempre uma expectativa de que ele o irá fazer (o objetivo das marcas é a sua divulgação e o aumento de vendas). Se o *influencer* nada fizer, deixará de receber os produtos. Isto é um forte indício de bilateralidade e de comercialidade.

Assim, afastamo-nos da opinião apresentada por Matos, 2019, na sua dissertação de Mestrado¹³, ao afirmar que uma das fontes de rendimento dos *influencers* se trata dos serviços e produtos grátis. A autora defende que estes devem ser perspetivados como incrementos patrimoniais, pelo que o único imposto a que se encontram sujeitos é o IS, uma vez que se trata de uma doação.

Discordamos vivamente desta perspetiva. Para o Direito, de modo a que exista uma doação, é necessário o *animus donandi*. Consequentemente, como é que podemos provar que as marcas, ao enviarem produtos querem, efetivamente, fazê-lo de forma gratuita e não esperando nada em troca? A contraprova apresenta-se muito mais fácil porque nenhuma marca oferece bens a um *influencer* sem segundas intenções: o objetivo é a publicitação dos produtos enviados, e tal é algo que ocorre frequentemente, pelo que nos é impossível concordar com Matos, 2019¹⁴.

No Ac. do TCA Norte, Processo 02425/05.6BEPRT, a Fazenda Pública refere que “Para que haja doação não pode haver contrapartida, independentemente da existência ou não da equivalência de prestações, porque só assim se constitui o espírito de liberalidade”. Ainda, “(...) sempre defende a Fazenda Pública que perante a realidade de ‘entregas de dinheiro’ (ou bens) que ‘motivam’ dizeres publicitários, sempre isso, só por si, constitui indício(s) sério(s) e suficiente(s) que justifique(m) a atuação da AT”.

Assim, a atuação das marcas através do envio de produtos ou da prestação de serviços gratuitos coloca a questão de caracterizar esta conduta como doação ou donativo (conforme aos usos sociais)¹⁵, uma vez que estes institutos diferem densamente entre si¹⁶. Contudo, trata-se de um tema de direito interno que não se enquadra no escopo desta dissertação.

A nível internacional, a única solução possível passa pelo enquadramento dos valores monetários a que correspondem os bens recebidos no artigo por nós indicado,

¹³ Vide Matos, 2019, pp. 31, 79-80.

¹⁴ Existem casos em que os *influencers* recebem determinados produtos vindos de marcas que pretendem trabalhar com eles, mas com os quais os *influencers* não se pretendem associar por não se identificarem com o produto. Assim, não realizam a publicitação nas redes sociais. Contudo, se o *influencer* aceitar os produtos, não os devolvendo, é da nossa opinião que deve ser tributado, porque existe um acréscimo patrimonial.

¹⁵ Cfr. Art. 940.º, n.º 2 do CC.

¹⁶ Para Leitão, 2022, p. 179, nos donativos, a pretensão do autor é cumprir uma obrigação que resulta do trato social, verificando-se um *animus solvendi*. Contrariamente, nas doações, existe um *animus donandi*. Do mesmo modo, o STJ, no Processo 3794/21.6T8VNG.P1.S1, entende que o fator decisivo para a distinção entre estes dois institutos é o espírito que está na raiz da atuação da marca.

quando, domesticamente, sejam considerados rendimentos. Isto porque, os *influencers* recebem estes bens devido à prática da sua atividade e dos negócios por si levados a cabo.

De notar que o valor global dos bens não será irrisório se analisarmos a atividade de um *influencer* típico, que ao longo do ano recebe ofertas de várias marcas já parceiras ou de marcas que pretendem sê-lo.

3.3 *Royalties*

3.3.1 O conceito

Ao olharmos para o termo “royalties”, surgem-nos, imediatamente, no pensamento outros termos: patentes, projetos científicos ou industriais e direitos de autor. Para os juristas, as royalties estão intrinsecamente ligadas a determinados direitos, sendo que o autor da patente ou do projeto deve receber o justo retorno pela utilização das suas obras.

Assim, o n.º 2 do Art. 12.º prevê que as royalties são contrapartidas recebidas pelo uso/direito de uso de qualquer direito de autor (como acima antecipado). Estes podem ser de três tipos:

I. Literários: os *influencers* podem escrever obras dos mais diversos tipos (romances, livros de autoajuda, de culinária, livros sobre alimentação ou que têm como base o bem-estar físico e emocional);

II. Científicos: exemplificamos com a contribuição ativa para o desenvolvimento de uma nova gama de cremes de rosto ou de perfumes de uma determinada marca, existindo, para tal, uma fórmula química e uma patente; a criação de uma bebida açucarada, cuja receita e fórmula foram integral ou parcialmente desenvolvidas pelo *influencer*;

III. Artísticos: o enredo de um filme ou de determinado conteúdo cinematográfico escrito por um *influencer*; a ideia e desenvolvimento de uma nova rubrica quinzenal publicada no *Youtube*; os desenhos que são elaborados por um *influencer* relativamente à coleção de roupa que vai lançar sob a alçada da sua empresa ou em parceria com uma marca.

Analisando este n.º, percebemos que se trata de uma cláusula fechada, elencando todos os tipos de direitos cujos rendimentos serão enquadrados neste artigo de um modo exaustivo. Consequentemente, não existe margem para que outros direitos, ainda que similares, sejam aqui incluídos, como é o caso dos direitos de imagem, que trataremos mais à frente.

3.3.2 *Influencers e royalties*

A forma como o marketing é recebido pelo público mudou, pelo que as marcas tiveram de se adaptar. Nascendo as redes sociais, os *influencers* tornaram-se uma referência e um *asset* indispensável para que a sua mensagem das marcas chegue ao seu público-alvo.

Cada vez mais influentes no mercado, os criadores de conteúdo passaram a expandir o seu negócio consoante as oportunidades que lhes são apresentadas. Um *influencer* já não se limita ao *Instagram* ou *Youtube*: em 2024, um *influencer* é alguém que também escreve livros, que cria a sua própria marca (seja de roupa, sapatos ou acessórios). Os *influencers* são empresários que expandem a sua atividade negocial e que pretendem chegar a cada vez mais pessoas.

É esta a razão pela qual é essencial incluirmos na nossa dissertação o Art. 12.º da CM, porque quer seja um livro ou uma marca registada, um projeto ou um plano, o *influencer*, ao assinar um contrato com um terceiro para exploração ou para o direito de exploração dos seus direitos, receberá royalties.

Mesmo que o terceiro que adquiriu o uso/direito de uso não obtenha qualquer receita, ele pode ser obrigado a retribuir o *influencer*, sendo que, por vezes, essa retribuição pode ser fixa (contrastando com a repartição da receita obtida). Assim, podemos afirmar que o rendimento proveniente de royalties está sujeito aos termos contratualmente celebrados entre o *influencer* (credor) e o terceiro usufruidor do direito (devedor).

Não é admissível incluir neste Art. os direitos de imagem de um *influencer*, ainda que se trate de direitos bastante próximos dos direitos previstos por este artigo. Se o n.º 2 se tratasse de uma cláusula mais ampla e com uma espécie de salvaguarda no fim, como “(...) commercial or scientific experience and others”, poderíamos equacionar inserir os direitos de imagem e os rendimentos que eles geram nesta norma, mas tratando-se de uma redação tão rígida e exaustiva, tal não é possível.

Equacionamos, igualmente, a realização de uma interpretação extensiva da definição do Art. 12.º, mas não nos parece que a imagem de uma pessoa possa ser inserida no rol ali demarcado.

Por último, cumpre-nos identificar onde é que os rendimentos obtidos por meio de royalties devem ser tributados. A resposta encontra-se no n.º 1, que afirma que as royalties provenientes de um Estado Contratante, detidas pelo residente de outro Estado Contratante, são tributadas nesse outro Estado. Isto quer dizer que, exclusivamente, o direito de tributação dos rendimentos pertence ao Estado de Residência do *influencer*.

O n.º 3 do Art. 12.º estabelece a exceção ao indicar que, se o beneficiário exercer uma atividade no Estado Contratante, que procede ao pagamento de royalties, através

de um EE, e a utilização ou direito de utilização estiver ligada a esse estabelecimento, o Art. 7.º é chamado à colação para tributar (sendo relevante o n.º 1, principalmente a parte do Art. que estabelece “(...) unless the enterprise carries on business (...)”).

Face a esta exceção, o Comentário indica no seu § 21 a possível existência de situações de abuso fiscal, uma vez que podemos testemunhar a transferência de direitos para EE criados em Estados onde a tributação dos rendimentos associados a royalties é menor.

3.4 *Entertainers e sportspersons*

3.4.1 O conceito e enquadramento

O Art. 17.º destina-se à tributação de rendimentos de uma determinada categoria de sujeitos: *entertainers* e *sportspersons*.

O n.º 1 indica-nos, de forma imediata, que a tributação dos rendimentos auferidos pelos artistas e desportistas é realizada, cumulativamente, nos Estados de Residência e da Fonte, o que permite ao Estado da Fonte tributar ilimitadamente.

Assim, a Fonte é autorizada a tributar porque se entende que colocou à disposição destes mesmos indivíduos o ambiente e as infraestruturas necessárias para que aquela *public performance* pudesse ter lugar. Existe doutrina¹⁷ que defende que deve ser o Estado da Fonte a tributar por razões de evasão fiscal, nomeadamente no que aos outros Arts. mencionados diz respeito, isto porque os *influencers* são um grupo especial que tende a não declarar todos os rendimentos por si auferidos.

Dando um exemplo prático, um *influencer* residente em Portugal que se desloque à Suíça para realizar um evento público que preencha todos os requisitos exigidos pelo Art. 17.º, verá os seus rendimentos serem tributados primariamente pelo Estado Suíço (que é o Estado da Fonte *in casu*). Posteriormente, Portugal poderá tributar enquanto Estado de Residência.

3.4.2 Relação com outros artigos

Relacionando o Art. 7.º e o Art. 17.º, a primeira dedução que devemos fazer é que o Art. 17.º é uma *lex specialis* face ao Art. 7.º. Desde logo, o Comentário¹⁸ indica que esta previsão é uma “exceção às regras do Art. 7.º e às do n.º 2, Art. 15.º, respetivamente”¹⁹,

¹⁷ Assim, “(...) other scholars see, primarily, tax policy reasons behind the enactment of article 17 of the OECD Model (...). Accordingly, it is important for the practicality of their taxation to enable the source state, which has easier access to information regarding the execution of the performance taking place in its territory (...) As a result, the provision has an anti-evasion character”. *Vide* Kostikidis, 2020, p. 362.

¹⁸ Comentário ao Art. 17.º, p. 332.

¹⁹ Tradução da nossa responsabilidade.

pelo que a lógica deste artigo é a sua aplicação em casos especiais, uma vez que a maior parte dos rendimentos dos *influencers* irá cair no Art. 7.º, como já referido.

Assim, não é por o Art. 17.º ser lei especial que devemos tentar enquadrar primeiro os rendimentos dos *influencers* no mesmo e, só depois, passar à regra geral, porque se o Art. respeitante aos artistas e desportistas é uma gota de água, o Art. dos lucros empresariais é um oceano. Se a atividade em si for equivalente ao evento gerador de rendimento, o Art. 17.º aplica-se, não se enquadrando essa atividade no Art. 7.º.

Como já analisamos o Art. 12.º, a sua relação com o Art. 17.º pode explicar-se como uma relação de exclusão, ou seja, se se aplica um Art. não se aplica o outro²⁰.

3.4.3 Noção de *entertainer* e *influencer*

Tal como mencionado pelo Comentário no seu §3, não é possível dar uma definição concreta de *entertainer* mas, mesmo sendo essa a realidade, não estamos completamente desamparados. O n.º 1 inclui uma listagem não exaustiva de exemplos de profissões que podem ser vistas como profissões de entretenimento. A solução passa por analisarmos casuisticamente cada caso com que nos deparamos, de forma a decidirmos se aquela determinada pessoa desenvolve uma profissão de entretenimento e, por isso, deve ser tributada à luz do Art. 17.º.

Desenvolvemos, de seguida, a hipótese de comparação entre os *influencers* e os atores ou modelos: no capítulo anterior explicámos que os *influencers* são vistos como “amigos” dos seus seguidores e pessoas que partilham o seu dia a dia, ainda que de modo virtual e unilateral. Os atores e modelos que têm redes sociais também o fazem, podendo ser convidados por marcas para se tornarem embaixadores, dado o grande alcance das suas plataformas.

Começando pela comparação entre *influencers* e modelos: os modelos utilizam a sua imagem e o seu corpo para publicitar produtos. Kostikidis defende que este é um dos principais pontos que as duas profissões têm em comum²¹, e com ele concordamos (assim como um modelo utiliza o seu corpo para mostrar peças de vestuário num desfile ou numa sessão fotográfica, também os *influencers* vestem determinadas peças de roupa com vista a colocar nas suas redes sociais e a dá-las a conhecer).

Contudo, os *influencers* do século XXI auferem rendimentos por mais do que a simples utilização da sua imagem numa performance com público. Como anteriormente referido, estes expandem as suas plataformas e dão-se a conhecer ao público de inúmeras

²⁰ Cfr. Kostikidis, 2020, p. 361.

²¹ Cfr. Kostikidis, 2020, p. 364.

maneiras, pelo que se considerarmos que um *influencer* pratica as mesmas atividades que um modelo, os seus rendimentos não poderão ser tributados à luz do Art. 17.^{o22}.

O Comentário efetua uma exclusão dos modelos do âmbito do artigo, quer quando desfilam numa passerelle e apresentam uma nova coleção de um designer, quer quando fazem sessões fotográficas. Em relação às sessões fotográficas, concordamos com a posição adotada pelo Comentário, até porque as fotografias estão relacionadas com os direitos de imagem, que não são tributados à luz do Art. em discussão. Em relação aos desfiles, temos de confessar a nossa admiração pelo facto de o Comentário os excluir do Art. 17.^o, na medida em que estes sejam realizados perante um público.

Hoje em dia, os desfiles são uma compilação de vários elementos que levam ao entretenimento de quem assiste aos mesmos. Recorrendo a um exemplo, os desfiles da “Victoria’s Secret” ocorriam todos os anos em diferentes países, com a presença de convidados musicais, de animações, de espetáculos de luzes e, evidentemente, com a mostra das novas coleções de lingerie. Estes desfiles eram transmitidos online e tinham sempre público a assistir fisicamente aos mesmos. Face ao que temos exposto, é impossível afirmar que esta parcela da profissão dos modelos não se enquadra claramente no Art. 17.^o, uma vez que se trata de uma *public performance* com carácter de entretenimento. Assim, deixaria de haver coerência se defendêssemos a posição adotada pelo Comentário²³.

Quanto a este ponto, não é surpresa que outros Estados também tenham reticências. Enquanto a Turquia é mais radical e defende que tanto as sessões fotográficas como os desfiles devem cair sempre no âmbito do Art. 17.^{o24}, a Argentina, o Brasil e a Malásia optam pela nossa posição (inclusão dos desfiles no referido artigo)²⁵.

No sentido do que defendemos, o Tribunal de Primeira Instância da Bélgica decidiu, em 2009, relativamente a um caso de sessões fotográficas para revistas/catálogos, que os modelos só caem no âmbito de aplicação do Art. 17.^o se estivermos a falar de *fashion shows*²⁶.

Em relação à comparação com atores, a verdade é que a maior parte dos *influencers* cria a sua imagem com base na honestidade e na autenticidade. Já um ator é alguém que é pago para interpretar uma personagem, com uma história delineada e que, na maior parte dos casos, tem características diferentes das suas. Deste modo, equiparar os *influencers* a atores é algo que cria uma dúvida permanente nos seguidores e que coloca a relação estabelecida com os *influencers* em causa.

²² Entendimento baseado no Comentário à CM. Cfr. Julien & Spies, 2023, p. 94.

²³ Posição adotada pelo § 3 do Comentário ao Art. 17.^o.

²⁴ §15 das Observações ao Comentário do Art. 17.^o.

²⁵ Cfr. § 3 e § 3.1 das posições ao Comentário ao Art. 17.^o.

²⁶ Cfr. Topete, 2017, pp. 1-12.

No caso dos anúncios televisivos²⁷, se o *influencer* for contratado para tal, já poderá ser considerada um ator, uma vez que existe uma história a seguir, o cenário é planeado, bem como os dias de gravação. Mas, se for gravado sem a presença de público e não existir uma transmissão em direto, não nos parece plausível o seu enquadramento no

art. 17.º. Não sendo o Comentário claro em relação ao entretenimento dos anúncios, este é alvo de críticas, tanto por nós, como por Julien & Spies, 2023. Estas afirmam que “(...) não é perceptível se o Comentário simplesmente presume que os anúncios são inerentemente lúdicos ou se a posição é impulsionada pelo poder de um ator de cinema”²⁸⁻²⁹. O raciocínio espelhado será alvo de desenvolvimentos no capítulo 4.

Assim, reconhecemos que nenhuma interpretação se encaixa perfeitamente na realidade dos *influencers*, pelo que a solução possível, no presente momento, passará por verificar se os requisitos exigidos pelo Art. 17.º se encontram preenchidos, de forma a que os rendimentos auferidos sejam tributados no seu âmbito. Se tal não acontecer, teremos de equacionar o Art. 7.º.

3.4.4 Eliminação da dupla tributação e onerosidade

O Art. 17.º pode conduzir a tributação excessiva dos rendimentos ou a dupla tributação se a CDT celebrada entre os Estados não for bem aplicada. Assim, é imperativo uma elevada diligência por parte das ATs responsáveis, principalmente da que tributa os rendimentos em primeiro lugar.

Perfilhando do entendimento de Molenaar, os *influencers* menos conhecidos e, consequentemente, com menores rendimentos, não conseguem suportar, economicamente, uma consultoria fiscal que os oriente no sentido de não serem lesados³⁰.

Para além disso, muitas vezes é moroso e complexo conseguir obter o crédito³¹ no país de residência do *influencer*, por dificuldades em demonstrar que o imposto em causa foi pago na Fonte, o que pode resultar na conversão de uma tributação excessiva em dupla tributação, sendo o imposto pago integralmente no Estado da Fonte e no Estado de Residência.

Por último, existe um incremento do trabalho administrativo nas ATs de ambos os Estados, devido à obrigação de conferir as declarações fiscais entregues pelos

²⁷ Os rendimentos de anúncio televisivo podem desdobrar-se na gravação do anúncio (que irá cair no Art. 7.º) e nos direitos de exibição do mesmo (que, como envolve os direitos de imagem do *influencer*, irá cair no âmbito do Art. 21.º).

²⁸ Tradução da nossa responsabilidade.

²⁹ Julien, R. & Spies, K., 2023, p. 88.

³⁰ Cfr. Molenaar, 2016, p. 224.

³¹ Art. 23.ºA para o método de isenção fiscal e Art. 23.ºB para o método de crédito fiscal.

influencers (o que é ainda mais gravoso e quase “trabalho inútil por parte da AT” porque as *public performances*, normalmente, não possuem um hiato temporal muito extenso³²).

Deparando-se com esta situação, a doutrina começou a emitir opiniões divergentes em relação ao Art. 17.º. Em relação a esses entendimentos, remetemos para o capítulo 4.

3.4.5 *Influencers: entertainers* à luz do Art. 17.º?

Nos tópicos anteriores, demos como adquirido o facto de os *influencers* se incluírem na especial categoria de aplicação do Art. 17.º. Mas, não havendo uma previsão das *influencers* no n.º 1 nem uma definição precisa de *entertainers*, é imperativo explicar como é que se incluem no âmbito do mesmo.

O Art. 3.º não inclui o conceito de “*influencer*”, pelo que temos de recorrer aos métodos de interpretação. Na esteira de Molenaar & Grams, 2016, o problema consiste em perceber se os *influencers* e as *personal activities* por eles praticadas se devem incluir no Art. 17.º.

O Art. 17.º refere-se a *public performances* (ou seja, ao exercício das atividades pessoais do *influencer*)³³, que são eventos realizados publicamente (por oposto ao Art. 7.º), com a presença de uma audiência e com um carácter de entretenimento. Estes dois requisitos têm de se encontrar preenchidos para que a tributação possa ser realizada no Estado da Fonte.

Em relação ao carácter público da performance, questiona-se se o público tem de estar presente de forma física e quando o evento está a decorrer, ou se podemos ter um caso em que um determinado conteúdo é gravado e só, posteriormente (com a existência de um *time-delay*) é colocado à disposição do público, como é o caso de vídeos do *Youtube*, *TikTok*, *Instagram* e conteúdo televisivo.

Em relação ao Direito existente, quando um *influencer* cria conteúdo, como vídeos a cantar, a dançar, a cozinhar ou a dar dicas sobre uma rotina de *skincare*, esta atividade não cai no escopo do Art. 17.º. Contudo, a nosso ver, e no plano do direito a constituir, tal deveria ser possível, porque existe uma atividade de preparação do conteúdo, a gravação e edição do mesmo e a sua publicação em diferentes plataformas.

Assim, não deveria ser necessário o público estar presente durante a gravação do conteúdo, uma vez que este pode ser dado a conhecer ao mundo segundos depois. A sustentação da nossa opinião baseia-se no termo “publicamente”, que é aceite como

³² Cfr. Molenaar & Grams, 2016, p. 973.

³³ Cfr. § 1 do Comentário, p. 332.

publicidade direta e indireta (virtual, através da internet, da televisão, da rádio, dos *media*, etc.)³⁴⁻³⁵.

É necessário referir que o direito vigente estende a aplicação do Art. 17.º aos casos de *simultaneous broadcasting*³⁶, pelo que os casos de posterior transmissão do evento não entram na letra nem no espírito do Comentário. Contudo, a nossa opinião diverge do entendimento atual, pelo que, remetemos o seu desenvolvimento para o capítulo 4.

3.4.6 O caráter de entretenimento

Incidindo agora sobre o caráter de entretenimento de uma performance, é de relembrar que no capítulo 2 já falamos do entretenimento e do seu significado: um evento com fator de entretenimento trata-se de um evento que tem como objetivo divertir o público e proporcionar uma sensação de lazer.

Para ilustrar este segundo requisito, podemos recorrer à jurisprudência. Um dos casos mais emblemáticos é o “Caso Paris Hilton”, julgado pelo Supremo Tribunal Austríaco³⁷. Hilton foi contratada por um fabricante de bebidas no ano de 2006 para apresentar uma nova bebida que tinha sido desenvolvida numa estância de ski. O evento contou com a presença de cerca de 20 mil pessoas.

Ao longo do evento, Hilton dançou no palco, deu autógrafos e posou para fotografias com a bebida na mão. A personalidade foi convidada não pela sua profissão de modelo, mas sim pela sua imagem e fama.

Hilton era a maior atração do evento. As pessoas deslocaram-se à estância de ski para a verem e, depois, ficaram a conhecer também o vinho. O principal fator que levou a que cerca de 20 mil pessoas participassem no evento foi a presença de uma celebridade com milhões de fãs e a curiosidade delas em conhecê-la. O lançamento da nova bebida chegou, desta forma, mais longe, por causa da convidada de honra.

Tendo-lhe sido aplicado o Art. 17.º para tributar o pagamento da empresa (650 mil euros), Hilton alegou que o Art. 7.º era o mais adequado. Hilton defendeu que, embora existisse um caráter de publicidade em relação ao evento e ao lançamento do vinho, o requisito de entretenimento não estava preenchido. No seu entendimento, aquela dança breve no palco não cumpre os requisitos para aplicação do Art. 17.º. Coube ao tribunal decidir se o elemento “entretenimento” estava ou não preenchido.

O Tribunal decidiu que estava. Cabe-nos concordar com a posição adotada, uma vez que as *public performances* têm um caráter artístico irrelevante. Isto quer dizer que

³⁴ Cfr. Kostikidis, 2020, p. 364.

³⁵ *Ibid.*, p. 364.

³⁶ Vide § 9.4 do Comentário ao Art. 17.º.

³⁷ Ac. do VwGH, 30 de junho de 2015, Processo N.º 2013/15/0266, Österreichische Steuerzeitung (2016), pp. 58-64.

não importa a duração do evento ou a sua qualidade. Não importa se Hilton dançou durante 30 minutos ou 2 horas e se conseguiu seguir a coreografia ou não. O fabricante de bebidas pagou pela sua presença na estância de ski com o intuito de promover o lançamento da bebida, contratando-a para entreter o público (a mera presença e interação com os convidados tem, por si só, carácter de entretenimento).

É de notar que o VwGH enfatizou que o termo “*entertainer*” é utilizado no lugar do “artista” para demonstrar que o nível da qualidade artística não é decisivo para efeitos do art. 17.^o³⁸. Para o Tribunal, quanto mais famosa e conhecida for a pessoa convidada para marcar presença, menos carácter artístico necessita de acarretar a performance, uma vez que só a referência ao nome da figura pública atrai e entretém as pessoas.

Tendemos a concordar com este ponto de vista. Muitos eventos são realizados com a presença de celebridades e *influencers* e culminam numa junção de milhares de pessoas devido ao facto de os fãs ou seguidores quererem estar no mesmo local que aquela celebridade e poderem ter a oportunidade de tirar uma fotografia com ela ou obter um autógrafo. O carácter artístico do entretenimento acaba por consistir numa interação, ainda que minimalista, com o público.

Em suma, Hilton dançou, deu autógrafos e falou com os fãs. Releva para a aplicação do Art. 17.^o se ela dançou bem ou mal? Não. Releva apenas o carácter de entretenimento das pessoas que compareceram ao lançamento. Se elas tiraram proveito da presença de Hilton e se divertiram, a *public performance* preenche os requisitos exigidos³⁹ e, como tal, os 650 mil euros recebidos pela sua presença devem ser tributados na Áustria.

A doutrina criticou o raciocínio realizado pelo VwGH, colocando várias questões: já que basta a fama da pessoa convidada, será que a aparição mediante retribuição de um ator ou de um político na Ópera de Viena pode ser também tributada à luz do Art. 17.^o (“[...] since the guest is famous, the event as such is entertaining, visited by many people and the guest needs to wave for photos and give interviews”).⁴⁰

Salientamos o caso de Bill Clinton, que não foi tributado à luz do Art. 17.^o pela realização de um discurso em Berlim, enquanto Beyoncé foi tributada no Estado da Fonte por ter dado um concerto, igualmente em Berlim. De notar que ambos são residentes nos EUA.

³⁸ Cfr. Kostikidis, 2020, p. 366.

³⁹ Para o Tribunal, a performance não exclui o carácter lúdico ou de entretenimento se este, de um ponto de vista objetivo, continuar preservado. Cfr. Julien & Spies, 2023, p. 87.

⁴⁰ Cfr. Julien & Spies, 2023, p. 88.

O elemento decisivo que esteve na origem desta diferenciação prende-se com o caráter informativo do discurso de Clinton, por oposição ao caráter de entretenimento do concerto de Beyoncé⁴¹.

No § 4 do Comentário ao Art. 17.º da CM, a OCDE diz que devemos ter em conta a profissão do indivíduo no Estado onde ocorre a performance e que ser *entertainer* se aplica a pessoas que marquem presença num evento com caráter lúdico, mesmo que seja só uma vez. Assim, é defendido que é o desempenho da pessoa que a torna uma artista, e não a sua fama ou o quadro geral da situação. Esta corrente vai no sentido oposto de Kostikidis, que assume a fama e o reconhecimento da pessoa pelo público como um elemento a ter em conta, assim como considerou o Supremo Austríaco, ao valorizar a fama de Hilton.

Quanto a nós, somos da opinião de que, para além dos elementos “público” e “entretenimento”, a notoriedade pública deve ser tida, igualmente, em conta, porque mesmo que os dois primeiros requisitos se encontrem preenchidos, se o indivíduo não for alguém que atrai multidões, o evento não terá a amplitude pretendida por quem o organizou. Logo, o ator e o político, sendo figuras públicas e, muitas vezes, exemplos para a sociedade, devem ver os seus rendimentos tributados à luz deste artigo

Para clarificar a nossa posição sobre este tópico, daremos alguns exemplos de atividades que são passíveis de serem incluídas no Art. 17.º: presenças pagas em clubes, discotecas, restaurantes, festas, lojas, entre outros; um *meet & greet* do *influencer* com os seus fãs/seguidores, mediante pagamento; sessões de autógrafos exclusivas, em que os seguidores pagam para poder marcar presença na sessão; um *influencer* que dá uma entrevista e menciona uma determinada marca do qual é embaixador, estando a utilizar a roupa dessa marca⁴²; o *merchandising* de um *influencer* que é vendido e que está associado a uma *public performance* específica (existindo, por isso, uma *close connection* entre esse *merchandising* e a performance, como é o caso dos cantores que vendem t-shirts durante os seus concertos).

3.5 Other income

3.5.1 O conceito e abrangência do Artigo

Com a epígrafe apresentada no presente tópico, encontramos o Art. 21.º. Este artigo prevê no seu n.º 1 que “Os rendimentos do residente de um Estado Contratante,

⁴¹ Cfr. Kostikidis, 2023, p. 166.

⁴² No caso da entrevista, o *influencer* irá gerar rendimentos por fazer publicidade à marca, tanto mencionando o seu nome, como utilizando produtos da mesma ao longo da entrevista.

de onde quer que provenham, não tratados nos Arts. anteriores da presente Convenção, só serão tributáveis nesse Estado”.⁴³

Assim, o artigo confere ao Estado de Residência o direito exclusivo de tributação dos rendimentos. Para além disso, é visto como uma espécie de cláusula de salvaguarda, uma vez que todos os rendimentos que não se enquadraram nos artigos anteriores são aqui tributados. É disto exemplo os rendimentos obtidos pelos direitos de imagem.

Sendo o Art. 12.º bastante restrito, e não deixando oportunidade para que outros direitos para além dos elencados sejam incluídos, existe a necessidade de abordarmos aqui os direitos de imagem em *stricto sensu*. A exceção ao mencionado ocorre quando se verifica uma *close connection* entre a performance do *influencer* e os direitos de imagem (neste caso, os rendimentos derivados da imagem já se encontrarão contemplados pelo Art. 17.º).

No seu Art. 26.º, n.º 1, a Constituição da República Portuguesa prevê que o direito de imagem é um direito de personalidade. O Art. 79.º, n.º 1 do Código Civil expressa que o retrato de uma pessoa não pode circular no comércio sem o consentimento do titular, neste caso, o *influencer*, não se preenchendo a exceção dos casos de interesse público, prevista no seu n.º 2. Para além disso, o direito de imagem é um direito patrimonial que pode, por isso, ser transmitido. Esta qualificação foi reconhecida pelo BGH, em 1956, relativamente ao caso do ator Paul Dahlke⁴⁴.

Quando estamos perante contratos de cessão de direitos de imagem, devemos ter em conta que, para além da imagem do *influencer* propriamente dita e da sua utilização, estes contratos abrangem “(...) tudo o que forma a imagem (...) e que possa ser explorado comercialmente (...)”⁴⁵, como é o caso do nome e alcunhas do *influencer*, as suas assinaturas, voz e demais características pessoais.

Como os direitos de imagem pertencem a cada um de nós, a sua monetização e rentabilidade é uma opção que se encontra ao nosso dispor, afirmando Festas, 2009, que “(...) o aproveitamento económico da imagem é corolário da autonomia pessoal da pessoa e da sua autodeterminação sobre a imagem”⁴⁶.

A verdade é que enfrentamos a possibilidade de diferentes qualificações em relação ao mesmo rendimento, neste caso, o rendimento proveniente dos direitos de imagem, o que origina o problema de saber qual o artigo a aplicar.

⁴³ Tradução da nossa responsabilidade.

⁴⁴ *Apud* Timóteo, 2021, p. 8.

⁴⁵ Michel, 2018.

⁴⁶ Festas, 2009, pp. 124-137.

Primeiramente, há que definir o que é um direito de imagem e o que ele abrange. Já vimos o caso da jurisdição portuguesa, mas a nível internacional os entendimentos não são uniformes⁴⁷.

Deste modo, o Comentário faz referência ao caso de um golfista que participa num determinado torneio e se compromete, mediante uma remuneração adicional, a dar entrevistas que promovem a competição, e ao caso de um artista que, igualmente mediante remuneração, autoriza que a sua imagem seja utilizada em cartazes de promoção do espetáculo de que fará parte (neste âmbito, o Art. a equacionar deverá ser o 17.º).

Contudo, a situação descrita leva a que se levantem conflitos entre os Estados na tributação dos rendimentos originados pela exploração deste direito, o que coloca o contribuinte numa posição ingrata e a ser suscetível de testemunhar a tributação do seu rendimento em mais do que um artigo por Estados diferentes.

⁴⁷ No § 9.5, o Comentário aborda brevemente o conceito de “direitos de imagem”.

4. Do direito a constituir

4.1 Contextualização

Da análise da CM e do Comentário no capítulo anterior, foi-nos possível deduzir que o atual quadro normativo internacional apresenta soluções débeis para a tributação dos rendimentos dos *influencers* enquanto tais, uma vez que as orientações dadas não se mostram claras e, muito menos, consolidadas.

Primeiramente, a CM e o Comentário não apresentam definições concretas para os termos sobre os quais nos debruçamos nesta dissertação, o que a nosso ver, se apresenta como pouco adequado. Remeter para os direitos domésticos, nos termos do Art. 3.º, n.º 2 da CM da OCDE, levaria a uma grande diversidade ao nível da interpretação de uma mesma Convenção (além de que, o direito interno pode não contar com as definições necessárias).

Posteriormente, o Art. 7.º exige que exista um EE para a tributação dos lucros empresariais na Fonte. Ora, de que forma é que a definição atual de EE é compatível com a realidade dos *influencers* e com as *public performances* e que a limitação do Estado da Fonte continua a ser justa, em termos de equidade internacional?

O Art. 12.º da CM refere-se *royalties*, não se inserindo os direitos de imagem no seu elenco exaustivo de direitos. Pretendemos, deste modo, propor alternativas de resolução dos problemas causados pelos diferentes enquadramentos dos rendimentos gerados pelos direitos de imagem.

Por fim, será objeto de extensa análise o Art. 17.º e os debates que à sua volta têm sido criados, nomeadamente a abolição ou não do mesmo, o âmbito subjetivo de aplicação do Art., e apresentaremos um novo modelo capaz de facilitar a aplicação do Art.

4.2 O Artigo 3.º da CM da OCDE

4.2.1 *Entertainers*: a definição

Apesar de alguns artigos conterem em si a definição dos termos utilizados⁴⁸, não sendo necessário recorrer ao artigo em discussão, devemos equacionar como é que este último pode apresentar uma solução para o enquadramento jurídico dos *entertainers* e, consequentemente, dos *influencers*.

⁴⁸ Caso dos Arts. 4.º e 5.º.

Perante a análise da CM e do Comentário à mesma, constata-se que o Art. 3.º não apresenta uma definição de *entertainers*. O mesmo é sustentado no § 3 do Comentário ao Art. 17.º, uma vez que o n.º 1 do mesmo apresenta apenas exemplos de profissões que se enquadram nesta categoria⁴⁹.

À data de 2017, nem a CM nem o Comentário à mesma concediam uma definição de *entertainers*, apesar de o homem médio ser capaz de identificar o que se considera como entretenimento⁵⁰. Se isto é possível, ou seja, se todos nós conseguimos identificar o que é entretenimento, de uma forma geral, ergue-se a questão: porque é que a CM não inclui uma definição de *entertainers* que não deixe qualquer margem de dúvida na aplicação das suas previsões legais?

Perante esta questão, e a nosso ver, a CM deve dar uma resposta inequívoca ao problema dos *entertainers* e da sua definição⁵¹. Recorrer a um raciocínio análogo através dos exemplos dados e das explicações auxiliares do Comentário é algo que coloca em causa a segurança jurídica, enquanto pilar fundamental do Direito, e que acaba por nunca ser uma solução a longo prazo.

Para além disso, se nos encontramos na Era Digital, qual seria a base capaz de sustentar (sem interferências e dúvidas dos Estados, bem como dos contribuintes, a quem as previsões normativas são aplicáveis) uma analogia entre um ator e um *influencer*, que depende quase exclusivamente dos meios digitais e das redes sociais? Apesar de tal realidade ter sido discutida *sub judice* (capítulo 3), tal solução não se apresenta sem falhas e lacunas.

A nossa sugestão passa, por isso, pela inclusão de uma nova alínea no Art. 3.º que defina quais os profissionais que deverão ser considerados *entertainers*, para o propósito da aplicação da CM.

Aludindo ainda ao Art. 17.º, e equacionando a realidade dos *influencers*, o Direito Fiscal não se pode apresentar como um Direito desatualizado face às inovações que todos os dias surgem na sociedade e no mercado, capazes de gerar rendimento, pelo que sugerimos a inclusão de uma nova alínea que abranja a definição de *entertainers*, mas reservando no fim da definição um espaço residual e amplo capaz de abranger as novas profissões que surjam ao longo dos anos, como é o caso dos *influencers*. Esta nova alínea teria quase uma função de “chapéu de chuva”.

⁴⁹ No n.º 1 do Art. 17.º não existe tipicidade, pelo que os exemplos elencados não podem ser considerados os únicos passíveis de inclusão na categoria de *entertainers*.

⁵⁰ O entretenimento pode considerar-se como algo que ajuda o sujeito a relaxar, a distrair-se da realidade à sua volta e que possui um carácter lúdico.

⁵¹ De facto, a questão da interpretação do termo “*entertainer*” apresenta-se como o maior problema para a aplicação do Art. 17.º, uma vez que, se os Estados Contratantes da CDT associarem significados diferentes a este termo, na sua lei interna, surgirão de forma exponencial casos de dupla tributação e de dupla não tributação. Cfr. Vogel, 2015, p. 1308.

Poder-nos-iam questionar se uma inclusão mais ampla da definição de *entertainers* no Comentário ao Art. 3.º ou ao Art. 17.º não seria suficiente resposta para o problema apresentado. Apesar de o Comentário ter uma função auxiliar e ajudar os EM que celebram CDTs seguindo o Modelo da OCDE, existem sempre Estados que elaboram observações e reservas, não seguindo o entendimento do Comentário em certos pontos e enveredando por outros caminhos interpretativos (uma vez que os Comentários não são vinculativos).

Se é este o caso, incluir a definição de *entertainers* na própria CM e, posteriormente, nas CDTs, antevê-se como uma solução “mais vinculativa”. Embora os Estados possam, igualmente, desviar-se do Modelo, e optar por incluir ou excluir determinados Arts. ou partes dos mesmos, existe, pelo menos, uma orientação para as CDTs elaboradas ao abrigo da CM e do seu Comentário, não ficando à deriva sobre as previsões normativas e seus efeitos.

4.2.2 A coincidência entre *entertainers* e *influencers*

No tópico acima desenvolvido, a solução por nós proposta permite que os *influencers* se enquadrem na categoria de *entertainers* e sejam tributados de acordo com as normas fiscais que lhes são aplicáveis a nível internacional.

Mas, imperam as questões: os *influencers* são sempre *entertainers*, havendo uma coincidência total entre os mesmos? Existem casos em que um *influencer* pode exercer uma determinada atividade e não ser considerado *entertainer*, à luz do que temos vindo a desenvolver ao longo desta dissertação?

Os exemplos dados pelo n.º 1 do Art. 17.º estão relacionados com o mundo das artes, pelo que se nos seguissemos, única e exclusivamente, pelos mesmos e outras profissões semelhantes, os *influencers* que atuam num ramo de negócios como o da maquilhagem, do estilo de vida saudável ou das viagens seriam excluídos deste artigo e a sua tributação não seria realizada no Estado da Fonte.

Contudo, e como nos diz o Comentário, um *entertainer* pode ser e atuar como tal nem que seja num único evento público⁵². Com base nesta interpretação, deduzimos que é mais importante a atividade exercida pelo sujeito do que a sua profissão. Aliás, um *entertainer* pode ser qualquer pessoa, como, por exemplo, um advogado que mostra nas redes sociais o seu dia a dia, que publica um livro e faz sessões de autógrafos ou uma apresentadora de televisão que tem interesse pela culinária e que faz uma masterclasse ao vivo. A chave para a resolução da identificação entre *entertainer* e *influencer* reside na capacidade em que a pessoa atua, com o intuito de gerar rendimentos. Roeleveld &

⁵² § 9.1 do Comentário ao Art. 17.º.

Tetlak afirmam que esta questão abre as portas a “(...) um conceito amplo e dinâmico, dependente das circunstâncias do caso e da evolução da definição de entretenimento”.⁵³⁻⁵⁴

Como constatamos ao longo desta dissertação, o entretenimento centra-se cada vez mais nas redes sociais e nos criadores de conteúdo, conteúdo esse que entretém e que agrada a diferentes públicos-alvo. Os *entertainers*, à luz do Comentário⁵⁵, podem ser separados em diferentes categorias, surgindo, por isso, o entretenimento e a informação ou conteúdo educacional, o entretenimento e as atividades publicitárias, e o entretenimento e as equipas técnicas ou *staff*. Estas últimas são expressamente excluídas do âmbito de aplicação do Art. 17.⁵⁶, mas muitas vezes os *influencers* combinam em si toda a equipa de apoio à criação de conteúdo e toda a publicidade.

Conduzindo estas atividades ao nascimento de rendimento na esfera do *influencer*, ele irá enquadrar-se no conceito de *entertainer* e, conseqüentemente, a tributação do mesmo terá lugar no Estado da Fonte, à luz do Art. 17.^o.

Podemos, assim, inferir que, encontrando-se os requisitos acima mencionados preenchidos, a coincidência entre *entertainer* e *influencer* será total. Não existindo esta coincidência, não poderemos aplicar a *lex specialis* que se destina a este determinado grupo de contribuintes, pelo que a sua tributação será realizada no âmbito de outros Arts. que não exijam um caráter de entretenimento e de *public performance*, como é o caso do Art. 7.^o.

De facto, todo o *influencer* é *entertainer*, mas nem todo o *entertainer* é *influencer*.

4.3 O Artigo 7.^o da CM da OCDE

Como já foi constatado, a maior parte dos rendimentos dos *influencers* cai no âmbito do Art. 7.^o. Este artigo atribui a capacidade de tributação ao Estado de Residência (a não ser que se verifique a exceção da 2.^a parte do artigo), o que não nos parece justo, neste caso.

Para que exista *economic allegiance* com a jurisdição da Fonte, a presença física é necessária (ou seja, a existência de um EE). Ora, em modelos de negócio como o dos *influencers*, este requisito parece-nos inadequado, uma vez que o trabalho de um *influencer* pode ser realizado da mesma forma que um nómada digital. Na maior parte das vezes, este necessita apenas de um computador e de um telemóvel para que seja

⁵³ Tradução da nossa responsabilidade.

⁵⁴ Roeleveld & Tetlak, 2016, p. 32.

⁵⁵ Cfr. § 3 do Comentário ao Art. 17.^o.

⁵⁶ Cfr. Julien & Spies, 2023, p. 32.

concretizado, sem uma qualquer base fixa. Isto demonstra que o Art. tem de se adaptar à era digital e à realidade casuística.

Por outro lado, no que se refere ao EE agência, o Art. 5.º, n.º 5 afirma que se deve considerar que a empresa tem um EE agência naquele Estado se, uma pessoa, em nome/representação da empresa, concluir contratos ou desempenhar o papel crucial para a conclusão dos mesmos⁵⁷. Contudo, não podemos considerar que os *influencers*, na sua atividade enquanto tal, concluem contratos com habitualidade.

Este Art. tem a si subjacente um termo que consideramos de elevada importância: o termo “habitualmente”. Considerando que o § 132 do Comentário ao Art. 5.º combina este último com o Art. 7.º, a tributação dos lucros empresariais provenientes de atividades depende da existência de um EE.

Como alternativa, para os Estados que decidam incluir nas CDTs celebradas um EE serviços, referido no § 145 do Comentário⁵⁸ ao Art. 5.º e, nos termos do Comentário, se uma empresa presta serviços noutro Estado Contratante, utilizando (i) um indivíduo que lá permanece durante um período igual ou superior a 183 dias face aos 12 meses do ano⁵⁹ e, (ii) pelo menos, 50% das receitas são atribuídas às atividades praticadas por aquele indivíduo, pode-se considerar que lá existe um EE⁶⁰.

Inserir o termo “habitualmente” no EE serviços, através da criação de uma alínea que previsse o mesmo, seria de grande utilidade para a tributação de *influencers*, uma vez que tanto a mobilidade física, como a mobilidade dos rendimentos é altamente elevada. Exigir aos mesmos que permaneçam 183 dias num Estado, seguidos ou interpolados, leva a que, mesmo um EE serviços, nunca surja. A única forma do mesmo se adaptar à realidade *in casu* seria a diminuição do n.º de dias exigido ou, como propomos, substituir os 183 dias pelo termo “habitualmente”.

Contudo, como se trata de um conceito indeterminado, é necessário estabelecer o n.º mínimo de vezes em que aquele *influencer* atuou naquele Estado. Assim, quando praticamos habitualmente uma determinada atividade, isto quer dizer que a praticamos com frequência, pelo que, propomos que se considere a existência de um EE quando uma percentagem mínima de 55% das receitas obtidas pelo *influencer* é proveniente do Estado da Fonte.

Deste modo, não enveredamos pelo n.º de horas das *personal activities* praticadas pelo *influencer*, uma vez que se trata de algo de difícil averiguação e

⁵⁷ Cfr. as als. a), b) e c) do Art. 5.º, n.º 5.

⁵⁸ O EE serviços deste § não aplica o Art. 5.º, n.º 5. Assim, os Estados têm de incluir nas CDTs uma disposição específica para que, ao lado do EE agência, exista um EE serviços.

⁵⁹ Portugal e a Coreia do Sul apresentam uma reserva no § 87 do Comentário ao Art. 7.º, afirmando que detém o direito a tributar indivíduos que exerçam serviços profissionais ou outras atividades independentes, se permanecerem no seu território por mais de 183 dias, num total de 12 meses, mesmo não se verificando a existência de um EE.

⁶⁰ Cfr. § 144 do Comentário ao Art. 5.º.

verificação, e porque as receitas, comparativamente com o n.º de horas de atividade de um *influencer*, se revelam de grande *economic allegiance* com o território em causa.

O método enunciado é muito mais racional e de fácil aplicação, pois um *influencer* pode obter 55% dos seus rendimentos num Estado e não permanecer durante 183 dias ou, mesmo, nenhum dia. Para além disso, e de acordo com as trocas de informações entre as ATs dos Estados, proceder ao cálculo deste número denota-se como algo bastante acessível. Concluimos com a proposta de inclusão desta explicação no Comentário ao Art. 5.º, alertando, igualmente, para a aplicação desta regra no Art. 7.º.

Por outro lado, podemos ainda equacionar a criação de uma obrigação de retenção na fonte de todos os rendimentos obtidos. Tal como os dividendos e juros⁶¹, o Estado da Fonte poderia tributar as receitas que o *influencer* conseguisse retirar como lucros empresariais aí obtidos, porque apesar de *business profits*, a atividade do *influencer* só leva a tal quando este é reconhecido no mercado, o que justifica a tributação de todo o rendimento obtido na fonte.

4.4 O Artigo 12.º da CM da OCDE

A CM é repleta de artigos que alocam os rendimentos a nível internacional ao Estado de Residência ou ao Estado da Fonte, conforme os rendimentos em causa, mas deixa uma lacuna em relação aos rendimentos produto da exploração ou utilização dos direitos de imagem.

Consoante o supra exposto, o Art. 12.º é um artigo de tipicidade fechada, ficando os direitos de imagem automaticamente excluídos de inserção no mesmo. A outra possibilidade de solucionamento da tributação dos rendimentos (a analogia) mostra-se de impossível aplicação, uma vez que estes podem ser incluídos no artigo residual da CM: o Art. 21.º. De facto, os Estados não podem sequer equacionar a analogia no que aos rendimentos provenientes dos direitos de imagem diz respeito, porque o Art. 21.º perfaz a função de integração que a analogia iria realizar⁶².

A jurisprudência tem-se vindo a pronunciar sobre o caso em apreço. É exemplo o Processo N.º 2017/AR/589 do CAG Belga⁶³: um jogador de futebol de nacionalidade croata assinou com um clube belga um contrato de trabalho. Sendo discutidos os direitos de imagem do jogador, o Tribunal de Recursos Belga veio pronunciar-se, afirmando que o rendimento dos direitos de imagem não pode estar no mesmo nível que o rendimento dos direitos de autor, porque a definição de royalties é exaustiva.

⁶¹ Vide Arts. 10.º e 11.º.

⁶² *Apud* Garí, 2023, p. 371.

⁶³ Decisão do CAG Belga, 15 de maio de 2018, Processo N.º 2017/AR/589.

Enquanto a opinião do Tribunal Belga pode ser utilizada para sustentar o nosso entendimento, uma decisão do Tribunal Económico-Administrativo Espanhol⁶⁴, de 20 de setembro de 2003, contrasta com o acima referido, uma vez que, ao aplicar o Tratado Brasil-Espanha, o Tribunal arguiu que os rendimentos originados pela cedência dos direitos de imagem de um jogador para a empresa (detentora dos direitos) e, destinados ao clube, deveriam ser caracterizados como royalties.

Ademais, o Tribunal defendeu que a definição de royalties é flexível, podendo incluir novas realidades, e que existem “grandes afinidades entre a exploração comercial da imagem e dos direitos de autor”⁶⁵⁻⁶⁶.

É-nos impossível concordar com esta decisão, uma vez que a Convenção Modelo prevê uma definição fechada sobre o que são as royalties, não deixando qualquer espaço de inclusão para os direitos de imagem. Por isso, este Tribunal distorceu o previsto na mesma Convenção e conduziu a uma decisão injusta a nível fiscal e violadora da Convenção.

Não sendo possível qualificar os rendimentos dos direitos de imagem como royalties, apresentamos as seguintes soluções para o problema em questão: (i) acrescentar, desde logo, no Art. 12.º, o conceito de direitos de imagem; (ii) incluir na definição apresentada, uma parte final e residual mais ampla, que permita uma inclusão dos direitos de imagem e outros, como “(...) other similar intangible property”; (iii) proteger os direitos de imagem enquanto direito de personalidade intrínseco a cada um de nós e irrenunciável, como se de um direito de autor⁶⁷ se tratasse e incluir esse direito, por exemplo, no Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos⁶⁸, sendo que a lei interna ou doméstica do Estado Contratante passa a contribuir para a aplicação das CDTs.

Das três soluções propostas, a que nos parece mais indicada é a 2.ª, apesar de a 1.ª trazer mais segurança na aplicação da norma. Esta é a nossa opinião, uma vez que, não existe um nexo entre os direitos elencados no Art. 12.º e os direitos de imagem e, inserindo, no final, uma disposição residual, conseguimos que tanto os direitos de

⁶⁴ Decisão do TEAC, 20 setembro de 2003, Processo N.º 2347/2002, JT2004\315.

⁶⁵ Tradução da nossa responsabilidade.

⁶⁶ *Apud* Garí, 2023, p. 365.

⁶⁷ O Código dos Direitos de Autor prevê no Art. 9.º, n.º 1 que “O direito de autor abrange direitos de caráter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais”. O autor tem “(...) o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, exercendo os seus direitos de caráter patrimonial (...)”, tal como previsto pelo n.º 2. Igualmente, pode autorizar a fruição ou autorização por um terceiro, quer seja total ou parcial.

⁶⁸ O Preâmbulo prevê “(...) pretende o Governo atualizar o Código do Direito de Autor em função da realidade portuguesa, decorrente da institucionalização da democracia, dos aperfeiçoamentos deste direito no plano internacional, das convenções internacionais a que vimos aderindo (...)”. De facto, Portugal aderiu aos atos de revisão da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas e da Convenção Universal sobre o Direito de Autor (ambas de 1971). Relewa, igualmente, a Convenção de Genebra para Proteção de Produtores contra Reprodução não Autorizada dos seus Fonogramas, do mesmo ano.

imagem, como outros direitos similares (como é o caso do direito ao nome, das alcunhas, entre outros) possam ser nele enquadrados.

Por fim, alertamos para o facto de que é mais seguro mencionar os direitos de imagem no próprio artigo e não no Comentário, porque este pode ser descurado ou sujeito a diferente interpretação por parte dos Estados Contratantes⁶⁹.

4.5 O artigo 17.º da CM da OCDE

4.5.1 A hipótese da abolição

Como suprarreferido, existe uma divergência doutrinal sobre a abolição ou manutenção do Art. 17.º da CM.

Do nosso ponto de vista, e apesar de existirem dificuldades práticas na aplicação do Art., a sua abolição parece-nos uma solução bastante radical⁷⁰, uma vez que as consequências passariam pela inclusão dos profissionais abrangidos pelo mesmos e dos seus rendimentos nos restantes Arts. da CM, podendo aumentar mais a competência de tributação do Estado de Residência.

Ora, esta solução não é justa para com os Estados da Fonte, Estados esses que providenciaram o ambiente e as infraestruturas necessárias para que a performance ocorresse⁷¹, e demonstra-se como violadora do princípio da territorialidade.

Grams & Molenaar, 2020, afirmam que, na época digital, as informações relevantes são mais facilmente obtidas pelo Estado de Residência e a maior parte dos pagamentos é efetuada via bancária, ou seja, há um rasto para a AT seguir.

Em segundo lugar, defendem que, como os Paraísos Fiscais não possuem Tratados, o Art. 17.º não tem qualquer efeito. Para além disso, sendo a tributação realizada no Estado da Fonte, existe uma obrigação de declaração dos rendimentos no Estado de Residência (os procedimentos para eliminação de dupla tributação são efetuados e, as ATs dos Estados, são sobrecarregadas com mais esta tarefa)⁷².

De notar que os autores colocam em causa a existência deste artigo só para os “*entertainers and sportspersons*” e não para as demais fontes geradoras de rendimento.

⁶⁹ As soluções propostas no nosso desenvolvimento vão ao encontro das defendidas por GARÍ, 2023, no art. supramencionado (p. 367).

⁷⁰ A doutrina alemã, nomeadamente Hoppner, mostra-se cética, parecendo negar a aplicação do Art. 17.º. Cfr. Julien & Spies, 2023, p. 83. Nas notas de rodapé 24 e ss. da página indicada, as autoras disponibilizam uma explicação mais aprofundada sobre a posição de Hoppner.

⁷¹ A nossa posição vai ao encontro da de Kostikidis, 2020, que afirma “(...) source taxation is attributable to the fact that the source state provides to non-residents operating business within its territory almost the exact same benefits it is offering to residents (...) As a result, non-resident taxpayers, in return, have the obligation to contribute financially to the state providing them with these benefits (...), i.e. benefit principle”. Vide Kostikidis, 2020, p. 362.

⁷² Cfr. Molenaar & Grams, 2020, p. 552.

Face ao exposto, defendem a abolição do Art. 17.^o e a sua não inclusão nos novos Tratados celebrados, afirmando ainda que, nenhum artista ou desportista consegue escapar à tributação por causa da legislação fiscal nacional e das regras de alocação.

Devemos, assim, assumir que a maior parte dos argumentos invocados pela doutrina para a eliminação do Art. apresenta umnexo lógico, porque todos nós vivemos numa realidade digital, onde as probabilidades de ocultar rendimentos são escassas, e facilmente se compromete a eficiência das ATs por causa dos vários procedimentos a seguir.

Do mesmo modo, Ledesma, 2012, faz menção à invalidade da lógica inerente ao Art. 17.^o, argumentando que a tributação de *entertainers* baseada em presunções não é passível de fundamentar o risco de dupla tributação e encargos administrativos que daí resultam⁷³.

Por último, torna-se pertinente referir a posição adotada pela Holanda desde 2007: a Holanda instaurou uma isenção unilateral para os não residentes que ali procedam à realização de uma performance. Para além disso, é requisito para a aplicação desta isenção que o *entertainer* tenha residência fiscal num Estado com o qual a Holanda concluiu uma Convenção Bilateral.

Em todas as Convenções celebradas pela Holanda, há uma cláusula comparável ao Art. 17.^o, que prevê apenas a opção de tributação na Fonte^{74 75}. Contudo, os *entertainers* holandeses que atuavam no estrangeiro acabavam por sair lesados face aos *entertainers* que atuavam na Holanda, porque a maior parte dos Estados com os quais a mesma tinha celebrado Convenções aplicava o Art. 17.^o⁷⁶.

Atualmente, a Holanda não insere o Art. 17.^o nas novas CDTs que celebra⁷⁷. Mas, devemos equacionar até que ponto esta conduta é justa e eficiente, sendo os *entertainers* inseridos nos outros artigos da CM. Concluimos que a adoção desta posição é contrária à finalidade com que o artigo foi criado.

⁷³ Ledesma, 2012, p. 117.

⁷⁴ “(...) the Netherlands have decided to make use of the wording ‘may tax’ (...)”. Vide Molenaar & Grams, 2016, p. 973.

⁷⁵ O governo holandês justifica esta medida como: “(...) the government wanted to reduce the administrative burden, the tax revenue from non-resident performers was very low and the government wanted to take away the risk of double taxation”. Vide Molenaar & Grams, 2016, p. 973.

⁷⁶ Em 2011, o governo holandês, através do Notitie Fiscaal Verdragsbeleid, fez clara a sua posição de não querer incluir o Art. 17.^o nas CDTs celebradas no futuro, dando assim, aos seus cidadãos, uma maior segurança.

⁷⁷ Caso da Convenção Holanda-Etiópia, celebrada em 2012.

4.5.2 A opção pela manutenção

Distanciando-nos dos autores que defendem a abolição do Art. 17.^{o78}, concordamos com a doutrina que defende a sua manutenção. No mesmo sentido, encontramos a maior Parte dos EM da OCDE, que continuam a inserir o artigo nas CDTs que celebram.

Kostikidis, 2020, afirma que a OCDE não retirou o artigo por causa das dificuldades em obter informação relevante para a tributação daquela realidade específica, uma vez que o mesmo permite tributar pessoas com rendimentos elevados que têm uma mobilidade, também, elevada e que podem facilmente transferir a residência para Estados com uma tributação mais benéfica, pelo que a tributação na Fonte é mais fácil de realizar.

Para além disso, por razões de política fiscal e evasão, uma parte da doutrina defende a permanência do artigo, uma vez que ainda não se conseguiu chegar a outra previsão capaz de assegurar a tributação destes rendimentos⁷⁹.

Devemos salientar que, mesmo existindo uma facilidade elevada na troca de informações entre Estados, o Estado da Fonte, por ser o Estado onde ocorre a performance tem, obviamente, um acesso primacial aos eventos que se verificam no seu território e, consequentemente, aos dados sobre os mesmos.

Tal e qual como se verifica com os trabalhadores *standard*, que exercem funções noutro país e veem o seu rendimento lá tributado, o mesmo deve acontecer com os *influencers*, senão verificar-se-ia uma discrepância no tratamento de rendimentos de trabalhadores e, igualmente, de quem não exerce esta atividade a título profissional.

Molenaar & Grams, 2016, ao defenderem a necessidade de criação de um Art. 17.^o mais inovador e moderno, capaz de responder às necessidades apresentadas pelo século XXI⁸⁰, acabam por ir ao encontro da opinião por nós sufragada, pelo que reiteramos, uma vez mais, que a eliminação seria uma opção demasiado excessiva.

4.5.3 O âmbito de aplicação subjetivo do Art. 17.^o

Quando lemos o artigo em discussão, percebemos, desde logo, que este se refere a *entertainers* e *sportspersons*, enquanto escopo subjetivo, mas não indica limitações.

⁷⁸ Fazemos referência a Grams & Molenaar, 2020, pp. 552-553, que afirmam que, na sociedade atual, a informação fiscal relevante é facilmente obtida pelos Estados de Residência. Para além disso, os autores mencionam o facto de os Paraísos Fiscais não concluírem CDTs com outros países, e defendem que a tributação na Fonte torna o processo mais complexo, porque os rendimentos obtidos pela performance têm de ser igualmente declarados no Estado de Residência.

⁷⁹ Cfr. Kostikidis, 2020, p. 362.

⁸⁰ Cfr. Molenaar, 2014, p. 47.

As limitações ou restrições de que falamos são evidentes na sociedade atual e bastam-se com alguns exemplos: são comuns as páginas de redes sociais destinadas a animais de estimação, como cães⁸¹. Para além disso, são também comuns as páginas de redes sociais em que temos crianças a expor o seu dia a dia, a roupa que estão a vestir, as viagens que fazem, entre outros hábitos⁸².

As redes sociais dos animais de estimação são geridas pelos respetivos donos e as das crianças são geridas pelos pais ou tutores legais. A questão prende-se com o destino do rendimento gerado por exploração das redes sociais, bem como as *public performances* em que estes marquem presença.

Em primeiro lugar, o rendimento obtido pela dita exploração do animal faz parte do rendimento total do dono, apesar de não ser ele, propriamente, o *influencer*, mas sim o seu animal de estimação. Apesar de parte desse rendimento poder ser alocado ao bem-estar do animal, existe ainda uma grande parte que reverte unicamente para o dono.

Do nosso ponto de vista, e tendo em conta que o Art. 17.º não prevê estas situações, o dono devia ser encarado à luz da CM como um agente/manager do animal ou como um intermediário que recebe as remunerações pelas atividades praticadas pelo animal (tal como prevê o n.º 2 do artigo). Contudo, como o animal não tem personalidade jurídica ou tributária, o rendimento deveria ser tributado na esfera do dono, ora se trate do Estado da Fonte, ora se trate do Estado de Residência⁸³, como rendimentos de um *entertainer*.

Em relação às crianças e jovens⁸⁴, não existem restrições em termos de idade. Podemos falar de bebés, de crianças de 5 anos ou de jovens que se aproximam da maioridade. Os rendimentos por eles auferidos devido às atividades por si levadas a cabo, pertencem-lhes, apesar dos mesmos não serem capazes de o gerir. Estes rendimentos são considerados parte do rendimento total do agregado familiar, devendo ainda ser considerados como rendimentos de um *entertainer*, ainda que ele seja menor.

⁸¹ Em Portugal, a atriz e *influencer* Raquel Strada tem um cão chamado “Tufão” que detém um perfil do *Instagram* com cerca de 18 mil seguidores. Em 2014, o animal foi notícia por ter sido contratado como a nova imagem de marca da cadeia de lojas de parafarmácia “Well’s”. Retirado de <https://expresso.pt/economia/cao-de-raquel-strada-e-a-nova-imagem-de-uma-marca-da-wells=f880688>.

⁸² Lil Tay é uma *influencer* canadiana que, em 2018, tinha apenas nove anos. Em fevereiro desse ano alcançou a fama, sendo possível afirmar que é “*the youngest flexer of the century*”. A sua conta do *Instagram* contém vídeos em casas e carros de luxo, bem como registos de atritos físicos e de hábitos tabágicos. Entre fevereiro e junho de 2018, a menor ganhou 2,5 milhões de seguidores. Cfr. Goanta & Ranchordás, 2020, p. 6.

⁸³ A tributação de terceiros envolvidos na relação contratual *entertainers*-entidade contratante deve ser diferenciada do tratamento dado ao rendimento proveniente da relação entre o manager e o *entertainer*, com o intuito de existir uma performance deste último (uma vez que o rendimento da performance é, subjetivamente, atribuído ao *entertainer*). Cfr. Vogel, 2015, p. 1341.

⁸⁴ A profissão *influencer* é um trabalho. O Art. 68.º do CT português prevê, no seu n.º 3, que “O menor com idade inferior a 16 anos que tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação pode prestar trabalhos leves (...) que, pela sua natureza, pelos esforços físicos ou mentais exigidos ou pelas condições em que são realizados, não sejam suscetíveis de o prejudicar no que respeita à integridade física, segurança e saúde, assiduidade escolar, (...) ou ainda ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral, intelectual e cultural”.

Assim, será que o Art. 17.º deve ser mais claro e impor uma limitação de idade? Na nossa opinião, não, porque as crianças são capazes de gerar rendimentos, fruto da sua *personal activity*. Se fosse inserida uma restrição para os menores, estes não cairiam no âmbito de aplicação do Art., e escapariam às ATs dos vários Estados milhões de euros.

4.5.4 A exigência de *public performances* e a tributação na fonte

Como anteriormente referido, o n.º 1 do art. 17.º prevê a tributação do rendimento proveniente das *public performances* no Estado da Fonte e da Residência, cumulativamente.

A nosso ver, este é o artigo mais justo a nível de tributação internacional, uma vez que, entre o Estado da Fonte e os rendimentos aí gerados, existe uma conexão direta impossível de negar. O próprio princípio da territorialidade afirma que devem ser tributados no país os rendimentos aí gerados, mesmo que o titular dos rendimentos não resida aí. É este o caso dos *entertainers* e dos *influencers*.

Tal como referido no capítulo anterior, este artigo exige (i) um evento com um determinado carácter de entretenimento, (ii) a presença de público para assistir ao mesmo e, por fim, (iii) a remuneração do *entertainer* pela atividade praticada.

Demonstrando algumas dificuldades na sua aplicação, podemos equacionar se não existe um modelo mais acessível para os Estados e para o intérprete, de forma a determinar quando existe uma *public performance*, aplicando-se, assim, o Art. 17.º sem margem de dúvidas.

Deste modo, a nossa proposta para um novo modelo a incluir no Art. 17.º e, consequentemente, alterar a sua previsão normativa bem como o Comentário ao mesmo, passa por (i) equacionar um menor carácter de entretenimento da performance, ou seja, a elevada escala de entretenimento passa a ser menos decisiva; (ii) não é obrigatória a presença de público ao vivo durante a performance; (iii) e pode existir um *time-delay* na transmissão da mesma.

De facto, deve ser a atividade praticada pelo indivíduo a relevar para a aplicação do Art. 17.º porque, apesar do mesmo respeitar a *entertainers* e *sportspersons*, a verdade é que é o número de fãs que o indivíduo possui que atrai público para o evento. As pessoas comparecem ao evento porque são fãs, e posteriormente, no seguimento da sua comparência, vêm o que o evento tem para oferecer⁸⁵.

Por outro lado, o Comentário ao Art. 17.º refere que um anúncio televisivo deve ser tributado à luz do mesmo, sem especificar se o anúncio deve conter ou não

⁸⁵ Cfr. Julien & Spies, 2023, p. 88.

entretenimento⁸⁶. Assim, este encontra-se de acordo com o modelo por nós sugerido, uma vez que, apesar de o anúncio televisivo, na maioria das vezes, não ter um caráter de entretenimento, é o *entertainer* que o protagoniza que chama a atenção para o mesmo. É o caso do anúncio da marca automóvel “Fiat” que tem como objetivo promover o seu novo modelo elétrico: quando vemos Leonardo Dicaprio a conduzir um Fiat 500 elétrico na televisão, o anúncio, do nosso ponto de vista, não é considerado algo que entretém o público, mas sim algo que chama a nossa atenção, porque a marca de veículos escolheu um *entertainer* mundialmente reconhecido pelo seu trabalho cinematográfico e pelo uso da sua plataforma para alertar para os perigos das mudanças climáticas.

Assim, e da nossa perspetiva, a filmagem do anúncio, sem presença de público, e sendo este emitido com *time-delay*, deve incluir-se no âmbito do Art. 17.º. Com o mesmo entendimento, encontramos a decisão do Supremo Tribunal Administrativo Austríaco⁸⁷, que assume que quanto mais famoso é o indivíduo, menos necessário é o caráter artístico e de entretenimento da performance. De facto, basta mencionar o nome da pessoa como presença no evento para atrair o público⁸⁸.

Ao encontro da segunda característica do novo modelo a adotar, como a maior parte dos *influencers* atua através das suas redes sociais, ou seja, a nível digital, é aceite que o termo “público”, no que à performance diz respeito, não necessita de audiência física no local, pois entendemos este termo na perspetiva direta ou indireta.

É nesta última perspetiva que inserimos grande parte do trabalho dos *influencers*, como as *lives* ou o conteúdo previamente filmado e, só depois, publicado, pelo que o relevante para a aplicação do Art. 17.º é chegar ao público-alvo, seja ele presencial ou virtual⁸⁹.

Como temos vindo a defender, a inclusão deste novo método seria mais eficaz se se verificasse no próprio artigo e, não apenas, no Comentário, levando a uma reforma da CM e à necessidade de criação de um grupo de trabalho para a mesma.

4.5.5 Proposta de redação final do Art. 17.º

Conforme o estatuído, há que ter vários aspetos em atenção. Propomos que a nova versão deste artigo seja constituída por mais um n.º, sendo que o atual n.º 2 passa a ser o n.º 3 e, no novo n.º 2, poder-se-ia ler o seguinte: “Entende-se por “atividades pessoais

⁸⁶ Neste ponto, as autoras referem “(...) it is unclear if the OECD Commentary simply presumes that commercials are inherently entertaining or if its position is, rather, driven by the star power of a film actor in that case”. *Id.*

⁸⁷ Ac. do VwGH, 30 de junho de 2015, Processo N.º 2013/15/0266.

⁸⁸ *Id.*, p. 87.

⁸⁹ Cfr. Kostikidis, 2020, p. 364.

exercidas por esse residente, nessa qualidade”, todas as atividades praticadas por sujeitos passíveis de enquadramento na categoria de *entertainers*, com um mínimo de conteúdo artístico, não sendo necessária a presença de público nem a transmissão em direto das mesmas, mediante a contrapartida de uma remuneração”.

Tal como referido no subtópico 3.4.2, o carácter artístico de uma performance está relacionado com a interação com o público, não sendo determinante se o sujeito em causa consegue seguir uma coreografia ou cantar durante um determinado período.

Assim, o carácter artístico é um elemento essencial, mas insuficiente, para tributação dos rendimentos no âmbito do Art. 17.º.

Na nossa opinião, e no caso anteriormente previsto do anúncio, seria de considerar o Estado onde se realizou a gravação do anúncio como o Estado da Fonte. Contudo, e atendendo ao estipulado nos contratos celebrados entre os *influencers* e as marcas, havendo rendimentos que advém do país onde o anúncio é exibido, também esses deverão ser tributados à luz do Art. 17.º, devido à *close connection* com a performance.

O rendimento tributável no Estado da Fonte seria o valor contratualizado por aquela performance em específico, pelo que, verificando-se, a gravação do anúncio em mais do que um Estado, a marca apresenta uma planificação de custos e, mediante os mesmos, é alocado ao *influencer* uma percentagem de rendimento (no país onde os gastos logísticos forem menores, o *influencer* recebe uma percentagem mais elevada).

Esta enunciação deve ser alvo de inclusão no Comentário ao Art. 17.º, de forma a clarificar o previsto no mesmo.

5. Conclusão

- I. O termo “*influencer*”, apesar de já se encontrar definido no âmbito do marketing digital, despoleta ainda dúvidas sobre a possibilidade de enquadramento das pessoas que se dedicam a atividades no âmbito do Art. 17.º da CM da OCDE;
- II. Adaptando-se rapidamente à sociedade atual, estes profissionais obtêm rendimentos cujo enquadramento tributário internacional divide, ainda, a doutrina e a jurisprudência;
- III. Os *influencers* agem como amigos e conselheiros dos seus seguidores, detendo uma grande influência sobre eles e condicionando os produtos adquiridos;
- IV. É por causa deste fator de persuasão que os *influencers* se começaram a afirmar de forma cada vez mais proeminente no mercado, fazendo com que as marcas chegassem até si e lhes oferecessem a conclusão de contratos em troca de publicidade;
- V. Esta atividade, que pode ser exercida, também, a título profissional, por não necessitar de quaisquer infraestruturas para ser desenvolvida, permite uma altíssima mobilidade dos *influencers*, que numa semana podem estar num país a marcar presença num evento e, na semana seguinte, podem estar noutro país, de outro qualquer continente, para comparecerem a um desfile de moda;
- VI. Os rendimentos por estes auferidos superam as fronteiras dos Estados e desafiam a tributação de acordo com o direito constituído à data;
- VII. Tendo em conta que a maior parte das CDTs celebradas se baseia na CM, os rendimentos gerados pelo *influencer*, enquanto tal, terão de se enquadrar nos Arts. 7.º, 12.º, 17.º ou 21.º;
- VIII. Com o desenvolvimento desta dissertação, chegamos à conclusão de que a maior parte dos rendimentos se insere no Art. 7.º, uma vez que os Arts. 17.º e 12.º têm um escopo de aplicação bastante limitado, e o Art. 21.º só se aplica quando mais nenhum artigo é suscetível de tributar os rendimentos;
- IX. Contudo, e em nosso entender, o Art. 17.º é o único que se apresenta como justo face à tributação internacional, uma vez que é o Estado da Fonte dos rendimentos que tem direito a tributar;
- X. A tributação exclusiva dos rendimentos na residência dos *influencers* não nos parece justa, uma vez que o Estado que apresenta uma conexão mais direta e lógica com os mesmos é o Estado onde estes se originaram (o Estado da Fonte). É ainda este o Estado onde se localizam os seguidores e os *sponsors* e onde se produzem os frutos da atividade dos *influencers*;

- XI. Face a esta realidade, a atual versão da CM demonstra-se como injusta a nível tributário, porque os rendimentos se geram no Estado da Fonte, mas este último não tem qualquer competência para tributar, o que atenta contra os princípios fiscais cristalizados e por nós defendidos;
- XII. Em relação ao Art. 12.º, este necessita de ser revisto, uma vez que os direitos por si previstos são bastante limitados e deixam de fora do seu âmbito um dos direitos que mais rendimentos consegue gerar na atualidade: o direito de imagem. Assim, a única opção passa por incluir este direito e os rendimentos gerados no artigo residual: o artigo 21.º;
- XIII. No capítulo 4 indicamos quais as alterações que efetuaríamos em relação aos direitos de imagem. Propusemos três opções para solucionar o atual problema com que nos deparamos, sendo da opinião que a inclusão de uma parte final residual e de salvaguarda no Art. 12.º é o mais adequado para a CM;
- XIV. Atualmente, não existe nem na CM nem no Comentário uma definição de *entertainers*, muito menos de *influencers*, pelo que a sua inclusão no Art. destinado às definições dos termos utilizados pela CM se afigura como de vital importância;
- XV. O Art. 7.º faz referência ao EE, pelo que é imperativo definir o que aplicar da atividade de um *influencer*. Sugerimos um método racional e de aplicação mais clara e defendemos que uma elucidação semelhante deve ser realizada pelo legislador;
- XVI. Provocando fraturas entre autores e nas decisões dos tribunais, o Art. 17.º deveria ser revisto;
- XVII. Apesar de parte da doutrina e de alguns EM considerarem que o Art. 17.º deveria ser removido, a nossa opinião é de que o mesmo se deve manter, mas com as devidas alterações, de forma a que se possa aplicar a realidades mais vastas, como é o caso de conteúdo pré-gravado e posteriormente publicado, com um mínimo caráter artístico;
- XVIII. Abolir o artigo e enquadrar a categoria específica de *entertainers* e desportistas nos demais artigos da CM seria atentar contra o propósito com o qual este foi criado, que, na nossa opinião, ainda se mantém válido.
- XIX. Assim, apesar de existirem outras atividades que auferem tantos rendimentos como as específicas do Art. 17.º, os artistas e desportistas são uma classe de trabalhadores *sui generis* que, por isso exige, também, um tratamento *sui generis*;
- XX. Concluimos com as nossas recomendações de revisão e alteração da atual CM, de modo a que a mesma esteja mais bem preparada para dar resposta aos desafios do século XXI e às inovações digitais e tecnológicas que se vão verificando.

Bibliografia

- AHMED, F.S. (2023). The tax treatment of online influencers under Article 17 OECD MC. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4506870.
- ASLLANI, S. (2017). *Interpretation and qualification of short-term employment in crossborder situation at Article 15(2) OECD MC*. Trabalho desenvolvido no âmbito do Mestrado em Direito da Uppsala University.
- BARRET, E. (2014). The changes introduced by the 2014 update to the OECD Model Tax Convention. *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 10, pp. 1-7. https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/document/bit_2014_10_02_1.
- BELÉM, I.P.D. (2018). *Tributação dos direitos de imagem*. Trabalho desenvolvido no âmbito do Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.
- BORGES, R.P., SOUSA, P.R. & PIMENTEL, M.C. (2021). The taxation of sportspeople in Portugal. https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/03/43_3_rborges_sports_f43.pdf.
- BROOKS, K. (2022). International tax: Tax treaties. Open Educational Resources, Schulich School of Law, Dalhousie University. https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=other_texts.
- CARDOSO, A.L.A.M. (2018). *A influência dos bloggers no target feminino*. Trabalho desenvolvido no âmbito do Mestrado em Marketing na Católica Porto Business School.
- CORDEWENER, A. (2016). Chapter 6: Tax treaty issues related to qualification, allocation and apportionment of income derived by entertainers and sportspersons. In *Taxation of entertainers and sportspersons performing abroad – Part three: Selected issues in tax treaty law*. In *EC and International Tax Law Series*, vol. 13. Amsterdam: IBFD.
- TETLAK, K. (2014). Chapter 3: The tax treatment of various types of income of international sportspersons under double tax treaties. In *Taxation of international sportspersons*. Online Books IBFD, Amsterdam: IBFD.
- CRUZ, M. (2016). *Generation Z: Influencers of decision-making process: The influence of WOM and peer interaction in the decision-making process*. Trabalho desenvolvido no âmbito do Mestrado em Marketing na Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Católica do Porto.
- DZIURDŹ, K. (2013). Article 15 of the OECD Model: The 183-day rule and the meaning of “borne by a permanent establishment”. *Bulletin for International Taxation*, vol. 67, n.º 3, pp. 1-6. https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/collections/bit/html/bit_2013_03_02_1.html
- GARÍ, C. (2023). Characterizing image rights income of sportspersons: International tax considerations. *Tax Notes International*, vol. 110, pp. 359-376.
- GOANTA, C. & RANCHORDÁS, S. (2020). The regulation of social media influencers. https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/93220664/Goanta_2020_The_regulation_of_social_media.pdf.

- MOLENAAR, D. & GRAMS, H. (2020). Influencer income and tax treaties: A response. *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, n.º 9, pp. 550-555.
- JULIEN, R. & SPIES, K. (2023). Article 17 OECD MC in the age of influencers. *SWI*, vol. 33, pp. 81-102.
- KOSTIĆ, S. (2019). In search of the digital nomad – Rethinking the taxation of employment income under tax treaties. *World Tax Journal*, pp. 189-225.
- KOSTIKIDIS, S. (2020). Influencer income and tax treaties. *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, n.º 6, pp. 359-376.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4560127.
- KOSTIKIDIS, S. (2023). Nexus for source taxation of mobile individual service providers in tax treaties. *British Tax Review*, pp. 166 ss.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4444617.
- LANG, M. (2021). *Introduction to the law of double taxation conventions*, 3.^a edição. Amsterdam: IBFD, Vienna: Linde International.
- LEDESMA, A.J. (2012). The artistes and sportsmen's article (Article 17 of the OECD Model): Has the time come to stop counting stars in the sky? *European Taxation Journal Articles & Opinion Pieces IBFD*, vol. 52, n.º 2-3.
- LEITÃO, L.M. (2022). *Direito das obrigações*, vol. III, 14.^a edição. Almedina.
- MATOS, J.I.P. (2019). *Digital influencers: O novo desafio para o direito fiscal*. Trabalho desenvolvido no âmbito do Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- MICHEL, B. (2018). Payments for the use of a footballer's image rights: A Belgian Court's interesting endeavour at treaty qualification. *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, n.º 11, pp. 1-8. https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/collections/bit/html/bit_2018_11_be_1.html.
- MOLENAAR, D., TENORE, M. & VANN, R. (2012). Red card article 17? *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, n.º 3, pp. 1-11. https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/collections/bit/html/bit_2012_03_int_1.html
- MOLENAAR, D. (2014). Entertainers and sportspersons following the updated OECD Model. *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, n.º 1, pp. 1-11. https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/collections/bit/html/bit_2015_01_02_1.html.
- MOLENAAR, D. (2016). Minimum threshold for entertainers and sportspersons in Article 17 of the OECD Model. *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 4, pp. 1-6. https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/collections/bit/html/bit_2016_04_int_1.html
- MOLENAAR, D. & GRAMS, H. (2016). New options to restrict Article 17 for artists and sportsmen. *Intertax*, vol. 44, pp. 972-979.
<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/44.12/TAXI2016090>.
- MOREIRA, T.M. (2016). *Chapter 22: Portugal in taxation of entertainers and sportspersons performing abroad*. G. Maisto, Ed. Online Books IBFD.

- MORENO, A.B. (2014). Contract splitting and Article 17 of the OECD Model: Is source taxation of artistes and sportsmen a new *Dummensteuer*? *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 3, pp. 1-11. https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/collections/bit/html/bit_2014_03_02_1.html
- PALMITESSA, E.A. (2019). Tax treaty qualification of payments made to models performing in fashion shows and photo sessions: A commentary on Italian Supreme Court Decision No. 21865/2018. *European Taxation*, vol. 59, n.º 6, pp. 1-7. https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/collections/et/html/et_2019_06_it_1.html.
- PIGNATARI, L.T. (2020). Article 15(2) of the OECD Model and the international hiring-out of labour: New criteria required? *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, n.º 8, pp. 1-10. https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/collections/bit/html/bit_2020_08_02_1.html.
- PIRES, R.C. (2021). Um olhar ao actual direito internacional fiscal: Magic mirror on the wall, who is the fairest one of all? *Cadernos de Justiça Tributária*, pp. 19-50.
- PISTONE, P. & STÖCKLINGER, S. (2023). Chapter 8: The relationship between the different distributive rules for employment income. In *Priority rules in tax treaties*, pp. 1-16.
- RIEFA, C. & CLAUSEN, L. (2019). Towards fairness in digital influencers' marketing practices. *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, pp. 64-74.
- RIGI, J. & PREY, R. (2015). Value, rent, and the political economy of social media, vol. 31, pp. 392-406. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01972243.2015.1069769?scroll=top&needAccess=true>.
- ROELEVELD, J. & TETŁAK, K. (2016). Article 17: Entertainers and sportspersons/artistes and sportspersons – global tax treaty commentaries. In *EC and International Tax Law Series*, vol. 13, pp. 1-52. Amsterdam: IBFD.
- SANTOS, L.M. (2011). Tributação dos desportistas: Enquadramentos dos rendimentos derivados da exploração de direitos de imagem em sede de IRS. *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 48, pp. 33-56.
- SCHAFFER, E. (2017). Allocation conflicts for entertainers and sportspersons in international tax law. In *Domestic attribution of income and taxation of international entertainers and sportspersons: Theory and practice of Art. 17 OECD Model Convention*, pp. 1-35. Amsterdam: IBFD.
- TENORE, M. (2016). Image rights, sponsoring and advertising income. In *Taxation of entertainers and sportspersons performing abroad*, pp. 1-8. Amsterdam: IBFD.
- TETŁAK, K. (2014). Chapter 3: The tax treatment of various types of income of international sportsmen under double tax treaties. In *Taxation of International Sportsmen*. Online Books IBFD, Amsterdam: IBFD.
- TETŁAK, K. (2014). Chapter 5: The proposed tax treatment of international sportsmen. In *Taxation of international sportsmen*. Online Books IBFD, Amsterdam: IBFD.

- TIMÓTEO, M.M.M.P. (2021). *A tributação internacional dos direitos de imagem dos desportistas*. Trabalho desenvolvido no âmbito do Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.
- TOPETE, L.A.R. (2017). Analysis of the case law on the scope of Article 17 of the OECD Model: Issues resolved and yet to be resolved. *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, n.º 3-4, pp. 1-12. https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/collections/bit/html/bit_2017_03_int_9.html.
- TRACANA, D. (2019). Portugal: Is a corporation owning the image rights or economic rights of professional soccer players a “star company”? In *Tax treaty case law around the globe 2019*, pp. 311-324. Vienna: Linde International.
- VALBUENA, A. (2022). *Taxation of influencers: A double taxation or a non-double taxation issue?* Trabalho desenvolvido no âmbito do Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Lund University.
- VOGEL, K. (2015a). *Klaus Vogel on double taxation conventions*, vol. I, 4.^a edição. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- VOGEL, K. (2015b). *Klaus Vogel on double taxation conventions*, vol. II, 4.^a edição. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

Lista de documentos de organizações internacionais e outros

- Assembleia da República Portuguesa (2003), *Resolução N.º 67/2003 referente à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, Lisboa, Portugal, disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-assembleia-republica/67-2003-645765>.
- Department of Economic & Social Affairs (2021), *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, New York, United States of America, disponível em https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-05/UN%20Model_2021.pdf.
- Gobierno de Puerto Rico, Departamento de Hacienda (2021), *Carta Circular de Rentas Internas Núm. 21-11*, Puerto Rico, disponível em <https://hacienda.pr.gov/publicaciones/carta-circular-de-rentas-internas-num-21-11-cc-ri-21-11>.
- Internal Revenue Service (2006), *United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006*, Washington, D.C. United States of America, disponível em <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/modelo06.pdf>.

- Internal Revenue Service (2006), *United States Model Technical Explanation Accompanying The United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006*, Washington, D.C. United States of America, disponível em <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/temodoo6.pdf>.
- Internal Revenue Service (2016), *United States Model Income Tax Convention*, Washington, D.C. United States of America, disponível em https://home.treasury.gov/system/files/131/Treaty-US-Model-2016_1.pdf.
- Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies (2022), *The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market*, European Parliament, Strasbourg, France, disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU\(2022\)703350_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU(2022)703350_EN.pdf).
- Republic of the Philippines, Department of Finance, Bureau of Internal Revenue (2021), *Revenue Memorandum Circular N.º 97-2021*, Quezon City, Philippines, disponível em https://www.bir.gov.ph/images/bir_files/internal_communications_2/RMCs/2021%20RMCs/RMC%20No.%2097-2021.pdf.
- Secretaría de Estado de Hacienda, Dirección General de Tributos (2022), *Consulta Vinculante N.º V0773-22*, Madrid, España, disponível em https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0773-22.
- State Secretary of Finance (2015), Decree N.º DGB 2015/584M, Netherlands, disponível em https://research-ibfd-org.eu1.proxy.openathens.net/#/doc?url=/data/tns/docs/html/tns_2015-05-01_nl_2.html.
- The Organization for Economic Cooperation and Development – OECD – (2019), *Model Tax Convention On Income and On Capital 2017*, Paris, France, disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page11.
- The Organization for Economic Cooperation and Development – OECD – (2019), *Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention On Income and On Capital 2017*, Paris, France, disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page11.
- United Nations (1969), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, New York, United States of America, disponível em https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Sexta Secção), 3 de março de 1994, Processo C-16/93, R. J. Tolsma v Inspecteur der Omzetbelasting Leeuwarden.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Secção), 12 de junho de 2003, Processo C-234/01, Gerritse.

Decisão do Tribunal Económico-Administrativo Espanhol, 20 de setembro de 2003, Processo N.º 2347/2002, JT2004\315.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), 3 de outubro de 2006, Processo C-290/04, Scorpio.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Terceira Secção), 15 de fevereiro de 2007, Processo C-345/04, Centro Equestre.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Terceira Secção), 30 de setembro de 2010, Processo C-581/08, EMI Group Ltd v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Terceira Secção), 1 de dezembro de 2011, Processo C-145/10, Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH and Others.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo Austríaco (VwGH), 30 de junho de 2015, Processo N.º 2013/15/0266.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Terceira Secção), 25 de janeiro de 2018, Processo C-498/16, Schrems.

Decisão do Tribunal de Recurso Belga, 15 de maio de 2018, Processo N.º 2017/AR/589.

Decisão Arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), 15 de junho de 2018, Processo N.º 597/2017-T.

Acórdão do Supremo Tribunal Italiano, 7 de setembro de 2018, Processo N.º 21865/2018.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Secção), 4 de outubro de 2018, Processo C-105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v. Evelina Kamenova.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Sexta Secção), 2 de setembro de 2021, Processo C-371/20, Peek & Cloppenburg.

Acórdão do Tribunal de Justiça Federal Alemão, 9 de setembro de 2021, Processo N.º 170/2021, I ZR 90/20, I ZR 125/20, I ZR 126/20.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (2.ª Secção), 25 de novembro de 2021, Processo 02425/05.6BEPRT.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande secção), 28 de fevereiro de 2023, Processo C-695/20, Fenix International Ltd v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (6.^a Secção), 28 de junho de 2023, Processo 3794/21.6T8VNG.P1.S1.

Sentença do Tribunal Tributário dos Estados Unidos, 17 de julho de 2023, Cassandra Tucker and Edward Brodie, v. Commissioner of Internal Revenue.



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO



CATOLICA
RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

PORTO

www.uceditora.ucp.pt