

YEARBOOK

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

VOL. 8

(2025)

[coordenação] RAQUEL CARVALHO / CATARINA SANTOS BOTELHO

TÍTULO YEARBOOK: MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO / ESCOLA DO PORTO
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
VOL 8 (2025)

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 2026

eISBN 9789725412374

DOI <https://doi.org/10.34632/9789725412374>

Universidade Católica Editora

Sociedade Unipessoal, Lda.

Palma de Cima 1649-023 Lisboa

Tel. (351) 217 214 020

uceditora@ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

LICENÇA Este trabalho encontra-se publicado com a Licença International
Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0



Índice

Nota Prévia

O crime de maus-tratos do artigo 152.º-A do Código Penal:

A vulnerabilidade e a desigualdade nos cuidados de saúde – *in memoriam*

Jordana Granjal Silva Santos Almeida

A presunção de aceitação do despedimento coletivo em razão da aceitação da compensação

Ana Carolina Vieira Nunes

Quem é o bom pai de família? Estudo sobre o critério de aferição da culpa negligente

André Gonçalo da Costa Fraga Bastos Torres

O dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias e o papel da Inteligência Artificial na sua aferição

Joana Isabel Martins Nunes

A legitimidade ativa para propositura de ações coletivas para tutela do consumidor

Josefa Maria Ribeiro Mané

Do autoconsumo externo no IVA: Os conceitos de “fins alheios” e de “fins da empresa”

Mariana Pereira da Costa Parente

Contratação coletiva para lá da subordinação. Conciliação do direito à contratação coletiva com o direito da concorrência

Marta Neto Verdelho

Reviving the Martens Clause: The complexity of autonomous weapons systems in international law

Marta Pereira Cachide

O conceito uniforme de tempo de trabalho na União Europeia. Qual o papel da contratação coletiva?

Pedro Filipe Marmelo Vieira

Ukraine's stolen generations. The forcible transfer of Ukrainian children as cultural genocide

Pedro Henrique Lavinas Ortman

Conteúdo pornográfico gerado através de IA: Um novo desafio para o direito penal? Criminalização da produção e disseminação não consentida de conteúdo íntimo ou sexual manipulado na ordem jurídica portuguesa.

Rita Machado Pereira Ferreira dos Santos

Dehumanization and the genocide case (South Africa v. Israel). From “human animals” to “no uninvolved civilians”

Teresa Maria Cadavez Pacheco Sarsfield Rodrigues

Tecnologia e contratação pública: Um novo paradigma para a otimização e desburocratização da fase procedimental

Vitória Pereira de Andrade

Nota prévia

A Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa atribui, anualmente, a dezenas de estudantes, o grau de mestre em Direito, em nove áreas de especialização, bem como o grau de mestre em Direito e Gestão. Com o intuito de dar visibilidade ao resultado da investigação, a Escola do Porto da Faculdade de Direito tomou a decisão de publicar as dissertações de mestrado que obtiveram as mais elevadas classificações. Assim, são publicadas, anualmente, as melhores dissertações de mestrado cujas provas se tenham realizado até dezembro do ano civil anterior. Esta divulgação permite partilhar investigação de qualidade com a demais comunidade científica. Para além disso, constitui um incentivo para a qualificação da investigação dos mestrandos em Direito e em Direito e Gestão. É nossa convicção que esta iniciativa contribui para uma profícua partilha de conhecimento e que permite a abertura de uma via dialogante com a comunidade jurídica e a sociedade civil. As dissertações são apresentadas por ordem alfabética de autor e podem abarcar áreas tão diversas como o Direito Criminal, o Direito Internacional e Europeu / *International Studies Programme*, o Direito da Empresa e dos Negócios, o Direito do Trabalho, o Direito Administrativo, o Direito Fiscal, o Direito Privado e o Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Este ano, o Yearbook homenageia a estudante de mestrado Jordana Granjal Silva Santos Almeida, que nos deixou prematuramente. A Escola do Porto da Faculdade de Direito da UCP quis juntar-se à belíssima homenagem da sua querida família e da sua orientadora, Juíza Conselheira Paula Ribeiro de Faria, também Professora Catedrática de Direito Penal desta Escola, e publica, neste volume, a dissertação da Jordana, tal como se encontrava quando nos deixou. A leitura da dissertação não deixará ninguém indiferente e evidencia as qualidades de investigação da Jordana, assim como as suas preocupações, repletas de empatia, acerca da vulnerabilidade nos cuidados de saúde. Que a sua vida e o seu trabalho sejam uma inspiração para outros juristas e académicos e que floresçam!

A coordenação deste projeto pretende ainda deixar público agradecimento ao trabalho minucioso e dedicado da Dra. Isabel Ferreira.

O crime de maus-tratos do artigo 152.º-A do Código Penal:
A vulnerabilidade e a desigualdade nos cuidados de saúde

Jordana Granjal Silva Santos Almeida

Sob a orientação da Professora Doutora
Maria Paula Ribeiro de Faria

"O verdadeiro teste de uma sociedade é como ela trata
os seus membros mais vulneráveis."

Hubert Humphrey

Dedicatória

À nossa querida **Jordana**.

Esta era a tua meta, o teu orgulho e o teu cansaço.

Entregamos ao mundo aquilo que tu construístes com tanto carinho, honrando a tua memória e o ser humano extraordinário que foste.

Como tu dizias: A VIDA É MELHOR DE ROSA...

Mãe, Pai e Mana

Agradecimentos

Esta tese representa o culminar do esforço, da paixão e da dedicação da **Jordana**. Infelizmente, a vida interrompeu o seu percurso antes que pudesse deixar registados, pelas suas próprias mãos, os agradecimentos que tanto prezava.

A família e os amigos próximos tomam agora a palavra para agradecer a todos os que fizeram parte desta caminhada. Um agradecimento especial à orientadora, Prof. Doutora Paula Ribeiro de Faria, pela paciência e orientação intelectual, e aos colegas de faculdade que foram o seu suporte nos dias de maior cansaço.

A **Jordana** via este trabalho não apenas como um título, mas como a sua contribuição para o mundo.

Que esta obra sirva como memória viva da sua inteligência e do seu coração.

Nota Prévia

Este trabalho, desenvolvido como dissertação de Tese de Mestrado em Direito, corresponde ao trabalho de investigação desenvolvido pela sua autora, cuja redação foi drasticamente interrompida pela sua partida antes da conclusão formal e da sua defesa.

Com o propósito de preservar e dar a conhecer o trabalho científico realizado, optou-se por proceder à sua edição, respeitando o conteúdo por ela produzido. Assim, o corpo do trabalho reproduz fielmente o texto escrito pela autora, não tendo sido introduzidas alterações de conteúdo, de argumentação, de estrutura ou de estilo que pudessem modificar o seu pensamento ou a sua intenção científica.

Atendendo à inexistência de algumas secções habitualmente integrantes de um trabalho académico concluído, designadamente o resumo, a introdução e as conclusões finais, procedeu-se à elaboração desses elementos com base exclusiva no texto deixado pela autora. A sua redação teve como único objetivo sistematizar e enquadrar os temas desenvolvidos ao longo do texto, respeitando, tanto quanto possível, a estrutura, a linguagem, a linha de raciocínio e as ideias subjacentes ao trabalho originalmente concebido, procurando assegurar a coerência global da obra e facilitar a sua leitura, sem desvirtuar a autenticidade do trabalho científico que agora se publica. Todos os elementos editoriais adicionados posteriormente, estão explicitamente formatados com letra de espaço simples, distinta da do corpo do texto.

Esta opção editorial representa, acima de tudo, uma forma de homenagear a dedicação, o rigor e o compromisso académico da autora, permitindo que o seu contributo para o estudo do crime de maus-tratos em contexto de cuidados de saúde possa ser conhecido e valorizado pela comunidade científica e jurídica.

Prefácio

Há obras cuja dignidade reside não apenas na sapiência técnica que demonstram, mas na postura ética de quem as concebeu. Esta dissertação, que agora se entrega ao mundo, transporta a marca indelével de uma mente brilhante e de um coração extraordinário. A Jordana foi, sempre, a mais fiel detentora de uma sensibilidade rara e de um otimismo luminoso, eternizado na sua convicção de que “a vida é melhor de rosa”. Para pouca surpresa de quem com a Jordana privou, tal leveza poética coexistia com uma coragem intelectual inusitada e com um compromisso inegociável na defesa dos mais frágeis. Assim, deixar este trabalho sem o ponto final da sua autora não é um sinal de incompletude; é o testemunho de um pensamento que permanece vivo, aberto e em constante diálogo com o futuro.

A escolha do crime de maus-tratos no âmbito dos cuidados de saúde (artigo 152.º-A do Código Penal) como tema do presente trabalho não foi um mero acaso de percurso académico. Foi a tradução científica das inquietações que sempre definiram a Jordana: a busca incessante pela justiça e a urgência na humanização social. Para ela, o Direito nunca foi uma arquitetura fria de conceitos abstratos, via-o, sim, como um instrumento vivo de salvaguarda da dignidade humana. Este estudo é o espelho exato da essência da sua autora: a recusa do silêncio e da inação perante as assimetrias de poder e a determinação em dar voz àqueles que o mundo tantas vezes insiste em silenciar.

Ao longo destas páginas, a Jordana convoca a comunidade jurídica para uma reflexão que transcende a literalidade da norma penal. Com o rigor de quem compreendia o verdadeiro sentido da alteridade, demonstra que a relação entre o profissional de saúde e o utente assenta numa confiança existencial, e que o idadismo e o sexismo estruturais na prática clínica não podem ser tolerados. A sua escrita expõe as lacunas do ordenamento com firmeza, lembrando que o espaço do cuidado nunca se pode transformar num espaço de violência ou descuido. Notamos, na sua linha de raciocínio, uma harmonia perfeita entre o rigor da dogmática penal e a profunda humanidade que sempre orientou os seus passos.

A partida abrupta da Jordana interrompeu um percurso que se anunciava brilhante, mas a sua voz e o seu propósito recusam-se a emudecer. Através desta publicação, cuja edição e salvaguarda se devem ao esforço e amor dos seus pais e irmã, o seu pensamento assume uma natureza perene. É o testemunho definitivo de que o amor e a memória vencem a ausência. Assim sendo, o texto que vem agora a público não se configura somente como um registo de consulta ou como um valioso contributo para a ciência jurídica penal; é um testamento de princípios que configura memória viva da Jordana. Cremos que estas páginas permanecerão no tempo como um farol aceso que guia com a sua luz, tal como a Jordana fez com tantos de nós, inspirando todos os que partilham da sua premissa fundamental: a de que a verdadeira vocação do Direito é, perentoriamente, amparar os vulneráveis e salvaguardar a dignidade da pessoa humana em todas as circunstâncias da vida.

Sofia Marques

Porto, 2026

Resumo

A dissertação centra-se na análise do crime de maus-tratos, previsto no artigo 152.º-A do Código Penal, no contexto da prestação de cuidados de saúde, explorando a articulação entre a tutela penal, a vulnerabilidade da vítima e a relação de confiança estabelecida entre o profissional de saúde e o utente. A autora parte do entendimento de que a especial posição de dependência da vítima justifica uma proteção penal reforçada, defendendo que o bem jurídico tutelado por este tipo legal assume natureza complexa, abrangendo não apenas a saúde e a integridade física e psíquica, mas também a liberdade, a autodeterminação e a dimensão relacional inerente aos cuidados de saúde.

O trabalho desenvolve uma análise sistemática dos elementos constitutivos do crime de maus-tratos, procedendo ao enquadramento doutrinal e jurisprudencial do bem jurídico protegido, das condutas típicas, da posição do agente e das especificidades deste ilícito relativamente ao crime de violência doméstica. Neste âmbito, é sustentada a relevância da relação de confiança e da posição de garante do cuidador como fatores diferenciadores que justificam uma tutela penal agravada.

A investigação dedica particular atenção à vulnerabilidade das vítimas em contexto clínico, analisando criticamente o regime jurídico aplicável às vítimas especialmente vulneráveis e identificando limitações na proteção conferida pelo ordenamento jurídico português, nomeadamente no que respeita ao acesso aos mecanismos de proteção processual e de indemnização. Paralelamente, é discutido o impacto das desigualdades estruturais na prestação de cuidados de saúde, com especial enfoque no idadismo e na discriminação em razão do sexo, enquanto fatores suscetíveis de aumentar o risco de vitimização e comprometer a efetividade da tutela penal.

Em termos globais, este trabalho constitui um contributo para o aprofundamento da reflexão jurídico-penal sobre os maus-tratos em contexto de cuidados de saúde, evidenciando a necessidade de interpretar o artigo 152.º-A do Código Penal à luz da especial vulnerabilidade da vítima, da relação de confiança subjacente ao cuidado e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, reforçando a importância de uma resposta penal adequada às especificidades deste contexto.

Palavras-chave: maus-tratos; cuidados de saúde; vítima; vulnerabilidade; desigualdades.

Abstract

THE CRIME OF MISTREATMENT UNDER ARTICLE 152-A OF THE PORTUGUESE PENAL CODE: VULNERABILITY AND INEQUALITY IN HEALTHCARE

This dissertation focuses on analyzing the crime of mistreatment – as defined in Article 152-A of the Portuguese Penal Code – within the context of healthcare, exploring the interplay between criminal law protection, victim vulnerability, and the relationship of trust established between the healthcare professional and the user. The author proceeds from the premise that the victim's position of dependency justifies enhanced criminal protection, arguing that the legal interest safeguarded by this offense is complex in nature; it encompasses not only health and physical and psychological integrity but also liberty, self-determination, and the relational dimension inherent in healthcare.

The study provides a systematic analysis of the constituent elements of the crime of mistreatment, examining from both doctrinal and jurisprudential perspectives that protect legal interest, the criminal conduct involved, the perpetrator's position, and the specific characteristics of this offense, compared to domestic violence. In this context, the work highlights the implication of the relationship of trust and the caregiver's role, as a guarantor, as differentiating factors that justify heightened criminal protection.

The research addresses, particularly, to victim vulnerability in clinical settings, critically analyzing the legal framework related to especially vulnerable victims and identifying limitations in the protection afforded by the Portuguese legal system, specifically regarding the access to procedural protection mechanisms and compensation. Concurrently, the study discusses the impact of structural inequalities in healthcare, focusing on ageism and sex-based discrimination, as factors that can increase the risk of victimization and undermine the effectiveness of criminal law protection. Overall, this work contributes to expand the criminal-law analysis of mistreatment within the healthcare context, highlighting the need to interpret Article 152-A of the Penal Code in light of the victim's particular vulnerability, the relationship of trust inherent in caregiving, and the principles of human dignity and equality, thereby reinforcing the importance of a criminal-law response tailored to the specificities of this context.

Keywords: Mistreatment; Healthcare; Victim; Vulnerability; Inequalities.

Índice

Nota Prévia	1
Prefácio	2
Resumo	3
Abstract.....	4
Lista de siglas e abreviaturas.....	6
1. Introdução.....	6
2. Análise ao crime de maus-tratos do artigo 152.º-A do Código Penal	8
a. O tipo de ilícito objetivo.....	8
i. O bem jurídico	8
ii. A conduta.....	11
iii. O autor	13
b. A vulnerabilidade da vítima	13
c. A desigualdade no âmbito dos cuidados de saúde.....	20
i. Os idosos	23
ii. As mulheres	28
Conclusões.....	33
Referências bibliográficas	34
Apêndice A – Transcrição da Entrevista com a Participante 1	38
Apêndice B – Transcrição da Entrevista com a Participante 2	42
Posfácio.....	44

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
Art(s).	Artigo(s)
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDAW	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres
CI	Convenção de Istambul
CNECV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
n.º	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
p(p).	Página(s)
p. e p.	Previsto e punido
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia

1. Introdução

A proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento último do Direito Penal, assume particular exigência nos contextos em que a vítima se encontra numa posição de dependência face ao agente. Entre estes, destaca-se o domínio dos cuidados de saúde, espaço de vulnerabilidade, onde a intervenção técnica se entrelaça com uma dimensão ético-relacional marcada pela confiança. Neste cenário, o contacto com o profissional de saúde não constitui mera prestação de serviços, antes se configurando como momento de entrega que pressupõe deveres acrescidos de proteção, respeito e cuidado.

O crime de maus tratos, previsto e punido pelo artigo 152.º A do Código Penal, convoca uma análise que transcende os elementos típicos formais, uma vez que a gravidade das condutas em apreço não decorre apenas da eventual lesão da integridade física ou psíquica da vítima, mas, sobretudo, da violação de uma relação que, pela sua natureza, deveria ser orientada para a sua salvaguarda. Assim, a referida rutura, revela uma dimensão de ilicitude que não pode ser adequadamente apreendida mediante uma interpretação meramente literal da norma.

Assume-se como objeto do presente estudo a análise do crime de maus tratos no contexto específico dos cuidados de saúde, visando compreender de que forma a vulnerabilidade da vítima – enquanto realidade simultaneamente individual e estrutural – condiciona a sua exposição à vitimização. Nesta perspetiva, parte-se da convicção de que o bem jurídico protegido por este tipo incriminador deve ser compreendido em termos complexos, integrando não apenas a saúde e a integridade pessoal, mas também a liberdade, a autodeterminação e, de modo particularmente relevante, a dimensão relacional fundada na confiança entre agente e vítima. Valoriza-se o elemento relacional como traço distintivo do crime de maus tratos e evidencia-se que a especial censurabilidade das condutas reside na instrumentalização de uma posição de superioridade funcional.

Paralelamente, analisar-se-á a vulnerabilidade da vítima, considerando fatores pessoais (idade, doença ou deficiência) e dinâmicas estruturais de desigualdade na saúde, com foco no idadismo e sexismo enquanto preconceitos que influenciam a prática clínica. Por outro lado, o estudo abordará criticamente o enquadramento processual das vítimas, questionando a eficácia dos mecanismos de proteção, como a qualificação de vítima especialmente vulnerável e o acesso a indemnizações, face ao princípio da igualdade.

Pretende-se, assim, contribuir para uma reflexão crítica sobre a tutela penal do crime de maus tratos em contexto de cuidados de saúde, evidenciando a necessidade de uma interpretação que reconheça a centralidade da confiança e da vulnerabilidade relacional, em ordem a assegurar uma proteção efetiva da dignidade da pessoa humana. Para esse efeito, procede-se à análise do tipo legal previsto no artigo 152.º A do Código Penal, em articulação com a análise da vulnerabilidade da vítima e com a consideração das dinâmicas de desigualdade que atravessam os cuidados de saúde, em particular no que respeita às pessoas idosas e às mulheres.

2. Análise ao crime de maus-tratos do artigo 152.º-A do Código Penal

O estudo do crime de maus-tratos no âmbito dos cuidados de saúde torna fundamental a referência e a análise do respetivo tipo legal p. e p. nos termos do artigo 152.º-A do CP¹, e o confronto com o crime de violência doméstica, p. e p. no artigo 152.º do CP. Este paralelo tem de ser feito na medida em que apenas com a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007 ocorreu a justificada² e, no nosso entendimento, necessária, autonomização dos tipos legais de crime, uma vez que anteriormente as condutas previstas nos artigos 152.º, 152.º-A e 152.º-B do CP atual estavam consagradas numa única disposição “Maus-tratos e infração de regras de segurança”. Apesar desta autonomização, as semelhanças e, acima de tudo, as diferenças entre o tipo legal de crime de maus-tratos e o do crime de violência doméstica merecem a nossa atenção.

a. O tipo de ilícito objetivo

“Em qualquer tipo de ilícito objetivo é possível identificar os seguintes conjuntos de elementos: os que dizem respeito ao autor; os relativos à conduta; e os relativos ao bem jurídico”³, e a análise de cada um deles é fundamental para o presente estudo.

i. O bem jurídico

São bastante diversificadas as posições da doutrina e da jurisprudência relativamente ao bem jurídico protegido pelo crime de maus-tratos, sendo predominantes as que se referem à dignidade da pessoa humana, à integridade física e psíquica e à saúde da pessoa. Note-se que, embora a *ratio* da autonomização sistemática dos crimes de violência doméstica e de maus-tratos tenha sido a diferença entre os bens jurídicos tutelados por cada um destes tipos legais de crime, muitos autores têm considerado que esta justificação é pouco esclarecedora⁴ e, até, contraditória⁵.

¹ A presente análise organizar-se-á de acordo com a construção teleológico-funcional do facto punível maioritariamente defendida, nomeadamente por FIGUEIREDO DIAS, que distingue os tipos de ilícito objetivo e subjetivo (Dias, 2019, pp. 329 e 406).

² Palma, 1983, p. 114; Beleza, 2021, p. 16.

³ Dias, 2019, p. 342.

⁴ Brandão, 2010, p. 13.

⁵ Carvalho, 2012, p. 534.

A este propósito, adotamos a posição de TAIPA DE CARVALHO, que entende que existe uma total correspondência entre os bens jurídicos protegidos pelos artigos 152.º e 152.º-A do CP⁶.

No que diz respeito à dignidade pessoal, tendemos a apoiar a doutrina de NUNO BRANDÃO, que a caracteriza como um “valor fundante e transversal a todo o sistema jurídico [que] não está em condições de desempenhar a função de específico referente e padrão crítico da criminalização que deve ser própria de um bem jurídico-penal”⁷, ao contrário do que entendem TAIPA DE CARVALHO, VÍTOR SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, que defendem que a dignidade humana constitui neste domínio um bem jurídico⁸, e não apenas um princípio constitucional⁹, estruturante dos bens jurídicos efetivamente tutelados por estes tipos legais.

É importante ainda notar que a previsão legal do crime de maus-tratos se encontra inserida no capítulo III, do título I, do livro II do CP (“Dos crimes contra a integridade física”), o que nos conduz à consideração da integridade pessoal como bem jurídico tutelado pela mesma disposição. A este respeito, a tendência predominante, quer na doutrina¹⁰, quer na jurisprudência¹¹, é a de considerar que aqui está em causa a integridade da pessoa em sentido amplo (física e psíquica), a par da saúde, nas suas dimensões física, psíquica, emocional e mental¹². Assim sendo, justifica-se colocar a seguinte questão: se seguirmos a doutrina majoritária e admitirmos a integridade pessoal, ainda que no seu sentido amplo, como o bem jurídico tutelado por esta disposição legal, o que justifica a pena reforçada e a natureza pública atinentes a esta norma?

PLÁCIDO CONDE FERNANDES fundamenta-as através da “dimensão de garantia que é corolário da dignidade da pessoa humana”¹³. Porém, considerar que no âmbito do artigo 152.º-A do CP, a integridade pessoal é tutelada como uma manifestação direta desta dignidade, “implica que a norma incriminadora apenas preveja as condutas efetivamente maltratantes, ou seja, que coloquem em causa a dignidade da pessoa humana”¹⁴, não

⁶ Carvalho, 2012, p. 534. Em virtude da global correspondência entre os bens jurídicos tutelados pelos crimes de violência doméstica e de maus-tratos, a doutrina e jurisprudência seguidamente analisadas (referentes ao artigo 152.º do CP) são, na nossa visão, totalmente aplicáveis ao tipo legal de crime do artigo 152.º-A do CP.

⁷ Brandão, 2010, p. 14.

⁸ Carvalho, 2012, p. 535; Pereira e Lafayette, 2014, p. 442.

⁹ Artigo 1.º da CRP.

¹⁰ Silva, 2017, p. 306.

¹¹ Ac. do STJ, de 02-07-2008, Processo n.º 07P3861.

¹² Carvalho, 2012, p. 535.

¹³ Fernandes, 2008, p. 305.

¹⁴ “Será em todo o caso mais prudente reservar-lhe esse eventual papel para situações em que a vítima é submetida a uma condição infra-humana, por acção de um seu semelhante, com um conseqüente absoluto aniquilamento da sua dignidade pessoal” (Brandão, 2010, p. 14).

abrangendo todas as ofensas à integridade pessoal, pelo que tendemos a discordar desta posição.

Por sua vez, NUNO BRANDÃO entende que a diferença entre estes tipos legais e o artigo 143.º do CP, se deve à distinção entre crimes de dano e de perigo abstrato, considerando que o crime de maus-tratos tutela a saúde como uma tutela antecipada (“é, com efeito, o perigo para a saúde do objecto de acção alvo da conduta agressora que constitui o motivo da criminalização”)¹⁵.

Seguimos a posição de MARIA ELISABETE FERREIRA, que identifica a existência de um bem jurídico complexo que abarca não só a saúde, na sua vertente alargada, como também a confiança e o elemento relacional entre o agente e a vítima, sendo este o traço verdadeiramente distintivo destas incriminações¹⁶, embora no crime de violência doméstica a especial danosidade seja fruto da relação familiar ou de convivência que se estabelece ou estabeleceu entre o agente e a vítima, e no crime de maus-tratos decorra da existência de uma “*relação de subordinação “existencial”* (pessoa que esteja ao cuidado, à guarda ou sob a responsabilidade e direcção ou educação do agente) *ou laboral*” entre agente e vítima¹⁷. Partilhamos do entendimento da autora, reforçando, novamente, o paralelismo entre os bens jurídicos tutelados em ambas as disposições.

Na verdade, nos dois casos,

*essa relação interpessoal assenta num **vínculo ou expectativa legítima** (voluntária, legal, ou naturalmente estabelecido/a) de **confiança**; não uma qualquer ou indiferenciada confiança resultante de relações jurídicas, mas que a se traduz em interesses específicos **com dignidade penal** e, portanto, merecedora dessa tutela¹⁸.*

Para além disso, e em linha com a posição majoritária que acolhe a natureza complexa do bem jurídico em causa, faz sentido referir a posição de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, segundo o qual “a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra”¹⁹ são também bens jurídicos tutelados por estes tipos incriminadores.

¹⁵ Brandão, 2010, p. 17.

¹⁶ Deste modo, na nossa visão, o “diferente juízo de danosidade social de uma ofensa à integridade física praticada entre dois estranhos (...) e a praticada no seio de relações” (Ac. do TRC, de 18-05-2022, Processo n.º 924/19.1PBLRA.C1) é um dos verdadeiros motivos que justificam a distinção entre os tipos legais em causa.

¹⁷ Carvalho, 2012, p. 536.

¹⁸ Moraes, 2019, p. 43.

¹⁹ Albuquerque, 2024, p. 696.

Na nossa opinião, apenas a abrangência de um bem jurídico de tal modo complexo permite enquadrar todas as condutas que se pretendem incluir nestes tipos legais de crime.

ii. A conduta

Consiste na prática de maus-tratos físicos ou psíquicos (incluindo «castigos corporais», «privações da liberdade» e «ofensas sexuais»), no tratamento cruel, no emprego em atividades perigosas, desumanas ou proibidas ou na sobrecarga com trabalhos excessivos de pessoa menor ou particularmente indefesa²⁰.

Cremos que, como decorre do comentário de TAIPA DE CARVALHO a esta norma, também as condutas previstas neste tipo legal de crime coincidem com as do artigo 152.º do CP, já que, embora o artigo 152.º-A do CP aparente ser mais abrangente, por prever mais comportamentos, também estes se reconduzem a um conceito amplo de maus-tratos físicos e psíquicos²¹.

Não obstante estarmos perante uma enumeração abrangente de condutas puníveis, na medida em que os maus-tratos compreendem uma vasta panóplia de crimes contra as pessoas, (título I, do livro II do CP), consideramos tratar-se de uma listagem incompleta, tendo sobretudo em conta a falta de previsão de crimes patrimoniais (título II, do mesmo livro do CP), frequentes no contexto institucional e da prestação de cuidados, nomeadamente, no que se refere ao crime de burla, p. e p. nos artigos 217.º e seguintes do CP, e de usura, p. e p. no artigo 226.º do CP (é preciso ter em conta que Taipa de Carvalho equiparou as condutas abrangidas pelas duas disposições antes do alargamento típico da previsão do crime de violência doméstica, pelo que neste momento o crime de violência doméstica inclui um maior número de condutas puníveis).

Também é preciso lembrar que as vítimas do crime de maus-tratos (pessoas menores ou particularmente indefesas) estão naturalmente vulneráveis a aproveitamentos, explorações e enganos por parte de pessoas com quem estabelecem um vínculo de confiança, cuidado ou subordinação²². Estas características fazem parte do ambiente presente “nas escolas, hospitais, nas creches ou infantários, em lares de idosos ou

²⁰ Albuquerque, 2024, p. 696.

²¹ Carvalho, 2012, p. 536.

²² Partilhamos do entendimento de Paula Ribeiro de Faria quando diz, relativamente às pessoas particularmente indefesas em razão da idade, que há um “aproveitamento da sua menor capacidade de avaliação e de decisão e a sua maior vulnerabilidade ou dependência” (Faria, 2019, p. 122).

instituições ou famílias de acolhimento (...) ou na empresa”²³, nos quais a dependência da vítima a torna um alvo preferencial para este tipo de crimes²⁴.

Parece-nos, por conseguinte, que existe a necessidade de alargar o âmbito do artigo 152.º-A do CP, em ordem a incluir os abusos patrimoniais, tendo em conta a especial fragilidade da vítima e a relação supra referida que estabelece com o agente, características estas que não são devidamente acauteladas nos tipos legais simples que preveem estes crimes.

Torna-se importante esclarecer que a doutrina²⁵ e a jurisprudência²⁶ têm convergido no sentido de considerar que o crime de maus-tratos pode ser praticado por omissão. Por conseguinte, “podemos ter um crime de maus-tratos constituído por **omissões** (ou por acções) de uma pessoa, e o crime de maus-tratos imputado a outra pessoa que tenha o dever jurídico pessoal de impedir as omissões (ou acções) daquela pessoa, com base no art. 10.º-2”²⁷. Autores como TAIPA DE CARVALHO, entendem que “o próprio conceito de maus-tratos inclui condutas omissivas”²⁸. Em princípio, “o preenchimento de um tipo legal de crime de resultado por omissão só existe quando é possível aproximar normativamente a omissão da acção”²⁹, pelo que é necessário avaliar se se preenchem no caso concreto os pressupostos da equiparação da omissão à acção previstos no artigo 10.º do CP³⁰.

Veja-se que, como explicado por PAULA RIBEIRO DE FARIA, o dever de garante que permite equacionar a comissão por omissão neste tipo legal surge da relação de dependência entre a vítima e o agente, pelo que não é universal³¹. No crime de maus-tratos, “as condutas praticadas (...) podem consistir em acções, ou em omissões, sendo certo que os cuidadores detêm sempre deveres de garante”³².

²³ Carvalho, 2012, p. 536.

²⁴ “Entre 2020 e 2023, a maior parte das vítimas de crimes patrimoniais que foi apoiada na APAV tinha 65 ou mais anos de idade” (APAV, 2024).

²⁵ Carvalho, 2012, p. 537; Garcia e Rio, 2014, p. 624

²⁶ A título de exemplo, o Ac. do TRP, de 18-10-2023, Processo n.º 820/21.9T9AVR.P1.

²⁷ Carvalho, 2012, p. 537.

²⁸ Carvalho, 2012, p. 538.

²⁹ Faria, 2017, p. 148 a 151.

³⁰ “Pode ser cometido por omissão imprópria, sempre que o evento antijurídico (...) resultar do incumprimento do dever jurídico de evitar esse resultado e este depende da existência de um específico dever (...) ou de uma específica relação de facto que o obrigue a agir, para evitar o resultado, pois só assim haverá equivalência entre o desvalor da acção e o desvalor da omissão que constitui o fundamento da punibilidade do omitente” (Ac. do TRL, de 23-02-2022, Processo n.º 1549/19.7T9SNT.L1-3).

³¹ No mesmo sentido, o Ac. do TRP, de 11-09-2024, Processo n.º 4493/20.1T9MTS.P1, segundo o qual “O agente tem uma posição de garante da não produção do resultado, à luz de um dever jurídico de agir que constitui o fundamento da punição e sem o qual a punibilidade da omissão constituiria uma intromissão intolerável na esfera privada de cada um”.

³² Faria, 2019, p. 148.

iii. O autor

É de notar que estamos perante um crime específico³³, já que só pode ser cometido por determinadas pessoas³⁴ que ocupam uma posição especial relativamente à vítima do crime (no caso em apreço, falamos de uma relação de cuidado ou vigilância³⁵).

No contexto do artigo 152.º-A do CP, pode estar em causa um **crime específico próprio** (quando a própria relação entre o agente e a vítima fundamenta o ilícito), ou **impróprio** (quando essa relação não fundamenta o ilícito, mas apenas o agrava). Partilhamos da opinião de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que entende estarmos perante a primeira situação quando a conduta criminosa se consubstancia no “emprego em atividades desumanas” e na “sobrecarga com trabalhos excessivos”, e perante a segunda situação nos casos restantes, que, *in se*, são criminosas, independentemente do vínculo existente entre o agente e a vítima, como ocorre no caso das “privações de liberdade” e “ofensas sexuais”³⁶. Embora o crime específico seja normalmente impróprio, estaremos perante um crime específico próprio, ainda segundo este autor, no caso de “provocações ou humilhações” passíveis de ser enquadradas nos maus-tratos psíquicos, como sustenta TAIPA DE CARVALHO³⁷.

b. A vulnerabilidade da vítima

Concluídas as considerações gerais acerca da previsão do crime de maus-tratos, urge agora centrar a nossa investigação nos maus-tratos praticados **no âmbito da prestação de cuidados de saúde**, enquanto manifestação direta do tipo legal de crime p. e p. no artigo 152.º-A do CP. Neste contexto, é fundamental referir a relação que se estabelece entre o agente (cuidador) e a vítima do crime (dependente do cuidado do agente), sendo esta necessidade de cuidado um dos principais motivos que conduz à vulnerabilidade da vítima a par da sua incapacidade de defesa em razão de características pessoais e circunstanciais.

No nosso país, o conceito de “vítima especialmente vulnerável” está definido no artigo 67.º-A do CPP³⁸. Nos termos deste artigo, consideram-se vulneráveis as vítimas

³³ Carvalho, 2012, p. 535; Albuquerque, 2024, p. 696.

³⁴ Dias, 2019, p. 354.

³⁵ “Só podem ser levados a cabo (...), no caso concreto por quem tenha o dever de cuidado, guarda ou educação, o poder de direcção ou uma posição hierárquica laboral” (Santos e Leal-Henriques, 2023, p. 347).

³⁶ Albuquerque, 2024, p. 696.

³⁷ Carvalho, 2012, p. 535.

³⁸ Este artigo, introduzido pela Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, tem como principal objetivo, segundo o seu artigo 1.º, a transposição da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, cuja noção de vítima está consagrada no seu artigo 2.º, n.º1, alínea a) Comparativamente

frágeis em razão “da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social”³⁹, e ainda as vítimas de “criminalidade violenta, de criminalidade especialmente violenta e de terrorismo”⁴⁰.

Além disso, o artigo 1.º do CPP prevê, para concretização do conceito, que consubstanciam criminalidade violenta “as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos”⁴¹ e criminalidade especialmente violenta “as condutas previstas na alínea anterior puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos”⁴².

Está claro que a *ratio* desta especificação assenta na debilidade inerente a determinadas características da vítima e/ou da sua posição perante o autor do crime. Assim, é necessário averiguar se se deixam cumprir estes requisitos em relação à vítima de um crime de maus-tratos (especificamente, no âmbito dos cuidados de saúde) para que esta se possa enquadrar nesta noção.

Em primeiro lugar, tendemos a considerar que a vítima do crime de maus-tratos praticado por um cuidador é, de facto, na maioria dos casos, enquadrável na **alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º-A do CP**, já que se trata de “um menor de 18 anos ou uma **pessoa particularmente indefesa**, ou seja, uma pessoa que se encontra numa situação de especial fragilidade devido à sua idade precoce ou avançada, deficiência, doença física ou psíquica ou gravidez”⁴³. Esta é a posição sustentada por MARIA ELISABETE FERREIRA⁴⁴, que entende que “no domínio da violência doméstica, estamos quase sempre perante vítimas particularmente vulneráveis, seja em razão da sua idade, avançada ou diminuta (...), seja pela gravidade dos factos praticados”⁴⁵.

Ora, a verdade é que as vítimas do crime previsto no artigo 152.º-A do CP tendem a apresentar mais facilmente as características descritas pelo artigo 67.º-A do CPP, do que

ao mesmo, “o artigo 67.º-A, do CPP (...) consagrou um conceito amplo de vítima”, abrangendo, enquanto “vítima direta”, a “vítima especialmente vulnerável” (Albuquerque, 2024, p. 269).

³⁹ Artigo 67.º-A, n.º1, alínea b) do CP.

⁴⁰ Artigo 67.º-A, n.º3 do CP.

⁴¹ Artigo 1.º, alínea j) do CPP.

⁴² Artigo 1.º, alínea l) do CPP.

⁴³ Albuquerque, 2024, p. 696.

⁴⁴ Ferreira, 2016, p. 222.

⁴⁵ “Tal só não sucederá quando os factos violentos sejam subsumíveis a crimes simples (...), hipóteses em que a vulnerabilidade da vítima terá de ser aferida no caso concreto” (Ferreira, 2016, p. 222).

as vítimas do crime de violência doméstica do artigo 152.º do CP, a que esta citação se refere, pelo que esta afirmação vale de igual forma e por maioria de razão ao nosso caso.

Todavia, a posição que aplica automaticamente à vítima do crime de maus-tratos o conceito de vítima especialmente vulnerável, quando as suas características lhe correspondem, não é unânime. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE adjetiva estas características como “meramente indiciárias”, não dispensando a avaliação do caso concreto, e a prova da efetiva “especial fragilidade” da vítima⁴⁶. Adotando esta teoria, é de admitir que, por vezes, as vítimas do crime de maus-tratos não sejam enquadráveis na alínea em questão.

Sob o nosso ponto de vista, esta aplicação casuística é passível de violar o princípio da igualdade constitucionalmente consagrado⁴⁷, pelo que consideramos que faria sentido uma futura alteração legislativa a definir taxativamente o conjunto de vítimas especialmente vulneráveis, permitindo a uniformização da aplicação do conceito e as suas consequências práticas.

Torna-se assim fundamental perceber se (já que, para parte da doutrina, podem não se encontrar reunidos os requisitos da alínea b) do n.º 1) é possível enquadrar a vítima do crime de maus-tratos nas definições do **n.º 3 do mesmo artigo**: isto é, se este tipo legal abrange criminalidade violenta ou especialmente violenta. Face a uma moldura penal abstrata de um a cinco anos de prisão, apenas se equaciona a eventual aplicação da alínea j), do n.º 1 do artigo 1.º do CPP.

Cumpr, então, analisar o segundo requisito (cumulativo)⁴⁸, relativo ao bem jurídico. Tratando-se, no artigo 152.º-A do CP, de um bem jurídico complexo, a verdade é que está, de facto, em questão, um crime doloso, que pode afetar “a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual”. Contudo, podemos questionar se, precisamente pela complexidade⁴⁹ do bem jurídico (que abrange mais interesses do que os especificados neste conceito), esta definição é, efetivamente, aplicável.

Não desconhecemos que a doutrina e a jurisprudência têm divergido nesta matéria, o que se fica sobretudo a dever às diferentes perceções de bem jurídico complexo que sustentam neste âmbito. Embora a maior parte dos autores se refira maioritariamente ao crime de violência doméstica, entendemos que devido à total coincidência do bem

⁴⁶ Albuquerque, 2024, p. 270.

⁴⁷ Artigo 30.º da CRP.

⁴⁸ Lobo, 2020, p. 16.

⁴⁹ “O crime de violência doméstica (...) visa proteger uma pluralidade de bens jurídicos como é reconhecido de forma unânime pese embora alguma flutuação doutrinal” (Gaspar, 2021, p. 17).

jurídico complexo tutelado nas duas disposições legais, é pertinente uma total aplicação das conclusões retiradas destas fontes ao crime de maus-tratos.

Assim, há quem admita, numa perspetiva maioritária, a automática e completa integração das condutas previstas pelo crime de violência doméstica no conceito de criminalidade violenta. Neste sentido, encontramos nomeadamente PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, segundo o qual, em relação à Lei n.º 26/2010,

o conceito de criminalidade violenta inclui os crimes contra a vida, os crimes contra a vida intrauterina, os crimes contra a integridade física, os crimes contra a liberdade pessoal, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (artigos 131.º a 179.º) e ainda os crimes contra a autoridade pública (artigos 347.º a 358.º)”⁵⁰.

Segundo esta interpretação, enquadra-se no conceito de criminalidade violenta qualquer crime que pertença a este elenco de normas onde, sistematicamente, o artigo 152.º-A do CP se insere. Encontramos também vários Acórdãos do STJ no mesmo sentido, segundo os quais “não é ao juiz que compete decidir se determinado caso de violência doméstica cabe ou não na definição [de criminalidade violenta]”⁵¹.

Ao mesmo tempo, são várias as decisões que consideram que estes crimes podem ou não ser considerados criminalidade violenta, dependendo das condutas em causa e do bem jurídico violado no caso concreto. A este propósito, uma outra corrente dentro do STJ considera que “o crime de violência doméstica pode ser considerado criminalidade violenta ou não, dependendo dos factos concretos que, indiciariamente, terão alegadamente sido praticados”⁵², ou seja, apenas será violento o crime em que o agente tenha colocado em causa algum dos bens jurídicos elencados nesta definição (“integrar-se-ão na criminalidade violenta se se realizarem através de condutas dolosamente dirigidas contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual”⁵³). Perante um bem jurídico tão abrangente, e através de uma interpretação literal da norma, acompanhamos a posição de PAULA RIBEIRO DE FARIA, que entende que

⁵⁰ Albuquerque, 2024, p. 50.

⁵¹ Ac. do STJ, de 20-10-2022, Processo n.º 1010/21.0PBOER-B.S1.

⁵² Ac. do STJ, de 08-01-2020, Processo n.º 1054/19.1PLLSB-B.S1. Segundo o mesmo, ainda que se trate de um crime de violência doméstica, se “o Arguido não está indiciado de ter colocado em causa a vida, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual da ofendida (...) [ou] qualquer ofensa à integridade física (...), tem de se concluir que o Arguido não vem indiciado de crime que possa ser qualificado de criminalidade violenta”.

⁵³ Ac. do STJ, de 12-12-2019, Processo n.º 1084/19.3PWLSB-A.S1.

[não existem] dúvidas de que à luz do art. 1.º, alínea j), do CPP, que define criminalidade violenta, a violência doméstica, pelo menos a que conduz a agressões físicas e privações da liberdade, é de incluir nesta definição⁵⁴.

De facto, são raros os casos de violência doméstica (e, analogicamente, de maus-tratos) que não se deixam subsumir ao conceito de criminalidade violenta e que, portanto, não permitem considerar a vítima como especialmente vulnerável. No entanto, embora raros, não são de ignorar, o que leva a concluir que, à semelhança do que acontece com a alínea b) do n.º 1, também o n.º 3 do artigo 67.º-A do CPP não contempla a vulnerabilidade de algumas das vítimas destes crimes, o que acontece, na nossa perspetiva, de forma adequada, já que ao não cumprirem os requisitos legais, não são consideradas especialmente vulneráveis.

Apesar das dúvidas que surgem quanto à atribuição do rótulo “criminalidade violenta” aos crimes de maus-tratos e de violência doméstica, a fim de considerar as suas vítimas como especialmente vulneráveis, existe um diploma legal que, tanto na sua nomenclatura, como nas disposições que integra, se mostra contraditório, independentemente da posição que adotemos: o Regime de Concessão de Indemnização às Vítimas de Crimes Violentos e de Violência Doméstica⁵⁵. Este diploma é um dos mecanismos de proteção a vítimas especialmente vulneráveis que, por conseguinte, ficaria vedado a determinadas vítimas do crime de maus-tratos e de violência doméstica. No entanto, a indemnização às vítimas consagradas no artigo 152.º do CP é acautelada⁵⁶, ao contrário do que acontece às do artigo 152.º-A do CP, que ficam esquecidas e, consequentemente, desprovidas de proteção adequada. Não nos parece ser possível compreender as razões do legislador para proceder a uma tal distinção.

Tendo presente a coincidência entre os bens jurídicos tutelados pelas duas disposições, o único critério que poderia justificar esta distinção, seria a eventual graduação da vulnerabilidade das vítimas e da correspondente necessidade de proteção. Ou seja, o legislador podia ter entendido que as vítimas de violência doméstica (que não coubessem na alínea a) do artigo 1.º da Lei n.º 104/2009) careceriam de maior proteção

⁵⁴ Faria, 2023.

⁵⁵ Lei n.º 104/2009, de 14 de setembro.

⁵⁶ “1 - A presente lei aprova o regime aplicável ao adiantamento pelo Estado das indemnizações devidas às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica. 2 - Para efeitos de aplicação da presente lei considera-se: a) Crimes violentos, os crimes que se enquadram nas definições legais de terrorismo, criminalidade violenta e criminalidade especialmente violenta previstas nas alíneas i) a l) do artigo 1.º do Código de Processo Penal; b) Violência doméstica, o crime a que se refere o artigo 152.º do Código Penal.” (artigo 1.º da Lei n.º 104/2009).

relativamente às vítimas do crime de maus-tratos, que são excluídas da mesma. Porém, este raciocínio torna esta desigualdade ainda mais ininteligível, já que a vulnerabilidade das vítimas do crime de maus-tratos é manifestamente mais abrangente. Deste modo, entendemos que apenas uma alteração legislativa que venha acrescentar a proteção das vítimas do crime de maus-tratos ao artigo, tal como ocorre na alínea a), poderá cumprir os critérios de igualdade constitucionalmente exigidos.

A especial vulnerabilidade das vítimas do crime de maus-tratos não está assim apropriadamente prevista, e as necessidades destas vítimas são diminuídas no confronto com as necessidades das vítimas de violência doméstica. Mas pergunta-se: se a sua vulnerabilidade é mais abrangente do que a das vítimas de violência doméstica, porque é que estas dispõem de uma maior proteção? Embora o conceito de vulnerabilidade abranja de forma semelhante os dois casos, as segundas vítimas são alvo de maior proteção legislativa por parte de vários diplomas⁵⁷ e, por conseguinte, de uma maior atenção social.

Na verdade, entendemos que reduzir a especial vulnerabilidade da vítima à violação dos bens jurídicos contemplados pela definição de criminalidade violenta, desconsiderando o elemento relacional que une vítima e agressor, é bastante redutor. Tal como ocorre no crime de violência doméstica, também no crime de maus-tratos é esta relação que justifica a fragilidade acrescida da vítima⁵⁸ e que lhe deve conferir um especial estatuto (artigos 20.º e seguintes da Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro). É por este motivo que nos questionamos se o principal problema não reside no próprio tipo legal de crime. Se o elemento relacional que existe entre o agente e a vítima é o elemento de distinção entre o crime de maus-tratos e os tipos legais simples que preveem as condutas isoladas e, consequentemente, a principal razão para a vítima ser considerada especialmente vulnerável, então, será que os requisitos impostos pelo artigo 152.º-A do CP são suficientes⁵⁹?

⁵⁷ A Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas) trata de uma proteção acrescida e específica às vítimas do crime de violência doméstica, preocupação legislativa que não existe quanto às vítimas do crime de maus-tratos.

⁵⁸ “O crime de violência doméstica é um típico “crime de relação”, pois é a relação afetiva (...) entre o agente e a vítima que individualiza o crime, nele enquadrando condutas que sempre seriam puníveis, mas integradas noutros tipos legais (ofensa à integridade física, sequestro, crimes sexuais, etc.). O crime de violência doméstica constitui uma tutela reforçada da vítima, justificada pela existência dessa relação afetiva” (Ac. do STJ, de 19-12-2018, Processo n.º 129/16.3GILRS.L1.S1).

⁵⁹ A vítima do crime de maus-tratos “só pode ser uma pessoa que, simultaneamente, preencha dois requisitos positivos - o de que se encontre em relação de subordinação existencial ou laboral com o agente, ou seja que a vítima esteja ao cuidado, à guarda ou sob a responsabilidade da direção ou educação do agente ou a trabalhar ao seu serviço; o de que seja menor ou particularmente indefesa em razão da idade (avançada), de deficiência, da doença ou da gravidez - e um outro negativo - o de que não exista entre o agente e a vítima uma relação de coabitação -, pois nesse caso estará em causa um crime de violência doméstica, nos termos da al. d) do nº1 do art. 152º” (Ac. do TRL, de 23-02-2022, Processo n.º 1549/19.7T9SNT.L1-3).

Imagine-se um adulto, de 20 anos, saudável, que recorre ao hospital para realizar exames de rotina: não se trata de uma pessoa particularmente indefesa para efeitos desta disposição normativa (não é menor, nem indefeso em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez). No entanto, o profissional de saúde pode praticar uma das condutas previstas neste tipo legal, afetando a sua integridade física. Não se cumprindo os requisitos do artigo 152.º-A do CP (embora esta pessoa se encontre ao cuidado do profissional de saúde), a tendência seria recorrer aos tipos legais de crime simples, relativos às ofensas à integridade física (artigos 143.º ou 144.º do CP), que não dependem de qualquer circunstância especial relacionada com a vítima. Porém, acreditamos que esta posição não é correta.

Vejamos: “os profissionais de saúde, pela relevante função social que desempenham ao serviço das pessoas e da comunidade, estão sujeitos a deveres éticos e deontológicos acrescidos”⁶⁰, absolutamente essenciais como diretrizes de uma atividade que contacta com bens jurídicos de elevada importância, como a vida⁶¹.

Ora, estas regras deontológicas e princípios gerais éticos a que os profissionais de saúde são sujeitos estão expressamente consagrados. Destaca-se, neste âmbito, o Regulamento de Deontologia Médica (Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho), segundo o qual o dever de respeitar o direito à saúde dos utentes é um princípio geral de conduta absolutamente basilar da atividade médica⁶². É imperativo salientar, ainda, a importância da Declaração de Genebra enquanto principal fundamento da atualização do Juramento de Hipócrates, manifestação do compromisso pessoal e profissional dos médicos perante os seus utentes⁶³.

A par deste argumento, é relevante realçar que, embora, em meados do século XX, tenha havido uma tentativa de substituição do modelo de medicina paternalista, por um modelo de medicina partilhada, cremos que a medicina ainda não assenta num modelo de colaboração totalmente paritário⁶⁴. Aliás, atualmente, há autores que sustentam a existência de um modelo intermédio que se deixa caracterizar pela relativa desigualdade entre doente e profissional de saúde causada pela natural assimetria de conhecimentos

⁶⁰ Base 28, n.º 2 da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro).

⁶¹ Artigo 24.º da CRP.

⁶² “O médico deve exercer a sua profissão de acordo com as *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade” (artigo 4.º, n.º1 do Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho).

⁶³ “COMO MEMBRO DA PROFISSÃO MÉDICA: PROMETO SOLENEMENTE consagrar a minha vida ao serviço da humanidade; A SAÚDE E O BEM-ESTAR DO MEU DOENTE serão as minhas primeiras preocupações; RESPEITAREI a autonomia e a dignidade do meu doente; GUARDAREI o máximo respeito pela vida humana” (Juramento de Hipócrates).

⁶⁴ “A baixa literacia em saúde pode desempenhar um papel e talvez também a inércia de uma tradição enraizada na população (...) transmitida pela ideia de que “o Senhor Doutor é que sabe” (Martins, 2022).

técnicos entre as duas partes. Consequentemente, qualquer utente que não possua formação na área da saúde, está dependente e frágil mediante o profissional de saúde, sendo necessária a confiança e a entrega.

Face à proteção legal dos direitos do utente e à sua inevitável sujeição aos cuidados do profissional de saúde, parece-nos plenamente justificado considerar que a relação entre o doente e o profissional de saúde que é marcada pela confiança entre os dois constitui um elemento distintivo dos abusos causados neste domínio que assim se deixam distinguir daqueles que correspondem aos tipos legais simples (no caso concreto, o artigo 143.º do CP), que não enquadram adequadamente estas situações.

Por conseguinte, não parece incorreto considerar a confiança como um requisito autónomo para enquadrar uma determinada vítima no crime de maus-tratos. Esta confiança acompanha naturalmente a atividade daquele que “cuida de”, mas este tipo legal de crime não é frequentemente aplicado no domínio da prestação de cuidados de saúde.

c. A desigualdade no âmbito dos cuidados de saúde

O estabelecimento de uma relação de cuidado no contexto da prestação de cuidados de saúde pressupõe a confiança do utente na rede de prestação dos serviços. É, porém, incontestável que os profissionais que o integram espelham características intrínsecas à sociedade a que pertencem e que molda as suas crenças e valores. Consequentemente, a tranquilidade com que o utente se entrega a estes cuidados, é manifestação da confiança que deposita nos membros da comunidade, como um todo. É neste sentido que se justifica estudar os fatores de que depende essa expectativa, e que variam consoante o grupo social a que o utente pertence.

Neste subcapítulo, propomo-nos responder à seguinte questão: considerando que determinadas vítimas apresentam uma vulnerabilidade acrescida, decorrente não apenas do elemento relacional que estabelecem com o autor, mas também de características pessoais e vulnerabilidades que aumentam a sua fragilidade, poderá essa condição ser determinante de uma maior probabilidade de vitimização face ao crime de maus-tratos no âmbito da prestação de cuidados de saúde?

É de notar, como princípio base, que no plano internacional a CDFUE proíbe, expressamente, a discriminação em matéria de direitos fundamentais:

*em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual*⁶⁵.

Ao mesmo tempo, esta Convenção estabelece, no que concerne especificamente aos cuidados de saúde, que “todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais”⁶⁶. No que toca ao Direito interno, é por sua vez imprescindível trazer à colação o artigo 13.º da CRP, nos termos do qual:

ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Os profissionais de saúde assumem o compromisso de que a sua atividade é prestada de acordo com exigências internacionais, constitucionais e de direito ordinário, bem como no cumprimento de regras deontológicas. Salientamos, no plano da deontologia médica, o Juramento de Hipócrates (“Não permitirei que considerações sobre idade, doença ou deficiência, crença religiosa, origem étnica, sexo, nacionalidade, filiação política, raça, orientação sexual, estatuto social ou qualquer outro fator se interponham entre o meu dever e o meu doente”⁶⁷) e o Regulamento de Deontologia Médica (“o médico deve prestar a sua atividade profissional sem qualquer forma de discriminação”⁶⁸).

Discutir e avaliar as medidas relevantes para a proteção das minorias pressupõe que o significado do conceito de “minorias” seja claro. Todavia, até à data, não existe uma definição legal consensualmente aceite de minoria⁶⁹, pelo que as previsões normativas existentes protegem, na realidade, um conceito indeterminado.

Face às múltiplas afirmações teórico-legislativas sobre a importância da igualdade de tratamento destes grupos, torna-se crucial refletir sobre a forma de garantir a sua efetiva aplicação prática designadamente em relação a certos grupos que, no nosso

⁶⁵ Artigo 21.º da CDFUE.

⁶⁶ Artigo 35.º da CDFUE.

⁶⁷ Juramento de Hipócrates.

⁶⁸ Artigo 4.º, n.º 5 do Regulamento n.º 707/2016.

⁶⁹ Henrard, 2007, p. 12. Tradução nossa. No original, em inglês: *Discussing and evaluating measures of relevance to minority protection presupposes that the meaning of the concept ‘minority’ is clear. However, until the present day there is no generally accepted legal definition of the term in question.*

entender, constituem minorias sociais. Perante a inexistência de uma definição legal do conceito, é importante referir a posição de FRANCESCO CAPOTORTI, segundo o qual uma minoria constitui:

*um grupo numericamente inferior ao restante da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas distintas das do restante da população e manifestam, ainda que de forma implícita, um sentido de solidariedade orientado para a preservação da sua cultura, tradições, religião ou língua*⁷⁰.

No entanto, esta tentativa de definir o conceito não é unanimemente reconhecida pelos Estados, o que se fica a dever à sua incompletude e à sua natureza excessivamente genérica. No âmbito da proibição da discriminação, a UE refere-se a grupos sociais específicos que devem essa especificidade a seis motivos: o género, a raça ou origem étnica, a religião ou crença, a deficiência, a idade e a orientação sexual⁷¹.

Vamos prosseguir a nossa pesquisa tendo presentes todos estes fatores, e não apenas as características étnicas, religiosas ou linguísticas, sob pena da injusta exclusão de grupos que, na nossa visão, também se enquadram no conceito de minoria social.

*São incontornáveis as evidências de que os membros destas comunidades entram nos espaços de cuidados de saúde com uma sensação de desconfiança e expectativa de que as suas preocupações não serão adequadamente atendidas ou consideradas sérias – ou, então, evitam os cuidados de saúde, por completo*⁷².

As expectativas destes utentes em relação aos seus cuidadores podem ser frustradas devido a preconceitos socialmente enraizados. Não obstante, o objetivo dos serviços médicos não se resume à melhoria do estado de saúde dos pacientes, passando igualmente

⁷⁰ Capotorti, 1979, p. 96. Tradução nossa. No original, em inglês: *A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members-being nationals of the State-possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.*

⁷¹ European Union Agency for Fundamental Rights, 2013, p. 3.

⁷² Jean-Pierre, 2022, p. 331. Tradução nossa. No original, em inglês: *Members of these communities enter the healthcare space with a sense of mistrust and an expectation that their concerns will not be adequately addressed or taken seriously – or they avoid health care outright.*

por dar resposta às expectativas das pessoas⁷³, o que torna as reticências que estas minorias enfrentam – e que são justificadas pelos motivos que adiante estudaremos – absolutamente inaceitáveis⁷⁴.

i. Os idosos⁷⁵

Pese embora apresente o segundo índice de envelhecimento mais elevado da Europa⁷⁶, Portugal não é um país isento de preconceitos idadistas, que se manifestam nos mais variados setores da sociedade. “O idadismo está amplamente disseminado nas instituições, leis e políticas em todo o mundo”⁷⁷, e a área da saúde não constitui uma exceção, antes mais um domínio em que o preconceito se pode manifestar através de condutas discriminatórias⁷⁸.

É importante destacar que a proibição da discriminação, prevista na CRP, “não significa uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento”⁷⁹. Porém, nos termos do n.º 2 do artigo 13.º da CRP, são

ilícitas as diferenciações de tratamento fundadas em outros motivos (ex: idade)⁸⁰, sempre que eles se apresentem como contrários à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado de direito democrático ou simplesmente arbitrários ou impertinentes⁸¹.

⁷³ Baumann, 2002, p. 409. Tradução nossa. No original, em francês: *L’objectif des soins médicaux n’est pas seulement d’améliorer l’état de santé des patients, mais également de répondre à leurs attentes.*

⁷⁴ É impossível separar as questões éticas das responsabilidades dos intervenientes e dos limites da promoção da saúde face a desigualdades sociais em saúde e à vulnerabilidade acrescida de centenas de milhões de crianças, jovens, mães e famílias, para quem o “completo bem-estar físico, mental e social” continua uma miragem (Baumann, 2002, p. 405). Tradução nossa. No original, em francês: *Il n’est pas possible de séparer les questions éthiques face aux inégalités sociales de santé et à la vulnérabilité accrue de centaines de millions d’enfants, de jeunes, de mères et de familles, pour qui le «complet bien-être physique, mental e social» reste (...) un mirage.*

⁷⁵ A definição de pessoa idosa não é unânime: “sempre variou em função das culturas e das sociedades” (Faria, 2019, p. 16). Porém, por se tratar de um país desenvolvido, a opinião maioritária é a de considerar que, em Portugal, é pessoa idosa quem tem 65 anos ou mais (critério utilizado no Plano de Ação de Envelhecimento Ativo e Saudável (2023-2026)).

⁷⁶ PORDATA, 2023.

⁷⁷ Organização Pan-Americana da Saúde, 2022, p. 7.

⁷⁸ “Quando tendências relacionadas com a idade permeiam as nossas instituições (...), pode-se verificar o surgimento e a perpetuação de disparidades entre grupos” (Organização Pan-Americana da Saúde, 2002, p. 11).

⁷⁹ Canotilho e Moreira, 2007, p. 340.

⁸⁰ “Não parece haver dúvidas de que, quando o tratamento desigual se deixa justificar pela idade da pessoa, estamos perante uma restrição inconstitucional de direitos” (Faria, 2019, p. 36).

⁸¹ Canotilho e Moreira, 2007, p. 340.

Existe assim a necessidade de “proclamar o igual valor e dignidade da pessoa humana em todas as fases da vida⁸², sobretudo quando esta apresenta vulnerabilidades”⁸³. Aliás, a partir do reconhecimento desta especial fragilidade e “posição particular de desvantagem”, é imperativa e necessária uma proteção própria acrescida “(só sendo possível garantir a igualdade através do reconhecimento dessa posição)”⁸⁴. Mediante esta exigência constitucional, convém analisar o caso particular dos serviços de saúde na sua relação com as pessoas mais velhas, com o objetivo de explicar a sua apreensão, resistência e, em determinados casos, medo de aceder a esses serviços⁸⁵.

É neste contexto, que, à luz da conceção de SIBILA MARQUES, invocamos o termo *idadismo*, como referência “às atitudes e práticas negativas generalizadas em relação aos indivíduos baseadas somente numa característica – a sua idade”⁸⁶. Aderimos, ainda, à explicação da autora quando afirma que as condutas *idadistas* podem manifestar-se de três formas: “o *idadismo* associado às crenças ou aos *estereótipos*”; ao “*preconceito* ou sentimentos que temos em relação a este grupo etário”; e à “componente mais comportamental e que está relacionada com os actos efectivos de *discriminação*”⁸⁷.

Quanto aos concretos comportamentos discriminatórios que podem consubstanciar o crime de maus-tratos, p. e p. no artigo 152.º-A do CP, PAULA RIBEIRO DE FARIA afirma que estes atos se podem manifestar “através do preconceito e das diferenças de tratamento, de linguagem e de cuidado em relação aos mais velhos”, mas, também, através da “violação de direitos por parte de entidades públicas ou privadas que não os reconhecem, ou os atribuem de forma assimétrica em desfavor das pessoas com mais idade”⁸⁸. É, justamente, relativamente a estes atos discriminatórios, que empregamos, à semelhança da OMS, o conceito de *elder maltreatment*:

⁸² “O abuso de uma pessoa de idade constitui inequivocamente uma conduta com dignidade penal em relação à qual existe uma indelével necessidade punitiva” (Faria, 2019, p. 102).

⁸³ “Esta fase da vida está associada a particulares exigências de acompanhamento e de cuidados prolongados no tempo, incluindo especiais cuidados de saúde” (CNECV, 2014, p. 3), já que “as pessoas idosas tendem a ter problemas de saúde mais complexos” (Marques, 2011, p. 82).

⁸⁴ Faria, 2019, p. 10.

⁸⁵ “(...) deixei de ir tantas vezes (...)” (Apêndice A); “(...) não escolhemos quem nos atende e temos medo da forma como vamos ser tratados” (Apêndice A).

⁸⁶ Marques, 2011, p. 18.

⁸⁷ Marques, 2011, pp. 18 e 19. A discriminação etária refere-se aos estereótipos (como pensamos), preconceitos (como sentimos) e discriminação (como agimos) em relação aos outros ou a si mesmo com base na idade (World Health Organization, 2021, pp. XV). Tradução nossa. No original, em inglês: *Ageism refers to the stereotypes (how we think), prejudice (how we feel) and discrimination (how we act) towards others or oneself based on age.*

⁸⁸ Faria, 2019, pp. 35 e 36.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), elder maltreatment é definido como “um ato isolado ou repetido ou a ausência de uma ação apropriada, que ocorre no âmbito de qualquer relação em que haja uma expectativa de confiança, e que cause prejuízo ou sofrimento a uma pessoa idosa”⁸⁹.

Tal como acontece com outras formas de violência, os maus-tratos a pessoas idosas podem assumir várias formas, podendo consistir em abusos físicos, psicológicos, emocionais e sexuais⁹⁰. Podem também traduzir-se em abusos económicos ou financeiros (embora, como vimos, o ordenamento jurídico-penal português ainda não preveja esta vertente do crime de maus-tratos). Acrescentamos, ainda, as privações da liberdade, igualmente incluídas no artigo 152.º-A do CP.

O abuso da pessoa mais velha revela-se através das mais variadas condutas, das quais destacamos, “a recusa de alimentação, a medicação como forma de controlar ou exercer poder sobre a vítima, para a pôr a dormir ou sem reações (...), a imposição de limitações físicas à vítima”⁹¹, as ofensas à integridade física⁹² e a violência sexual. É importante notar que, “em relação ao próprio abuso físico, é muito difícil distinguir o efeito de uma agressão e o efeito de certas doenças ou degeneração física da própria idade”⁹³.

Relativamente ao abuso psicológico e/ou emocional, destaca-se “a manutenção da pessoa em silêncio não lhe respondendo”⁹⁴, ou não lhe dirigindo a palavra, os gritos, as ameaças⁹⁵, os insultos⁹⁶, a ridicularização⁹⁷ e a troça”⁹⁸, a ausência ou diminuição de

⁸⁹ Frazão, Correia, Norton e Magalhães, 2015, p. 54. Tradução nossa. No original, em inglês: *According to the World Health Organization (WHO), elder maltreatment is defined as “a single or repeated act or lack of appropriate action, occurring within any relationship in which there is an expectation of trust, that causes harm or distress to older people”*.

⁹⁰ World Health Organization, 2021, p. 1. Tradução nossa. No original, em inglês: *Similar to other forms of violence, elder maltreatment can take various forms of abuse such as physical, mental, emotional and sexual*.

⁹¹ Faria, 2019, p. 150.

⁹² “Dão-me o braço e puxam-me para eu andar mais rápido. Peço para não o fazerem, porque não consigo mesmo, não consigo caminhar como elas, mas não costumam ligar e até me magoam” (Apêndice A).

⁹³ Faria, 2019, p. 138. “A morte de uma pessoa de idade é encarada como um fenómeno perfeitamente normal e as agressões físicas deixam-se confundir com os efeitos da idade” (Faria, 2019, p. 99).

⁹⁴ “Ninguém me atendia, nem ninguém me explicava a demora, e parecia que ainda ficava pior e mais confusa”; “Fartei-me de perguntar, mas não me respondiam, ou fingiam que não ouviam” (Apêndice A).

⁹⁵ “Chegaram a dizer-me que, se continuasse a insistir no mesmo assunto, ia para uma sala, sozinha” (Apêndice A).

⁹⁶ “Disse-me «isso foi impressão sua, não seja dramática»” (Apêndice A); “chegam a chamar-me de “tontinha” ou coisa parecida” (Apêndice A).

⁹⁷ “Às vezes, dizem-me, quando passam por mim na sala de espera, «já cá está outra vez?» e eu fico envergonhada” (Apêndice A).

⁹⁸ Faria, 2019, p. 150.

adequada compreensão, comunicação e respeito⁹⁹ e “o paternalismo¹⁰⁰ com que são tratadas as pessoas idosas nos serviços de saúde”¹⁰¹.

Os comportamentos abusivos fundamentados na idade da vítima são reflexo automático dos preconceitos¹⁰² e estereótipos negativos com que atua o cuidador ou o profissional de saúde. Na verdade, “assumir uma representação do idoso como alguém incapaz, incompetente e passivo que precisa que os outros assumam controlo da sua vida”¹⁰³ é o principal ponto de partida para a inferiorização e subestimação da vítima idosa¹⁰⁴.

É consabido que “a vida numa instituição coletiva representa um difícil equilíbrio entre o respeito pela autonomia e o auxílio na dependência”¹⁰⁵, no entanto, “não existindo uma razão concreta que leve a concluir em sentido contrário, a pessoa de idade deve ser considerada totalmente capaz”¹⁰⁶, sob pena da produção de sequelas psicológicas e mesmo físicas, na pessoa idosa¹⁰⁷: “se me tratam como um incapaz, é muito mais provável que me torne mesmo um incapaz”¹⁰⁸.

Reconhecemos, como diz ZSUZSANNA JAKAB, que

*a dimensão total do problema não é plenamente compreendida, mas as suas consequências são profundas para o bem-estar mental e físico de dezenas de milhões de pessoas idosas e, se não for devidamente enfrentado, pode resultar na sua morte prematura*¹⁰⁹.

⁹⁹ Marques, 2011, p. 82.

¹⁰⁰ “Normalmente, depois de estar à espera, dão-me um medicamento (que nem sei o nome), esperam que faça efeito, a tensão baixa e mandam-me embora. Não me explicam nada” (Apêndice A).

¹⁰¹ Marques, 2011, p. 86.

¹⁰² Nomeadamente, no que toca à comparação dos idosos com os jovens, cuja vida é, muitas vezes, considerada mais valiosa. “Eles acham que, quando somos velhos, já não vale a pena fazer exames. E eu percebo, dão prioridade aos jovens. Quando a gente tem mais idade e vive sozinha, eles não ligam assim tanto aos nossos problemas: acham que é carência e que só vamos lá para ter companhia” (Apêndice A)

¹⁰³ Marques, 2011, p. 87.

¹⁰⁴ A única razão que justifica a sua ocorrência prende-se com o facto de todos nós, profissionais de saúde, familiares e cuidadores, tendermos a assumir uma representação do idoso como alguém incapaz, incompetente e passivo que precisa que os outros assumam o controlo da sua vida (Marques, 2011, p. 87).

¹⁰⁵ CNECV, 2014, p. 9.

¹⁰⁶ Faria, 2019, p. 50.

¹⁰⁷ “Falam muito alto e devagar”; “dão-me o braço e puxam-me para eu andar mais rápido”; “sentam-me numa cadeira de rodas”; “faz-me sentir menos capaz, uma criancinha” (Apêndice A).

¹⁰⁸ Marques, 2011, p. 87.

¹⁰⁹ Jakab, 2011, p. VII. Tradução nossa. No original, em inglês: *The full scale of the problem is not properly understood, but it has far-reaching consequences for the mental and physical well-being of tens of millions of older people and, if left unchecked, may result in their premature death.*

Grande parte da vitimização de pessoas idosas permanece escondida¹¹⁰ atrás dos portões das instituições de cuidados¹¹¹. Isto é, ainda que esteja estatisticamente comprovado que, devido à sua especial vulnerabilidade, as pessoas idosas expressam um considerável receio de abusos¹¹², no caso de concretização do crime a prova torna-se “extremamente difícil”¹¹³, por inúmeras razões.

Em primeiro lugar, é de acentuar a inquietação das vítimas relativamente às consequências que podem decorrer de uma eventual denúncia¹¹⁴. “Na maioria dos casos, as pessoas de idade dependem do cuidador, e (...) esta dependência manietta e domina o agressor, que reage ao *stress* abusando do idoso”¹¹⁵. Para um utente que depende, com frequência, da prestação de cuidados de saúde, denunciar maus-tratos nesse âmbito pode ser interpretado como um sinal de que os mesmos serão futuramente negados por vingança, criando uma sensação de desamparo¹¹⁶ que pode colocar em causa a sobrevivência da vítima.

Não são raros os casos em que, além do medo das consequências de revelar o crime, existe “uma cortina de silêncio (...) tantas vezes envergonhado”¹¹⁷, por parte de quem assiste, com o avançar da idade, ao desvanecimento da sua autonomia e independência, e deixa de se reconhecer, na fragilidade que o aflige, perante as condutas do agressor.

*As cifras negras relativamente aos crimes cometidos contra idosos são mais elevadas, o que é reflexo das características particulares das pessoas atingidas por eles, cujas limitações interferem com a sua capacidade de reconhecer o crime e o denunciar, tornando difícil de identificar os sinais de abuso*¹¹⁸.

¹¹⁰ APAV, 2020a.

¹¹¹ Herzberger, 1993 *apud* Brodgen e Nijhar, 2000, p. 49. Tradução nossa. No original, em inglês: *Much elder victimisation is hidden (...) behind (...) the institutional gates of the care home.*

¹¹² Brodgen e Nijhar, 2000, pp. 62 e 63.

¹¹³ Faria, 2019, p. 210.

¹¹⁴ Foram propostas diversas explicações para a omissão de denúncias, incluindo o sentimento de vergonha e o receio de represálias por parte das pessoas idosas após comunicarem a ocorrência do abuso às autoridades competentes (Frazão, Correia, Norton e Magalhães, 2015, p. 57). Tradução nossa. No original, em inglês: *Possible explanations for underreport have been proposed, such as elderly feeling of shame and fear of retaliation after disclosing the abuse to the authorities.*

¹¹⁵ Faria, 2019, p. 224.

¹¹⁶ “Sinto-me chateada e, até, culpada, por não ter falado nessas situações. Mas de que adiantava? Quando precisar, é a eles que tenho que recorrer, quer queira quer não. Não vale a pena criar guerras” (Apêndice A).

¹¹⁷ Faria, 2019, p. 98.

¹¹⁸ Faria, 2019, p. 209.

Torna-se, assim, imperativo reconhecer que o isolamento¹¹⁹ que caracteriza a vida de grande parte das pessoas mais velhas, bem como as limitações físicas e psicológicas que possuem, dificultam seriamente a denúncia dos abusos de que são vítimas¹²⁰, pelo desconhecimento dos seus direitos, da gravidade dos factos praticados, ou mesmo pela impossibilidade física de se deslocar e de os revelar.

Por último, a culpabilização¹²¹ sentida por estas vítimas que entendem “que constituem um fardo para os que o rodeiam”¹²² é, no nosso entendimento, um fator decisivo para a falta de perceção, por parte da pessoa idosa, do dolo¹²³ que integra o crime de maus-tratos. As vítimas mais velhas tendem a não compreender a gravidade dos factos, por atribuírem esses comportamentos ao *stress*, cansaço¹²⁴ e excesso de trabalho¹²⁵ do cuidador.

ii. As mulheres

O combate à desigualdade de género tem vindo progressivamente a ocupar um lugar prioritário nas preocupações sociais e legislativas, no país e internacionalmente. É inegável que a discriminação de género constitui uma forma de discriminação violadora de princípios constitucionais e internacionais. Porém, tem vindo a revelar-se difícil a sua erradicação¹²⁶.

Torna-se fundamental, em primeiro lugar, atentar nos diplomas transnacionais que estabelecem a proibição da desigualdade de género. É basilar a premissa de que “deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios”¹²⁷,

¹¹⁹ O isolamento social de algumas pessoas idosas pode aumentar (...) a dificuldade de identificar a conduta de maus-tratos (Brodgen e Nijhar, 2000, p. 49). Tradução nossa. No original, em inglês: *The social isolation of some elderly persons may increase (...) the difficulty of identifying that maltreatment*.

¹²⁰ “As pessoas mais velhas e acamadas sofrem limitações de ordem física que são incompatíveis com a denúncia. Outras não chegam sequer a ter o conhecimento e a consciência de que são vítimas” (Faria, 2019, p. 99).

¹²¹ As vítimas podem culpar-se pelo comportamento abusivo do agressor (Pritchard, 1993 *apud* Frazão, Correia, Norton e Magalhães, 2015, p. 49). Tradução nossa. No original, em inglês: *Victims may blame themselves for the abuser's behaviour*.

¹²² Faria, 2019, p. 99.

¹²³ “Não acho que seja por querer, é só para lhes facilitar a vida” (Apêndice A)

¹²⁴ “Não podemos condenar: os médicos estão cansados de ouvir tanta lamechice e tantas perguntas. É normal que despachem, sejam brutos ou digam coisas que não devem: têm muito trabalho” (Apêndice A).

¹²⁵ “Se lhes falta paciência, sei que é porque estão atarefados, ou porque eu estou a fazer muitas perguntas. Então, calo-me, porque eles lá sabem o que estão a fazer e não estou ali para os chatear” (Apêndice A).

¹²⁶ A Agenda para o Desenvolvimento Sustentável, adotada pelos Estados Membros da ONU em 2015, estabeleceu 2030 como prazo para alcançar a igualdade de género (...). Atualmente, com menos de 10 anos restantes para a atingir, o mundo não está no caminho certo (UN Women, 2022). Tradução nossa. No original, em inglês: *The Sustainable Development Agenda, adopted by UN Member States in 2015, set a 2030 deadline for the achievement of gender equality (...). Now, with under 10 years left to meet it, the world is not on track*.

¹²⁷ Artigo 23.º da CDFUE.

particularmente, nos cuidados de saúde. Neste âmbito, trazemos à colação duas Convenções essenciais: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres¹²⁸; e a Convenção de Istambul¹²⁹. Já no plano interno, é objetivo constitucional do Estado “promover a igualdade entre homens e mulheres”¹³⁰, o que “não impede que o sentido normativo do preceito seja também o de *proibição de discriminação* em virtude do sexo”¹³¹.

Importa, assim, analisar a aplicação prática destas proibições legislativas no que toca especialmente aos serviços de saúde que, ao revelarem diretamente os estereótipos dos profissionais que os integram, têm vindo a ser objeto de atenção por parte de vários Estados¹³².

*O género desempenha um papel específico na incidência e prevalência de determinados tipos de patologias (...), bem como no seu tratamento e no impacto que produzem em termos de bem-estar e recuperação, devido à inter-relação entre fatores biológicos, comportamentos psicológicos e culturais (...), condições socioeconómicas e características dos sistemas de saúde*¹³³.

Este estudo incide sobre a relevância dos fatores psicológicos e culturais enquanto entrave ao tratamento e acesso igualitário aos cuidados de saúde¹³⁴. Estas motivações constituem, sob o nosso ponto de vista, um fator de intensificação da especial vulnerabilidade da mulher vítima do crime de maus-tratos.

Em determinadas circunstâncias, mulheres e homens são tratados de maneira diferente, não devido ao reconhecimento das suas necessidades específicas, mas em resultado de atitudes preconceituosas e estereotipadas por parte dos profissionais de

¹²⁸ “Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio dos cuidados de saúde, com vista a assegurar-lhes, com base na igualdade dos homens e das mulheres, o acesso aos serviços médicos” (artigo 12.º, n.º1 da CEDAW).

¹²⁹ Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica.

¹³⁰ Artigo 9.º, alínea h) da CRP.

¹³¹ Canotilho e Moreira, 2007, p. 282.

¹³² Em alguns países europeus (...) há uma crescente consciencialização acerca da necessidade de reconhecer as diferenças de género no acesso aos cuidados de saúde (European Commission, 2009, p. 6). Tradução nossa. No original, em inglês: *In some European countries (...) there is increasing awareness regarding the need to acknowledge gender differences in access to healthcare.*

¹³³ European Commission, 2009, p. 41. Tradução nossa. No original, em inglês: *Gender plays a specific role in the incidence and prevalence of certain types of pathologies (...) but also in their treatment and their impact in terms of well-being and recovery, due to the interrelation of biological aspects, psychological and cultural behaviour (...), socioeconomic conditions and the features of the healthcare systems.*

¹³⁴ As mulheres continuam a experienciar disparidades significantes no seu tratamento e acesso a cuidados (Jean-Pierre, 2022, p. 358). Tradução nossa. No original, em inglês: *women continue to experience significant disparities in their treatment and access to care.*

saúde¹³⁵. Esta realidade demonstra que a mentalidade sexista e discriminatória dos prestadores de serviços pode gerar maus-tratos da sua parte, sendo necessário analisar as suas manifestações concretas.

*Não é fácil medir com precisão a magnitude do problema do preconceito associado ao sexo e ao género na medicina, uma vez que é complexo determinar de que forma os pacientes são tratados de maneira distinta (...)
No entanto, existem várias pistas¹³⁶.*

Em primeiro lugar, está comprovada a menor atenção prestada às pessoas do sexo feminino no que diz respeito à realização de estudos e ensaios clínicos¹³⁷. Isto explica-se pelo facto das mulheres serem consideradas insuficientemente interessantes para o esforço que envolve o seu estudo¹³⁸ e tem por consequência a falta de conhecimentos adequados sobre a forma como as mulheres respondem a determinadas doenças ou reagem a certos tratamentos e que é, à partida, diferente da dos homens¹³⁹. Deste modo, a ignorância, fundada no desinteresse associado à inferiorização das mulheres, impede a apresentação e a concretização de soluções eficazes e apropriadas ao seu tratamento, não apenas a nível clínico, como humano.

Esta questão estrutural desencadeia várias consequências visíveis, para além da evidente possibilidade de erros de diagnóstico e de tratamento¹⁴⁰.

Atentamos, de modo especial, à frustração ou vergonha sentida pelo profissional incompetente, que perante o fracasso pode maltratar a mulher. Se, mediante a prescrição de um fármaco, ou face a determinada decisão clínica, o organismo da mulher reage de forma inesperada ou desconhecida pelo profissional, não tendo este, por

¹³⁵ European Commission, 2009, p. 126. Tradução nossa. No original, em inglês: *sometimes women and men are treated differently, not because their specific needs are recognized, but because of prejudiced and stereotyped attitudes by health practitioners.*

¹³⁶ Pawlowski, 2019. Tradução nossa. No original, em inglês: *It's hard to specifically measure how big of a problem the sex and gender bias in medicine is because it's difficult to pin down how patients are being treated differently (...) But there are many clues.*

¹³⁷ Na investigação clínica, onde a participação de mulheres em ensaios para medicamentos tem sido, sempre, inferior a 30% (Hernández, 2025). Tradução nossa. No original, em espanhol: *En la investigación clínica, donde la participación de mujeres en ensayos para medicamentos ha estado siempre por debajo del 30%.*

¹³⁸ Jackson, 2019. Tradução nossa. No original, em inglês: *we are left with the impression that women are not interesting enough for scientific endeavour.*

¹³⁹ Jean-Pierre, 2022, p. 355. Tradução nossa. No original, em inglês: *how women respond to a disease or react to treatment will likely be different than men.*

¹⁴⁰ O facto de muitas mulheres terem relatos de profissionais de saúde a desconsiderarem, a fazerem diagnósticos errados ou a ignorarem, sem conhecimento, a sua dor não é, infelizmente, uma novidade (Fetters, 2018). Tradução nossa. No original, em inglês: *That many women have stories of medical practitioners dismissing, misdiagnosing, or cluelessly shrugging at their pain is, unfortunately, nothing new.*

desconhecimento, resposta adequada oportuna, é possível (e comum) que o médico recorra à presunção estereotipada de que a mulher é excessivamente emotiva, descredibilizando-a¹⁴¹. Este é um problema cíclico já que, com base nesta premissa, o esforço para encontrar uma concreta causa para a situação é, automaticamente, reduzido¹⁴². A ridicularização dos sintomas ou reações da mulher¹⁴³, simplesmente por ser mulher, é uma clara demonstração de discriminação que preenche o tipo legal de crime de maus-tratos, na sua vertente psicológica.

Por outro lado, no que diz respeito aos maus-tratos físicos e sexuais, é inegável que as mulheres, pela fragilidade que lhes é imputada pela sociedade tradicional, são frequentemente vítimas de violência¹⁴⁴. A sua inferiorização social, associada à sujeição ao cuidador na prestação de serviços, especialmente quando este é do sexo masculino, convertem-na numa vítima acrescidamente vulnerável do crime de maus-tratos.

*O sexismo estrutural pode prejudicar a saúde das mulheres, nomeadamente através da limitação do acesso a recursos materiais, bens e serviços; da exposição à violência, assédio ou condições (...) inseguras; da perceção de discriminação (...) bem como da inadequada qualidade ou acessibilidade dos cuidados de saúde*¹⁴⁵.

A verdade é que tais condutas são, ao contrário do que acontece no caso das pessoas idosas, normalmente evidentes e, conseqüentemente, mais facilmente detetadas e reportadas. Geralmente, as mulheres têm uma maior consciência do seu estado de saúde

¹⁴¹ Porque é que os médicos não acreditam em nós? A resposta revela-se bastante simples. Eles, na verdade, sabem muito pouco sobre nós (Jackson, 2019). Tradução nossa. No original, em inglês: *Why don't doctors trust us? The answer turns out to be quite simple. They don't really know much about us.*

¹⁴² Um motivo para esta falha é a presunção de que as mulheres são excessivamente emotivas (Jean-Pierre, 2022, p. 357). Tradução nossa. No original, em inglês: *One reason for this failure is the presumption that women are "overly emotional".*

¹⁴³ Não se trata de malícia, mas sim de um preconceito implícito e generalizado relacionado com o sexo e o género na medicina, que conduz à incorreta avaliação das pacientes do sexo feminino, resultando em diagnósticos errados, negligência, desvalorização das suas queixas, acusações de hipersensibilidade, classificações indevidas como depressivas ou na atribuição dos seus sintomas a causas meramente psicológicas (Pawlowski, 2019). Tradução nossa. No original, em inglês: *It's not malice but a pervasive, implicit sex and gender bias in medicine that's leading female patients to be misdiagnosed, neglected, dismissed as complainers, accused of being overanxious, mislabeled as depressed or told their symptoms are all in their head.*

¹⁴⁴ “As **mulheres** são as vítimas mais frequentes de violência de género, pois vivem condicionadas pela sua pertença de género e pelos constrangimentos impostos pela sociedade, causa e consequência de uma ditadura de género que determina formas diferenciadas de ser e de estar a mulheres e a homens” (APAV, 2020b).

¹⁴⁵ Homan, 2019, p. 507. Tradução nossa. No original, em inglês: *structural sexism may harm women's health, including reduced access to material resources, goods, and services; exposure to violence, harassment, or unsafe (...) conditions; perceived discrimination (...) and inadequate healthcare quality or access.*

e recorrem com mais frequência aos serviços médicos do que os homens¹⁴⁶, nomeadamente por prevenção¹⁴⁷. Como consequência, forma-se a perceção de que não avaliam adequadamente o estado do seu próprio corpo ou os estados de doença¹⁴⁸, sendo a sua preocupação e sensibilidade confundidas com exagero e fraqueza, o que gera episódios de humilhação.

O aumento de denúncias pelo crime de maus-tratos contra mulheres está diretamente associado ao crescente empoderamento das mesmas, o que decorre da crescente consciencialização dos seus direitos. Deste modo, há um gradual abandono do pressuposto de que os tratamentos desiguais de género (e suas manifestações, sobretudo, em forma de violência) não são injustos ou discriminatórios¹⁴⁹, reforçando-se o combate aos preconceitos implícitos que os profissionais de saúde transportam para o seu trabalho e para as interações com as pacientes¹⁵⁰.

¹⁴⁶ European Commission, 2009, p. 125. Tradução nossa. No original, em inglês: *Generally, women are more aware of their health status and make greater use of healthcare services than men.*

¹⁴⁷ European Commission, 2009, p. 9.

¹⁴⁸ Jean-Pierre, 2022, p. 357. Tradução nossa. No original, em inglês: *the perception of women is that they are not accurate judges of their own bodies or when something is wrong.*

¹⁴⁹ Homan, 2019, p. 487.

¹⁵⁰ Jean-Pierre, 2022, p. 357. Tradução nossa. No original, em inglês: *healthcare providers carry implicit biases into their work and into interactions with their patients.*

Conclusões

A presente investigação teve como objetivo a análise do crime de maus-tratos, previsto e punido pelo artigo 152.º-A do Código Penal, à luz do contexto específico dos cuidados de saúde, refletindo sobre a vulnerabilidade da vítima e as desigualdades estruturais que podem intensificar a sua exposição à vitimização. Da análise dogmática do tipo legal de crime, procurou-se demonstrar que a sua compreensão não se esgota na tutela da integridade física ou psíquica, exigindo, ao invés, o reconhecimento de um bem jurídico complexo, que integra a saúde em sentido amplo, a liberdade, a autodeterminação e, sobretudo, a confiança emergente da relação entre agente e vítima.

O elemento relacional revelou-se, ao longo do estudo, como o verdadeiro traço distintivo do crime de maus-tratos. No domínio dos cuidados de saúde, essa relação assume contornos relevantes: o utente entrega-se ao profissional num contexto de assimetria técnico-informacional, depositando uma confiança que não é meramente contratual, mas existencial. É essa confiança – fundada em deveres éticos, deontológicos e constitucionais – que, quando comprometida, agrava a ilicitude. Assim, a especial danosidade da conduta não reside apenas na ofensa física ou psíquica, mas na violação de um vínculo de proteção e cuidado.

Todavia, a análise do enquadramento processual da vítima especialmente vulnerável revelou insuficiências significativas. A aplicação do artigo 67.º-A do Código de Processo Penal não assegura, de forma uniforme, a qualificação das vítimas de maus-tratos como especialmente vulneráveis, deixando essa proteção dependente de interpretações casuísticas ou da qualificação do ilícito criminal como criminalidade violenta. Ademais, destaca-se a incoerência legislativa patente no Regime de Concessão de Indemnização às Vítimas de Crimes Violentos e de Violência Doméstica (Lei n.º 104/2009, de 14 de setembro), que abrange expressamente as vítimas de violência doméstica, mas não assegura idêntica proteção às vítimas do crime tipificado no artigo 152.º-A do Código Penal.

Por outro lado, evidenciaram-se lacunas no próprio tipo legal de crime. A exclusão de crimes patrimoniais associados a contextos de dependência, bem como a exigência cumulativa de requisitos normativos, suscitam dúvidas quanto à suficiência da tutela penal existente. A presente reflexão permitiu compreender que a vulnerabilidade nos cuidados de saúde não decore apenas da idade ou doença, sendo amplificada por fatores estruturais como o idadismo e o sexismo.

Em suma, o estudo desenvolvido demonstra que o crime de maus-tratos no âmbito dos cuidados de saúde exige uma interpretação que vá além da literalidade da norma, reconhecendo a centralidade da confiança e da vulnerabilidade relacional. Impõe-se uma reflexão legislativa que assegure maior coerência sistemática e igualdade de proteção das vítimas, bem como um reforço da formação ética e da consciencialização dos profissionais de saúde para os riscos da discriminação implícita. Só assim será possível garantir que o espaço de cuidado não se transforme num espaço de violência, e que a dignidade da pessoa humana, fundamento último da tutela penal, permaneça efetivamente salvaguardada em todas as fases da vida do utente e em todos os contextos de dependência.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2024) – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 6.^a Edição, Universidade Católica Editora.
- APAV (2020a) – Folha informativa da APAV "Maus-tratos de pessoas idosas em instituições de apoio e acolhimento". Disponível em https://apav.pt/wp-content/uploads/2024/02/FI_MTPINIDAEA_2020.pdf.
- APAV (2020b) – Folha informativa da APAV "Violência de género". Disponível em https://apav.pt/wp-content/uploads/2024/02/FI_VDG_2020.pdf.
- APAV (2024) – “Crimes patrimoniais 2020-2023”. Relatórios Temáticos. Disponível em <https://view.genially.com/666afcb81b70070015cdb65c>.
- BELEZA, Teresa Pizarro (2021) – "Justiça, Leis e Relações de Género", *Seara Nova*, 1754. Disponível em <https://searanova.publ.pt/2021/04/09/justica-leis-e-relacoes-de-genero/>.
- BRANDÃO, Nuno (2010) – “A tutela penal reforçada da violência doméstica”, *Revista Julgar*, 12: 9-24. Disponível em <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/009-024-Tutela-especial-VD.pdf>.
- BROGDEN, Mike; NIJAR, Preeti (2000) – *Crime, abuse and elderly*, 1st edition, Willan Publishing.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007) – *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 4.^a Edição, ed. rev., Coimbra Editora.
- CAPOTORTI, Francesco (1979) – “Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities”, United Nations, Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/10387?v=pdf>.
- CNECV (2014) – Parecer sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, em especial das que residem em instituições. 80/CNECV/2014. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Disponível em <https://www.cnecv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/parecer-n-o-80-cnecv-2014-sobre-as-vulnerabilidades-das-pessoas>.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (2019) – *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*, 3.^a Edição, Gestlegal.
- EUROPEAN COMMISSION (2009) – “Access to healthcare and long-term care – Equal for women and men?”. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Publications Office of the European Union. Disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/10c340fd-249c-455b-875b-ca8243f58767/language-en>.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA) (2013) – Annual Report “Fundamental rights: challenges and achievements in 2013”. Disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-annual-report-2013-2_en.pdf.

- FARIA, Paula Ribeiro de (2017) – *Formas Especiais do Crime*, 1.^a Edição, Universidade Católica Editora.
- FARIA, Paula Ribeiro de (2019) – *Os Crimes Praticados Contra Idosos*, 3.^a Edição, Universidade Católica Editora.
- FARIA, Paula Ribeiro de (2023) – “As vítimas invisíveis do nosso sistema penal”. Blog Estado com Arte. 6 de junho. Disponível em <https://estadocomarte.blogs.sapo.pt/as-vitimas-invisiveis-do-nosso-sistema-16915>.
- FERNANDES, Plácido Conde (2008) – “Violência Doméstica: novo quadro penal e processual penal, *Revista do CEJ*, 8 Especial (1.º semestre): 293-340.
- FERREIRA, Maria Elisabete (2016) – “Medidas de proteção das vítimas vulneráveis no âmbito da violência doméstica”, *Combate à violência de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Universidade Católica Editora: 219-237.
- FETTERS, Ashley (2018) – “The Doctor Doesn’t Listen to Her. But the Media Is Starting To.”. 10 de agosto. Disponível em <https://www.theatlantic.com/family/archive/2018/08/womens-health-care-gaslighting/567149/>.
- FRAZÃO, S. L.; CORREIA, A. M.; NORTON, P.; MAGALHÃES, T. (2015) – “Physical abuse against elderly persons in institutional settings”, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 36: 54-60. <https://doi.org/10.1016/j.jflm.2015.09.002>.
- GARCIA, M. Miguez; RIO, J. M. Castela (2014) – *Código Penal: Parte geral e especial com notas e comentários*, 1.^a Edição, Almedina.
- GASPAR, António Henriques, et al. (2021) – *Código de Processo Penal Comentado*, 3.^a Edição, Almedina.
- HENRARD, Kristin (2007) – *Equal Rights versus Special Rights? Minority Protection and the Prohibition of Discrimination*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities. Disponível em https://repub.eur.nl/pub/108835/Equal-rights-versus-special-rights-Minority-protection-and-the-prohibition-of-discrimination_en.pdf.
- HERNÁNDEZ, Yanire (2025) – “La baja representación de la mujer en los diagnósticos médicos: «Sufrimos un retraso con respecto a los hombres en al menos 700 enfermedades»”. Cadenaser. 9 de fevereiro. Disponível em <https://cadenaser.com/cmadrid/2025/02/06/la-baja-presencia-de-la-mujer-en-la-investigacion-medica-sufrimos-un-retraso-en-el-diagnostico-con-respecto-a-los-hombres-en-al-menos-700-enfermedades-radio-madrid/>.
- HOMAN, Patricia (2019) – “Structural Sexism and Health in the United States: A New Perspective on Health Inequality and the Gender System”, *American Sociological Review*, 84(3): 486–516. <https://doi.org/10.1177/0003122419848723>.
- JACKSON, Gabrielle (2019) – “The female problem: how male bias in medical trials ruined women's health”. The Guardian. 13 de novembro. Disponível em

- <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2019/nov/13/the-female-problem-male-bias-in-medical-trials>.
- JAKAB, Zsuzsanna (2011) – “European report on preventing elder maltreatment”, WHO European Region Report. Edited by Dinesh Sethi, Sara Wood, Francesco Mitis, Mark Bellis, Bridget Penhale, Isabel Iborra Marmolejo, Ariela Lowenstein, Gillian Manthorpe & Freja Ulvestad Kärki. ISBN 978-928-9002-37-0. Disponível em https://ajuntament.barcelona.cat/personesgrans/sites/default/files/2024-08/oms-2011_0.pdf.
- JEAN-PIERRE, Phoebe (2022) – “Medical error and vulnerable communities”, *Boston University Law Review*, 102 (1): 327-392. Disponível em <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2022/03/JEAN-PIERRE.pdf>.
- LOBO, Fernando Gama (2020) – *Código de Processo Penal Anotado*, 3.^a Edição, Almedina.
- MARQUES, Sibila (2011) – *Discriminação da terceira idade*, ISBN 978-989-8424-22-8, Coleção de Ensaio da Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa: Relógio D’Água Editores.
- MARTINS, Carlos (2022) – “O Senhor Doutor é que sabe!”. Artigo de opinião. Jornal Público. Disponível a 23 de Janeiro, em <https://www.publico.pt/2022/01/23/opiniaio/opiniaio/senhordoutor-sabe-1992667>.
- MORAIS, Teresa (2019) – *Violência Doméstica: O Reconhecimento Jurídico da Vítima*, 1.^a Edição, Almedina.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (2022) – Relatório Mundial sobre o Idadismo. Washington, D.C. Disponível em <https://doi.org/10.37774/9789275724453>.
- PALMA, Maria Fernanda (1983) – *Direito Penal: Parte Especial – Crimes contra as pessoas*, Ed. policopiada pela Faculdade de Direito de Lisboa.
- PAWLOWSKI, A. (2019) – “The invisible woman? The challenge at the doctor's office every woman needs to know about”. Today. Disponível a 13 de maio, em <https://www.today.com/health/gender-bias-doctor-how-women-s-heart-disease-chronic-pain-t147692>.
- PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre (2014) – *Código Penal anotado e comentado*, 2.^a Edição, Quid Juris.
- SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel (2023) – *Código Penal Anotado: Parte Especial*, 5.^a Edição, Rei dos Livros.
- SILVA, Fernando (2017) – *Direito Penal Especial: Os Crimes Contra as Pessoas*, 4.^a Edição, Quid Juris.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2021) – Global report on ageism. Geneva. ISBN 978-92-4-001686-6. Disponível em <https://iris.who.int/server/api/core/bitstreams/71ad96a0-d29a-4457-9d54-52029c24c76c/content>.

Referências Jurisprudenciais

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02-07-2008 (Processo n.º 07P3861)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19-12-2018 (Processo n.º 129/16.3GILRS.L1.S1)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-12-2019 (Processo n.º 1084/19.3PWLSB-A.S1)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08-01-2020 (Processo n.º 1054/19.1PLLSB-B.S1)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23-02-2022 (Processo n.º 1549/19.7T9SNT.L1-3)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-05-2022 (Processo n.º 924/19.1PBLRA.C1)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-10-2022 (Processo n.º 1010/21.0PBOER-B.S1)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18-10-2023 (Processo n.º 820/21.9T9AVR.P1)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11-09-2024 (Processo n.º 4493/20.1T9MTS.P1)

Apêndice A – Transcrição da Entrevista¹⁵¹ com a Participante 1¹⁵²

Participante 1, 85 anos

J: Gostava de conversar, um bocadinho, consigo, a propósito da minha Dissertação de Mestrado, sobre o crime de maus-tratos, nos cuidados de saúde. Para estudar este tema, estou a recolher alguns testemunhos que retratem experiências vividas, neste contexto. Para que se sinta mais tranquila na partilha das suas histórias (pela qual, desde já, estou imensamente grata), vou manter a sua identidade em anónimo. Para além disso, queria pedir-lhe que, se, em algum momento, se sentir desconfortável com as questões que estou a colocar, por favor, me diga. Procurarei que seja uma entrevista breve e pouco intrusiva, mas, acima de tudo, confortável para si e respeitadora das suas vivências e sentimentos perante as mesmas.

J: Em primeiro lugar, gostava muito que me contasse, um pouco, da sua história, e que me falasse sobre si: *que idade tem, de onde é e onde vive*, atualmente.

M: Eu nasci em 1939 [85 anos]. Sou do Minhocal, que é uma aldeia perto de Celorico da Beira, mas já estou a morar em Viseu há muito tempo. Sempre vivi sozinha. Também morei em Paris, quando era mais nova, porque fui para lá trabalhar, durante 27 anos.

J: Como *descreveria a sua vida*, principalmente, durante os anos em que trabalhou? Uma vida independente, atarefada e autónoma ou, por outro lado, mais recatada e condicionada, por algum motivo ou fragilidade?

M: Eu morei em Paris quase 30 anos, sempre a trabalhar. Cuidava da casa e dos filhos de algumas famílias. Trabalhava muito, mas também me tratavam, sempre, muito bem. Gostava muito de trabalhar. Sempre fui muito rija. Andava sempre de um lado para o outro, de metro, e não parava um segundo. Era uma mulher muito despachada e todas as famílias para as quais trabalhei confiavam muito em mim e no meu trabalho.

J: A nível de saúde, durante esses anos de tantas vivências, houve alguma complicação de que se recorde? Com que *frequência recorria aos cuidados de saúde* e como era tratada?

¹⁵¹ Entrevista realizada a 31 de janeiro de 2025, transcrita a partir de gravação.

¹⁵² De modo a salvaguardar a privacidade da entrevistada, permitindo a espontaneidade e a livre expressão da mesma, optamos por preservar a confidencialidade da sua identidade. Ademais, para assegurar a máxima compreensão e facilitar a efetiva comunicação e completa partilha de informações, adotamos a utilização de uma linguagem simples, acessível e adaptada às características da entrevistada, de modo a promover um diálogo fluido, respeitoso e adequado ao seu contexto e experiência de vida.

M: Quando somos novos, não precisamos de ir ao médico por tudo e por nada. Se tinha uma constipação, curava-me sozinha. Lembro-me que fui ao hospital, uma vez, ainda em França, porque parti um braço. Devia ter os meus 45 anos. Fui muito bem tratada e foi tudo muito rápido. Passado uns anos, voltei a magoar o mesmo braço, e aí já fiquei lá internada durante 8 dias. Posso dizer-lhe que fui, sempre, tratada como uma princesa.

J: Agora, que já é “jovem há mais tempo”, queria perguntar-lhe como se sente a nível de autonomia, independência e saúde, no seu dia-a-dia, perante a sociedade? *É tratada de forma diferente, pela idade que tem*, ou continua a ser tratada “como uma princesa”?

M: Agora, que sou velha e estou em Portugal, sinto que as pessoas são mais esquisitas. Vão falando quando me veem, mas parece que têm mais peneiras comigo. Nunca tive muitas posses, mas, quando era nova, ninguém se importava com isso. Agora, como já tenho as minhas limitações, aproveitam e chutam-me mais para canto. Mas eu cá me desenrasco.

J: Com que *frequência recorre, atualmente, aos serviços de saúde*? E, se se sentir confortável em relatar, quais são os principais motivos?

M: Eu tenho muitos problemas de tensão. Tenho picos de tensão muito alta e, quando começou a acontecer, há cinco ou seis anos, ficava muito assustada e passava a vida a ir às urgências. Depois, cansei-me, porque ficava muitas horas à espera. Perdia muito tempo, ficava irritada com isso, porque ninguém me atendia, nem ninguém me explicava a demora, e parecia que ainda ficava pior e mais confusa do que já se fica quando se tem a tensão tão alta. Nessa altura, deixei de ir tantas vezes, mas apanhava alguns sustos, quando estava em casa, porque sempre morei sozinha. Por isso, tive que continuar a ir às urgências, que remédio.

J: Se recorre ao serviço de urgência hospitalar com alguma frequência, devido a crises de hipertensão, foram vários os profissionais de saúde com os quais já contactou. Como descreveria, na generalidade, *a compreensão, o respeito e a atenção* com que é recebida?

M: Depende de quem me atende. Normalmente, depois de estar à espera, dão-me um medicamento (que nem sei o nome), esperam que faça efeito, a tensão baixa e mandam-me embora. Não me explicam nada. Acontece-me tantas vezes, que já estão habituados, coitados.

J: Sente que, por vezes, tem a necessidade de ser vista por um profissional de saúde, e *evita recorrer ao hospital*, com receio de alguma falta de consideração ou atenção?

M: Sim. Passei por médicos muito antipáticos e foi difícil arranjar uma que me tomasse atenção e que explicasse tudo o que me estava a fazer. Agora tenho uma muito querida. Tem paciência para as perguntas que lhe faço, que são muitas, porque gosto de saber o que se está a passar comigo. Nas urgências, já é diferente: não escolhemos quem nos atende e temos medo da forma como vamos ser tratados. Mas não podemos condenar: os médicos estão cansados de ouvir tanta lamechice e tantas perguntas. É normal que despachem, sejam brutos ou digam coisas que não devem: têm muito trabalho. Às vezes, dizem-me, quando passam por mim na sala de espera, “já cá está outra vez?” e eu fico envergonhada. Mas, se lhes falta paciência, sei que é porque estão atarefados, ou porque eu estou a fazer muitas perguntas. Então, calo-me, porque eles lá sabem o que estão a fazer e não estou ali para os chatear.

J: Há algum *episódio específico* que queira partilhar? E, principalmente, a forma como a fez sentir, e as consequências que dele advieram?

M: Já aqui, em Portugal, voltei a magoar-me, pela terceira vez, no mesmo braço. Há dois ou três anos. Voltei às urgências, e o médico mandou-me fazer um Raio X. O problema foi que, naquele dia, as máquinas não estavam a funcionar, então, mandaram-me embora. Não me disseram mais nada, nem nunca mais voltei para ver o que se passa. Eles acham que, quando somos velhos, já não vale a pena fazer exames. E eu percebo, dão prioridade aos jovens. Quando a gente tem mais idade e vive sozinha, eles não ligam assim tanto aos nossos problemas: acham que é carência e que só vamos lá para ter companhia.

No ano passado, também fui operada às cataratas. Só levei anestesia local, por isso, estava a aperceber-me de tudo. Ouvi a enfermeira a dizer ao doutor “desculpe, não volta a acontecer”. Fiquei preocupada, porque percebi que algo não tinha corrido bem. Fartei-me de perguntar, mas não me respondiam, ou fingiam que não ouviam. Quando, finalmente, alguém me respondeu, disse-me “isso foi impressão sua, não seja dramática”. Chegaram a dizer-me que, se continuasse a insistir no mesmo assunto, ia para uma sala, sozinha. Mas eu sei bem o que ouvi: quiseram fingir que estava tudo bem, porque acharam que eu não percebia.

J: Especificamente, no que toca a esses dois episódios que relatou, gostava de perceber o *impacto* que tiveram em si e se, posteriormente, pensou em denunciá-los.

M: Sinceramente, fiquei revoltada. Sinto-me chateada e, até, culpada, por não ter falado nessas situações. Mas de que adiantava? Quando precisar, é a eles que tenho que recorrer, quer queira quer não. Não vale a pena criar guerras.

J: Para terminar, queria perguntar-lhe se já se sentiu olhada como *frágil, incapaz ou inferior*, tal como relatou, há pouco, nos hospitais.

M: Às vezes, querem ser amáveis e tratam-me como se fosse uma menina, como se não percebesse as coisas. Quando isso acontece, chegam a chamar-me de “tontinha” ou coisa parecida. Também falam muito alto e devagar: assumem que eu já não oiço bem, ou que não percebo as coisas. Às vezes, dão-me o braço e puxam-me para eu andar mais rápido. Peço para não o fazerem, porque não consigo mesmo, não consigo caminhar como elas, mas não costumam ligar e até me magoam. Ou, então, sentam-me numa cadeira de rodas. Não acho que seja por querer, é só para lhes facilitar a vida, mas faz-me sentir menos capaz, uma criancinha.

Apêndice B – Transcrição da Entrevista¹⁵³ com a Participante 2

Participante 2, Mulher

J: A minha Dissertação de Mestrado aborda o crime de maus-tratos, previsto e punido pelo artigo 152.º-A do CP, no que concerne ao contexto dos cuidados de saúde. Para a presente análise, pretendo reunir testemunhos (pelos quais, desde já, estou imensamente agradecida) que retratem determinados episódios enquadráveis nesta temática. De modo a garantir um ambiente de partilha confortável, assegurarei a total confidencialidade da sua identidade. Procurarei que seja uma entrevista breve e pouco intrusiva, atendendo à sensibilidade do tema e às possíveis consequências associadas. Ainda assim, peço que, caso alguma questão lhe cause desconforto, mo transmita, para que possamos avançar dentro dos limites que considerar adequados.

J: Em primeiro lugar, gostava que me respondesse a algumas questões introdutórias, apenas para a conhecer: *que idade tem, de onde é e onde vive*, atualmente.

L:

J: Como *descreveria a sua vida*, principalmente, durante os anos em que trabalhou? Uma vida independente, atarefada e autónoma ou, por outro lado, mais recatada e condicionada, por algum motivo ou fragilidade?

J: A nível de saúde, durante esses anos de tantas vivências, houve alguma complicação de que se recorde? Com que *frequência recorria aos cuidados de saúde* e como era tratada?

J: Agora, que já é “jovem há mais tempo”, queria perguntar-lhe como se sente a nível de autonomia, independência e saúde, no seu dia-a-dia, perante a sociedade? *É tratada de forma diferente, pela idade que tem*, ou continua a ser tratada “como uma princesa”?

J: Com que *frequência recorre, atualmente, aos serviços de saúde*? E, se se sentir confortável em relatar, quais são os principais motivos?

J: Se recorre ao serviço de urgência hospitalar com alguma frequência, devido a crises de hipertensão, foram vários os profissionais de saúde com os quais já contactou. Como descreveria, na generalidade, *a compreensão, o respeito e a atenção* com que é recebida?

¹⁵³ Esta entrevista não chegou a ser realizada.

J: Sente que, por vezes, tem a necessidade de ser vista por um profissional de saúde, e *evita recorrer ao hospital*, com receio de alguma falta de consideração ou atenção?

J: Há algum *episódio específico* que queira partilhar? E, principalmente, a forma como a fez sentir, e as consequências que dele advieram?

J: Especificamente, no que toca a esses dois episódios que relatou, gostava de perceber o *impacto* que tiveram em si e se, posteriormente, pensou em denunciá-los.

J: Para terminar, queria perguntar-lhe se já se sentiu olhada como *frágil, incapaz ou inferior*, tal como relatou, há pouco, nos hospitais.

Posfácio

O que podemos dizer perante a injustiça, o que não podemos mudar, o inevitável? O que dizer face ao fim abrupto de uma vida ainda a começar, cheia de vigor e de planos? Perante a partida de uma jovem alegre, generosa, trabalhadora, dedicada à família e aos amigos, e estimada por todos os que a rodeavam? Fui professora da Jordana durante a fase escolar do mestrado, e a Jordana escolheu-me como orientadora da sua dissertação de mestrado. Comunicou-me que ia frequentar o curso de acesso ao CEJ, e estava profundamente motivada para escrever sobre o sofrimento das pessoas que eram marginalizadas e maltratadas no âmbito da prestação de cuidados de saúde por pertencerem a minorias, sobretudo mulheres e pessoas mais velhas. Em finais de julho de 2024, quando me escreveu a propor o tema e a acertar os pormenores da orientação, disse: “Gostava muito de explorar a existência de abusos psicológicos, físicos e/ou sexuais no âmbito do hospital (seja em bloco operatório, recobro ou situação de coma, isto é, a pessoas inconscientes ou muito debilitadas). Fui-me apercebendo, ouvindo histórias (chocantes) de amigos que estão a estudar enfermagem e medicina, que são situações mais recorrentes do que aquilo que imaginamos e que entendo terem de ser debatidas”.

A doença surpreendeu a Jordana quando já tinha bastante trabalho feito e algumas páginas escritas. Já tínhamos reunido duas ou três vezes e tínhamos acertado o plano da tese, mas não tivemos tempo para discutir em pormenor as suas ideias, e sobretudo para delimitar com exatidão a que grupos vulneráveis se queria referir e que fragilidades gostaria de apontar à lei neste domínio. O que eu sei, e o que condiz com o que deixou escrito, é que a Jordana não queria tratar da negligência dos profissionais de saúde e dos cuidadores, mas dos maus-tratos dolosos, ou seja, de condutas integrantes da previsão do artigo 152º-A do Código Penal, que normalmente não tem aplicação em relação à atuação de médicos, enfermeiros e outros profissionais de saúde. Ao reler o que a Jordana escreveu, nem sempre consegui refazer totalmente o seu raciocínio ou saber com certeza para onde iriam apontar as suas conclusões, mas deliberadamente não me substituí ao que a Jordana gostaria de dizer. Se tivesse reescrito o texto, teria transformado a dissertação da Jordana numa outra coisa, com outra autoria, e não era isso o que se queria, nem era esse decerto o objetivo dos pais, da família e dos amigos da Jordana ao publicar o que deixou escrito. Este trabalho pertence inteiramente à Jordana, e embora possa não dizer rigorosamente tudo o que a Jordana quis dizer, penso que é assim que se deve manter e ser publicado – como obra sua – em memória do seu trabalho e do seu esforço, da sua enorme vontade de viver e da sua generosidade e preocupação constante com as pessoas que a rodeavam e que se revelavam nas mais pequenas coisas – na forma como se dispunha a trocar a sua hora da reunião com os colegas de mestrado, como elogiava e reconhecia sinceramente o trabalho dos outros, como ia prestando contas da evolução do seu trabalho, e na fé que tinha na evolução positiva da sua doença, que enfrentou sem nunca se queixar. Em maio de 2025 escreveu-me “Um dia de cada vez, estou a tentar agarrar-me a toda a Fé que tenho e a todo o Amor que me rodeia. Vai correr tudo bem!”.

Sabemos que infelizmente não foi assim. Sabemos que os desígnios de Deus são insondáveis, mas na nossa limitada percepção humana das coisas e da vida, sempre nos fica a faltar explicação para o que acontece fora da ordem natural do tempo e se nos afigura injusto e incompreensível. No fim de contas, só nos cabe guardar e honrar a memória dos que partem antes de nós, e foi com esse objetivo, e para que o seu trabalho não se perdesse, que os pais e a irmã da Jordana decidiram publicar a sua dissertação de mestrado, que perdurará assim em lembrança da Jordana.

Da professora que não a esquece,
Paula Ribeiro de Faria

**A presunção de aceitação do despedimento coletivo em razão
da aceitação da compensação**

Ana Carolina Vieira Nunes

Sob a orientação da Professora
Doutora Milena da Silva Rouxinol

Aos meus pais

Não existe liberdade de escolha, a menos que haja liberdade para recusar.

David Hume

Agradecimentos

À Universidade Católica Portuguesa e, em particular, a toda a equipa dos serviços de Biblioteca e Gestão da Informação, pela amabilidade e celeridade que sempre marcaram o auxílio prestado no âmbito da elaboração do presente trabalho.

À Prof. Doutora Milena Rouxinol, pela disponibilidade demonstrada ao longo de todo o processo e pelas palavras de apoio e encorajamento. A sua orientação representou, sem dúvida, uma ajuda inestimável, pela qual estarei eternamente grata.

Aos meus pais, cujo amor é o que de mais precioso tenho na vida. Por me guiarem ao longo de toda a minha jornada académica, que só foi possível graças ao seu apoio incondicional. Por me terem sempre dado liberdade para fazer as minhas escolhas, sem medos, sabendo que, no final do dia, teria um lugar seguro onde voltar. Acima de tudo, por serem a bússola constante que me norteia e me dá forças, todos os dias. Enfim, por representarem, para mim, tudo o que de bom há no mundo.

Resumo

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo proceder a uma análise legal, doutrinal e jurisprudencial da figura da presunção de aceitação do despedimento coletivo em função da aceitação da compensação. A nossa análise segue uma perspectiva diacrónica, abordando a evolução do tratamento dado ao regime pertinente nas diversas versões que foi conhecendo. A questão é tratada de um ponto de vista crítico, considerando os bens jurídicos implicados e os direitos dos trabalhadores postos em causa pelo regime sob estudo. Também se procura contribuir para o esclarecimento de questões práticas que se têm suscitado, particularmente tendo em vista a mais recente evolução do entendimento jurisprudencial relativamente ao regime aludido.

Palavras-chave: despedimento por causas objetivas; despedimento coletivo; compensação; impugnação; impugnação judicial do despedimento; presunção ilidível; presunção de aceitação do despedimento; ilisão da presunção; devolução da compensação; prazo de devolução.

Abstract

The purpose of the present master's dissertation is to carry out a legal, doctrinal and jurisprudential analysis of the presumption of acceptance of collective dismissal based on the acceptance of compensation. Our analysis follows a diachronic perspective, addressing the evolution of the treatment given to the relevant regime in its various versions. The issue addressed with from a critical point of view, considering the legal assets involved and the workers' rights jeopardised by the regime under study. It also seeks to contribute to the clarification of practical issues that have arisen, particularly in view of the most recent developments in the jurisprudential understanding of the regime alluded to.

Keywords: dismissal for objective reasons; collective dismissal; compensation; judicial challenge; judicial challenge of dismissal; rebuttable presumption; presumption of acceptance of dismissal; elision of presumption; return of compensation; return deadline.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac(s).	Acórdão(s)
Art(s).	Artigo(s)
AUJ	Acórdão Uniformizador de Jurisprudência
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CEDS	Comité Europeu dos Direitos Sociais
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSER	Carta Social Europeia Revista
CT	Código do Trabalho
CTo3	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto
CTo9	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro
DL	Decreto-Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
Ex.	Exemplo
FCT	Fundo de Compensação do Trabalho
FGCT	Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho
LCCT	Lei da Cessação do Contrato de Trabalho, consagrada em anexo ao DL n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro
ME	Mecanismo Equivalente
N.º(s)	Número(s)
NCPC	Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
P(p).	Página(s)
Proc.	Processo
<i>Sic.</i>	<i>Sic erat scriptum</i>
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Índice

1. Guião: uma introdução	9
2. Prólogo: breves considerações sobre a figura da compensação	1
3. Entrada em cena: uma tragédia anunciada?	5
4. Em torno da (ir)razoabilidade e da (des)conformidade constitucional da figura	7
5. Uma (breve) saída de cena e o regresso ao palco: a Lei n.º 32/99, de 18/05 e o CTO3	14
6. O enredo adensa-se: o CTO9 e alterações subsequentes	18
7. Plot twist: uma inversão na jurisprudência	24
8. Cai o pano? A potencial revogação da presunção e soluções <i>de iure condendo</i>	27
9. Epílogo: conclusão	30
Bibliografia	31

1. Guião: uma introdução

O despedimento representa um momento profundamente marcante da vida do trabalhador, tanto laboral como pessoal, particularmente quando a quebra do vínculo laboral decorre de motivos alheios à sua atuação, como ocorre no âmbito dos despedimentos por causas objetivas, categoria em que se insere o despedimento coletivo. Em reconhecimento desta circunstância, o legislador consagrou um conjunto de figuras protetoras do trabalhador, enquanto “elo mais fraco” da relação jurídico-laboral, prevendo, no âmbito do despedimento coletivo, uma compensação devida pelo empregador ao trabalhador, nos termos do art. 366.º CT, encontrando-se consagrada nos n.ºs 4 e 5 dessa norma uma presunção de aceitação do despedimento por decorrência da aceitação dessa compensação.

Com este trabalho, propomo-nos apresentar os principais traços da presunção, expondo as várias metamorfoses que sofreu ao longo do tempo, as críticas que lhe são apontadas, bem como a forma como a doutrina e a jurisprudência têm tentado ultrapassar os diferentes obstáculos interpretativos que a redação da norma que a consagra tem suscitado. Particularmente, destacaremos a recente inflexão jurisprudencial operada pela publicação do AUJ n.º 7/2024, mencionando ainda diferentes soluções apresentadas de modo a fazer face aos diferentes problemas suscitados pela presunção.

2. Prólogo: breves considerações sobre a figura da compensação

Antes de analisarmos a versão originária da compensação, delineemos brevemente os contornos da mesma, enquadrando-a na ordem jurídica. Começando por abordar o seu âmbito de aplicação, destarte a epígrafe do art. 366.º CT, esta não se restringe apenas ao despedimento coletivo. De facto, a fórmula de cálculo da compensação por despedimento coletivo é hoje o “regime-regra em matéria de compensação do trabalhador por cessação do contrato”¹, aplicando-se a um rol variado de situações (o que leva a que seja apelidada por certa doutrina de “compensação-paradigma”²)³.

Desde logo, aplica-se integralmente, ainda que com as devidas adaptações, às restantes modalidades de despedimento por causas objetivas (ou económicas), isto é, ao despedimento por extinção do posto de trabalho (por via da remissão do art. 372.º CT) e por inadaptação/inaptidão (por força do art. 379.º CT), o que nos permite afirmar, desde

¹ Ramalho, 2023, p. 1071.

² Gomes, 2013, p. 237.

³ “Fora da área de incidência deste regime ficam apenas duas situações: a indemnização por resolução do contrato pelo trabalhador com fundamento na violação culposa e grave de um dever do empregador (...) e a indemnização por ilicitude do despedimento, quando o trabalhador por ela opte em alternativa à reintegração (...)” (Ramalho, 2023, pp. 1071-1072).

já, que todas as considerações tecidas quanto à compensação por despedimento coletivo serão igualmente aplicáveis quando esteja em causa uma das restantes modalidades de despedimento por causas objetivas. Importa mencionar, quanto à aplicação ao despedimento por extinção do posto de trabalho, que esta nem sempre resultou expressamente da lei, nomeadamente, aquando do seu surgimento com a LCCT, entendendo alguma doutrina e jurisprudência ser possível a extensão do âmbito de aplicação desta figura a esses despedimentos⁴, apesar do silêncio do legislador. Aplicar-se-á igualmente nos casos de caducidade do contrato de trabalho a termo (certo e incerto), embora, nestes casos, para efeitos de cálculo da compensação, se remeta somente para o disposto nos n.ºs 2 a 5 do art. 366.º CT, o que irá influir (positivamente) no valor do montante a receber pelos trabalhadores por ocasião do despedimento. De resto, não obstante a nossa análise incidir na presunção que decorre da aceitação da compensação, e não na figura da compensação *lato sensu*, é de notar que esta é relevante igualmente enquanto base de cálculo para diversas indemnizações/compensações⁵.

O despedimento coletivo, enquanto modalidade de despedimento por causas objetivas, baseia-se, não num comportamento imputável a título de culpa ao trabalhador, mas sim em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, alheios ao mesmo, que determinam a impossibilidade de manutenção do vínculo laboral⁶. Por isso mesmo, entendeu o legislador consagrar, relativamente a este trabalhador, um conjunto de direitos, como decorre dos arts. 364.º a 366.º CT, a saber: um crédito de horas durante o aviso prévio, um direito especial de denúncia durante o aviso prévio e a compensação pecuniária a que se tem vindo a aludir, com o objetivo “de limitar os riscos e de assegurar uma compensação por estes actos lícitos que causam danos ao trabalhador, danos que este não motivou”⁷.

Esta compensação é uma das componentes-chave do despedimento coletivo, dependendo a validade deste, para além do preenchimento de um requisito material (“a

⁴ A favor desta aplicação, Furtado Martins (Martins, 2012, p. 361), que menciona o Ac. STJ 01/04/1998 (Almeida Devesa), que afirma: “Tendo o trabalhador recebido há muito a compensação pelo despedimento, tal recebimento, quer se trate de despedimento colectivo, quer de despedimento derivado da extinção de posto de trabalho por encerramento da secção em que prestava o seu labor, implica sempre a aceitação do despedimento”.

⁵ Como realça Maria Irene Gomes (Gomes, 2013, p. 237), esta compensação surge enquanto base de cálculo no âmbito: (i) da cessação de comissão de serviço por iniciativa do empregador que não corresponda a despedimento por facto imputável ao trabalhador (art. 164.º, 1, c) CT); (ii) da resolução em caso de transferência definitiva de local de trabalho se houver prejuízo sério (art. 194.º, 5 CT); (iii) da caducidade de contrato de trabalho por morte de empregador, extinção de pessoa coletiva ou encerramento de empresa (art. 346.º, 5 CT) e (iv) em situações em que num processo de insolvência o administrador da insolvência faça cessar o contrato de trabalho de trabalhador cuja colaboração não seja indispensável ao funcionamento da empresa (art. 347.º, 5 CT).

⁶ É hoje pacífico que o despedimento por causas objetivas é admitido entre nós, tendo o TC, no seu Ac. n.º 64/91 de 04/04/1991, afirmado: “a Constituição não vedou em absoluto ao legislador ordinário a consagração de certas causas de rescisão unilateral do contrato de trabalho pela entidade patronal com base em motivos objectivos, desde que as mesmas não derivem de culpa do empregador ou do trabalhador e que tornem praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral”.

⁷ Xavier, 2012, p. 67.

respetiva fundamentação de harmonia com os motivos admitidos pelo legislador”) e um requisito formal (“o respeito pelo procedimento legal prévio à decisão de despedimento”)⁸, da colocação da mesma à disposição do trabalhador, até ao termo do prazo de aviso prévio, como decorre do art. 383.º, c) CT (e como resultava já do art. 32.º, 1, e) LCCT)⁹. De notar que no segmento final do art. 383.º, c) CT, o legislador faz uma ressalva relativamente ao disposto no art. 363.º, 5 CT, *in fine*, respeitante a empresas em situação de insolvência (nos termos do art. 347.º CT) ou reguladas em legislação especial sobre recuperação de empresas e reestruturação de setores económicos, casos em que não se verificará a obrigatoriedade, até ao termo do prazo de aviso prévio, de colocação da compensação (e dos créditos vencidos ou exigíveis por cessação do contrato de trabalho) à disposição do trabalhador¹⁰.

Quanto à noção de “colocação à disposição”, esta poderá abranger um rol de atos¹¹, sempre se exigindo a disponibilização da totalidade¹² da compensação de modo a que a presunção produza efeitos¹³. Será importante, contudo, distinguir entre incumprimento do pagamento integral e eventuais erros de cálculo¹⁴. Por outro lado, é igualmente relevante a distinção entre disponibilização e pagamento, só a primeira consubstanciando um requisito de licitude¹⁵. Assim, nas palavras de Lobo Xavier, a

⁸ Santos, 2023, pp. 240-241.

⁹ Atente-se no Ac. TRL 15/11/2006 (Maria João Romba): “Nos termos do art. 431.º n.º 1 al. c) do Cód. do Trabalho (CT) é ilícito o despedimento se o empregador que procede a um despedimento colectivo não colocar à disposição do trabalhador despedido, até ao termo do prazo de aviso prévio, a compensação a que se refere o art. 401 e bem assim os créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho”.

¹⁰ Apesar de ser este o sentido que parece decorrer da norma, existem autores que entendem que, com tal formulação, o que o legislador pretende não é eximir o empregador do pagamento da compensação até ao termo do aviso prévio, mas apenas evitar que o despedimento se considere ilícito caso a compensação tenha estado indisponível. Neste sentido, Xavier, 2012, p. 95.

¹¹ Entre outros, a colocação na tesouraria de cheque à ordem do trabalhador ou numerário e a transferência bancária do montante em causa para o trabalhador (Martins, 2017, p. 389).

¹² A este respeito, mencionamos a possibilidade de pagamento faseado da compensação, que não é unânime no seio da doutrina. Furtado Martins entende “admissível o pagamento faseado ou em prestações se tal for expressamente convencionado com o trabalhador aquando da cessação do contrato” (Martins, 2017, p. 389). Já Catarina Gomes Santos caracteriza a solução como “duvidosa em face da forma contundente como a lei erige ao estatuto de condição de licitude do despedimento o pagamento da totalidade da compensação e dos demais créditos vencidos e exigíveis por força da cessação do contrato de trabalho, apenas excepcionando as hipóteses de insolvência ou recuperação de empresas” (Amado, 2023c, pp. 1297-1298).

¹³ Neste sentido, Acs. STJ, 17/06/1998 (Matos Canas): “Para o recebimento da compensação pelo trabalhador valer como aceitação da cessação do contrato é indispensável que a mesma seja a legalmente devida. Assim, uma indemnização qualquer, inferior à devida, deverá ter-se como irrelevante no sentido da aceitação da cessação do contrato” e TRL 24/09/2014 (Alda Martins): “O pagamento dessa quantia diminuta (em face da que era legalmente devida), sem indicação de concreta justificação da discrepância, mas apenas daquela invocação genérica, apresenta-se manifestamente como arbitrária e aleatória, não satisfazendo o requisito legal de validade do despedimento em apreço”. Igualmente, Acs. STJ 28/04/2004 (Vitor Mesquita) e STJ 13/04/2005 (Sousa Peixoto).

¹⁴ Neste sentido, afirma Lobo Xavier: “simples erros de cálculo ou controvérsias legítimas sobre os factores da compensação não legitimam por si só a impugnação do despedimento por falta de disponibilização integral da compensação, de acordo com princípios gerais de boa-fé e de proporcionalidade” (Xavier, 2012, p. 89). Igualmente, Ac. TRL 27/05/2009 (Isabel Tapadinhas): “Havendo dúvidas aceitáveis quanto ao montante da compensação devida posta à disposição do trabalhador, resultantes da contagem do tempo de serviço, não se verifica a ilicitude do despedimento”.

¹⁵ Entendeu o STJ no Ac. 28/06/2001 (José Mesquita) que “A lei não faz sujeitar a legalidade do despedimento colectivo à efectiva e real satisfação dos créditos do trabalhador despedido, mas tão só à disponibilização dos montantes, entendida esta como uma verdadeira possibilidade de serem recebidos pelo

disponibilização “é obviamente menos que “pagamento” e diferente de oferta de pagamento”, sendo o pagamento “um acto jurídico de *dare pecunia*”¹⁶. No mesmo sentido, afirma Maria José Costa Pinto num acórdão do TRL¹⁷ que a disponibilização consistirá no “reconhecimento e disposição do empregador de proceder à sua satisfação até tal data, a que corresponde a efectiva possibilidade de serem recebidos pelo trabalhador despedido”. De resto, o ónus da prova desta colocação à disposição caberá ao empregador, de acordo com as regras gerais do art. 342.º, 2 CC¹⁸.

Por fim, relativamente ao papel da compensação no âmbito do despedimento coletivo, para certa doutrina, esta corresponde a uma “compensação resultante de uma responsabilidade civil por intervenções lícitas”¹⁹, tendo como objetivo, em primeira linha, ressarcir o trabalhador pela perda do seu emprego. A este respeito, diz-nos o STJ²⁰ que esta “é, na sua essência, um ressarcimento de um dano, presente e futuro, em resultado da perda involuntária do emprego por parte do trabalhador e que é calculada antes do seu ressarcimento, ou seja, constitui uma liquidação antecipada do dano”. Alguns autores²¹ atribuem-lhe igualmente uma função moderadora, encorajando uma maior reflexão e ponderação por parte do empregador na hora da tomada de decisão de despedimento.

trabalhador, correspondendo, na esfera da empregadora, a um reconhecimento e uma disposição de proceder à sua satisfação, independentemente do concreto pagamento, que poderá mesmo não se verificar, por inúmeras razões, daí não resultando a ilicitude do despedimento”. Igualmente, Ac. TRL 07/10/2015 (Alves Duarte).

¹⁶ Xavier, 2012, p. 89.

¹⁷ 28/03/2012.

¹⁸ No Ac. TRL 27/03/2019 (Manuela Fialho): “Invocando o empregador a licitude do despedimento, compete-lhe alegar e provar que pôs à disposição do trabalhador a compensação até ao termo do prazo de aviso prévio”.

¹⁹ Martinez, 2023, p. 1024. No mesmo sentido, afirma Lobo Xavier que “Não tem a ver propriamente com o cumprimento das prestações contratuais que constitui a sede de eleição da responsabilidade contratual, mas com outras obrigações conexas com o contrato, no capítulo da responsabilidade patronal pela cessação lícita do mesmo. No direito da responsabilidade desde há muito abriu caminho a hipótese de reparação por actos lícitos (aliás excepcional), relacionada com a faculdade de o contraente denunciar o contrato.” (Xavier, 2012, p. 68). Atente-se ainda no Ac. STJ 03/04/2013 (Leones Dantas): “O direito à compensação pela cessação da relação de trabalho reconhecido ao trabalhador no artigo 401.º do Código do Trabalho de 2003 fundamenta-se na cessação do contrato por motivos lícitos por parte do empregador, materializando-se numa forma de responsabilidade civil pela prática de um facto lícito”.

²⁰ 16/11/2017 (Ferreira Pinto).

²¹ Afirma Lobo Xavier que “Não será de desprezar o facto de a compensação envolver um desembolso considerável do empregador, a liquidar por ocasião da extinção do vínculo, e tal impele sempre a uma melhor ponderação na decisão do despedimento, pelo ónus que representa o respectivo exercício. Se o despedimento patronal fosse pouco dispendioso, como era há meio século, sem dúvida que seria mais usado” (Xavier, 2012, p. 70). Igualmente, diz Leal Amado: “é claro que esta compensação desempenha ainda uma função de carácter moderador, impelindo o empregador a uma maior ponderação na decisão do despedimento, pelo ónus financeiro que representa o respetivo exercício” (Amado, 2023b, p. 399). Abílio Neto parece não partilhar da mesma opinião, afirmando: “A compensação por despedimento colectivo tem como finalidade nuclear, se não mesmo exclusiva, reparar o dano emergente da perda do trabalho, não constituindo um dissuasor de tais despedimentos” (Neto, 2010, p. 839).

3. Entrada em cena: uma tragédia anunciada?

A figura da presunção de aceitação do despedimento, atualmente consagrada no art. 366.º CT (mais concretamente nos n.ºs 4 e 5), surge primeiramente com a entrada em vigor do DL n.º 64-A/89, de 27/02, que aprova, em anexo, a LCCT.

Com este diploma, estabeleceu-se, no art. 23.º, 1 LCCT, uma compensação por extinção do vínculo laboral, resultando do n.º 3 do mesmo preceito que “O recebimento pelo trabalhador da compensação a que se refere o presente artigo vale como aceitação do despedimento”. Esta norma devia ser lida juntamente com o art. 25.º, 1 LCCT que estatuiu que “Os trabalhadores que não aceitarem o despedimento podem requerer a suspensão judicial do mesmo, com fundamento em qualquer das situações previstas nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo anterior, no prazo de cinco dias úteis contados da data da cessação do contrato de trabalho constante da comunicação a que se refere o n.º 1 do artigo 20.º”.

Debruçando-nos sobre a relação entre o recebimento da compensação e a aceitação do despedimento, estabelecida no art. 23.º, 3 CT, é importante explicitar a natureza jurídica da figura aí consagrada. O entendimento maioritário era que estaríamos em face de uma presunção legal, sendo igualmente possível encontrar autores que defendiam estarmos perante uma ficção legal²². Neste sentido, afirma Lobo Xavier que se estabeleceu “uma espécie de *fiction juris* da aceitação do despedimento, de que resultaria a sua não impugnabilidade quando os trabalhadores recebessem as indemnizações”²³. Para Monteiro Fernandes, não estará aqui em causa uma verdadeira presunção legal, mas sim “uma suposição legalmente legitimada”, porquanto o que estará em causa será “um conteúdo volitivo que só pode ser clarificado por declaração do próprio trabalhador”²⁴. Entendendo-se estarmos perante uma presunção legal, restava ainda determinar se se trataria de uma presunção *iuris tantum* ou *iuris et de iure*²⁵. Abordaremos de novo esta questão mais adiante, ao apresentarmos as mudanças operadas pelo CTo3 (que dissiparia as dúvidas quanto a esta problemática). No entanto, podemos adiantar que se observava uma divisão doutrinal e jurisprudencial, com a generalidade das opiniões a tender para o carácter absoluto da presunção²⁶.

²² Com esta figura, “o legislador estabelece que o facto ou situação a regular é ou se considera (como se juridicamente fosse) igual àquele facto ou situação para que já se acha estabelecido um regime na lei” (Machado, 2000, p. 108).

²³ Xavier, 2000, p. 114. Igualmente quanto à existência de uma ficção legal no âmbito da LCCT, Amado, 2023c, p. 1308 (anotação de Catarina Gomes Santos).

²⁴ Fernandes, 2023, p. 737. Já no âmbito do CTo9, apelida de “estranha” a presunção passível de afastamento mediante mera declaração de vontade pela parte encarregada da ilisão.

²⁵ De acordo com Baptista Machado, nos termos do art. 350.º, 2 CC, as primeiras “são aquelas que podem ser ilididas mediante prova em contrário”, sendo as segundas “absolutas e irrefutáveis, não admitindo prova em contrário” (Machado, 2000, p. 112).

²⁶ A este respeito, afirma Leal Amado que a LCCT “estabelecia, no seu artigo 23.º, n.º 3, uma presunção inilidível” (Amado, 2016, p. 90) e Lobo Xavier que “a presunção de aceitação do despedimento pelo recebimento foi já considerada pelo legislador como irrefragável” (Xavier, 2000, p. 90). Igualmente, afirma

Independentemente desta divergência, é certo que a consequência prevista na norma depende do efetivo recebimento da compensação pelo trabalhador o que se traduzirá, as mais das vezes²⁷, na adoção de um comportamento ativo pelo mesmo²⁸. Assim, partilhamos da opinião de Lobo Xavier, que considera que apenas ocorreu o recebimento da compensação em casos em que existiu intervenção do trabalhador²⁹.

Por outro lado, é igualmente importante perceber qual a consequência jurídica a extrair desta norma. A este propósito, podemos falar numa quase unanimidade doutrinal no sentido de que “na implacável lógica da LCCT, se o trabalhador recebesse a compensação isso significaria que ele aceitava o despedimento. E, se ele aceitava o despedimento, então não poderia, mais tarde, contestá-lo em tribunal”³⁰, estando-lhe vedada a suspensão e impugnação judicial do mesmo, sob pena de estarmos perante uma exceção perentória, que culminaria na absolvição do pedido³¹. Assim, na prática, “tudo se passaria como se as partes tivessem feito cessar o contrato de trabalho por mútuo acordo”³².

A este respeito faz-se ouvir, contudo, uma voz dissonante. Já na vigência do CTO9, mas com considerações que podiam ter tido lugar logo em face da versão primitiva da presunção, Liberal Fernandes opõe-se à leitura convencional da norma, sustentando uma interpretação alternativa. De modo a salvaguardar a conformidade constitucional da presunção, que este entendia posta em causa pela leitura tradicional³³, o autor defende que o sentido útil da norma esgotar-se-ia apenas na proibição de o trabalhador requerer a reintegração, em caso de declaração judicial de ilicitude do despedimento, fazendo equivaler a aceitação a uma renúncia à tutela reintegratória (tendo o trabalhador, com a aceitação da compensação, “optado, previamente à impugnação judicial, por uma

o STJ (Ac. 13/04/2005, Sousa Peixoto): “a interpretação que atribui à presunção a natureza de presunção *juris et de jure* é a que melhor se harmoniza com o pensamento legislativo. Na verdade, qualificá-la como presunção *juris tantum* seria admitir aquilo que o legislador parece ter pretendido evitar com a norma em questão: a existência de litígios posteriores à cessação do contrato e ao recebimento pelo trabalhador da compensação”. Igualmente, Acs. STJ, 17/06/1998 (Matos Canas) e STJ 28/04/2004 (Vitor Mesquita).

²⁷ Poderão existir, porém, situações em que uma omissão pode consubstanciar um recebimento, como afirma Furtado Martins: “será o caso do trabalhador que é expressamente avisado de que o valor devido foi creditado na sua conta (...) e que nada faz, conservando o valor em seu poder” (Martins, 2017, p. 393).

²⁸ Para Lobo Xavier, “o recebimento, para valer como aceitação do despedimento, tem necessariamente de constituir um facto voluntário” (Xavier, 2012, p. 90).

²⁹ Não deveria, assim, considerar-se recebimento para efeitos da presunção “uma transferência bancária que não tenha podido evitar em tempo útil ou o recebimento através do correio de um cheque que não depositou ou não foi cobrado ou de vale do correio nas mesmas [sic] condições” (Xavier, 2012, p. 90). Entende Antero Veiga que “recebimento” “há de significar, equivaler, a apossamento, integração do respetivo património, e não pode depender de circunstâncias estranhas ao sujeito, dependendo da vontade do trabalhador” (Veiga, 2019, p. 13).

³⁰ Amado, 2003, p. 110.

³¹ De acordo com o Ac. TRL 03/12/2014 (Alda Martins), “a aceitação do despedimento por força do recebimento da compensação extingue o direito do trabalhador de impugnar o despedimento e, processualmente, a sua invocação constitui uma excepção peremptória, importando a absolvição do pedido”. Igualmente, Acs. TRP 07/05/2012 (António José Ramos), TRG 01/06/2017 (Vera Maria Sottomayor), TRP 23/01/2023 (Rui Penha).

³² Ac. TRP 23/01/2023 (Rui Penha).

³³ “De qualquer modo, tratando-se de preceitos que limitam direitos fundamentais, os n.ºs 5 e 6 do art. 366.º deverão ser interpretados em termos restritivos” – Fernandes, 2013, p. 11.

indenização em substituição do seu reingresso”³⁴). Ora, sem desmerecer o progressismo desta tese, iremos adotar a posição majoritária relativamente à leitura da presunção, que nos parece ter maior correspondência com a letra da lei.

4. Em torno da (ir)razoabilidade e da (des)conformidade constitucional da figura

Desde a primeira hora, um significativo setor doutrinal apontou críticas à presunção de aceitação do despedimento e às consequências dela decorrentes: “solução iníqua e apontada a uma finalidade anti-jurídica”³⁵, “manifestamente irrazoável”³⁶, “*nonsense*”³⁷, uma solução de “desconsideração da pessoa do trabalhador”³⁸, “uma prática colorida de hipocrisia”³⁹, merecedor de revisão⁴⁰, “solução infeliz”⁴¹, “injusta e perversa”⁴²... Enfim, são muitas (e duras!) as expressões utilizadas ao longo dos anos pela doutrina para caracterizar a figura, que desde a sua consagração tem demonstrado ceticismo relativamente à bondade da mesma, com base num conjunto variado de argumentos.

Desde logo, é preciso não esquecer estarmos perante uma relação laboral, marcada pelo desequilíbrio entre partes, em que o trabalhador se encontra numa posição de subordinação face ao empregador, estando, as mais das vezes, “economicamente dependente dos rendimentos do trabalho para satisfazer as suas necessidades mais elementares (bem como, não raro, as do respectivo agregado familiar)”⁴³. Esta dependência económica, aliada à fragilidade psicológica decorrente da perda do emprego, leva a que, aquando da cessação do vínculo laboral, o trabalhador se encontre particularmente vulnerável. É assim de estranhar a indiferença denotada pelo legislador ao impor ao trabalhador que pretenda impugnar judicialmente o seu despedimento a escolha ativa de recusa da compensação. Convocando as reflexões de Leal Amado, não será incomum que esta represente um montante essencial para a vida diária do trabalhador que, privado do seu “ganha-pão”, “não consegue deixar de gastar ao menos uma parte desse montante para satisfazer as suas necessidades básicas, agora que se encontra sem emprego”⁴⁴.

³⁴ Fernandes, 2013, p. 15.

³⁵ Fernandes, 2023, p. 738.

³⁶ Amado, 2003, p. 110.

³⁷ Amado, 2021, p. 217.

³⁸ Leite, 2013, p. 21.

³⁹ Leite, 2013, p. 22.

⁴⁰ Ramalho, 2023, p. 1082.

⁴¹ Gomes, 2007, p. 986.

⁴² Rouxinol, 2017, p. 5.

⁴³ Amado, 2003, p. 110.

⁴⁴ Amado, 2021, p. 217.

Esta aparente indiferença parece particularmente desajustada tendo em conta a preocupação com este desequilíbrio demonstrada no âmbito de outras formas de cessação do contrato de trabalho, *rectius*, da revogação e da comumente designada demissão (resolução e denúncia). De facto, o legislador consagrou, relativamente a estas figuras⁴⁵, um “direito ao arrependimento”, tendo o trabalhador a possibilidade, dentro de um certo prazo, de fazer cessar o acordo de revogação/resolução/denúncia. Não obstante as críticas apontadas a esta figura⁴⁶, é inegável que demonstra que o legislador não ignora o desequilíbrio da relação laboral, sendo por isso de estranhar que o faça relativamente a um modo de cessação do contrato de trabalho (o despedimento) que resulta numa posição de particular fragilidade do trabalhador.

Por outro lado, a própria equivalência que a lei faz da aceitação da compensação a uma aceitação do despedimento é de duvidosa lógica, pois inferir este *animus* da aceitação da compensação pressupõe do ato de recusa do montante, nas palavras de João Leal Amado, um “ato de puro masoquismo”⁴⁷, dado que a recusa ou não do mesmo em nada afetarà a decisão do empregador de cessar o vínculo laboral.

A não aceitação ou a devolução deste montante mostra-se igualmente pouco lógica, dado o trabalhador sempre (ou, melhor dizendo, quase sempre⁴⁸) ter direito ao mesmo, desde logo, se optar por não impugnar o despedimento. Querendo reagir judicialmente ao despedimento, poderá a licitude do despedimento ser confirmada, tendo o trabalhador direito à compensação, por força de esta ser um dos requisitos de licitude do despedimento. Já concluindo-se pela ilicitude do despedimento, ser-lhe-á devida uma indemnização (substitutiva da reintegração) “com probabilidade, de valor superior à que recebeu aquando do despedimento”⁴⁹, sem embargo de outros valores devidos no seguimento do despedimento considerado ilícito⁵⁰. Assim, apesar de a título distinto, o trabalhador sempre terá direito àquele montante (será “o mínimo”⁵¹ que lhe é devido).

⁴⁵ Relativamente à resolução e à denúncia, este direito está consagrado nos arts. 397.º, 1 e 402.º, 1 CT, sendo que nos n.ºs 2 desses artigos se remete para os n.ºs 2 e 3 do art. 350.º CT, norma que, no seu n.º 1, regula tal direito relativamente à revogação.

⁴⁶ Para Rosário Palma Ramalho, trata-se de uma solução dogmaticamente inconsistente, assentando “no pressuposto da menor capacidade de avaliação das situações jurídicas (...) por parte do trabalhador” (Ramalho, 2023, p. 954), debilidade que a autora não reconhece (pelo menos, com intensidade suficiente) no momento da cessação do contrato de trabalho.

⁴⁷ Amado, 2021, p. 216.

⁴⁸ Poderá dar-se o caso de não haver lugar ao pagamento de qualquer montante na situação em que o trabalhador opte pela reintegração, situação, de resto, minoritária. Ainda assim, só aquando dessa escolha é que se estará em posição de aferir isso mesmo, como realça Milena Rouxinol (Rouxinol, 2017, p. 6). Por outro lado, sendo o despedimento impugnado, e sendo reputado ilícito, haverá também lugar ao pagamento de salários intercalares, sendo até nestas situações devido esse montante (ou até mais).

⁴⁹ Ramalho, 2023, p. 1082.

⁵⁰ Nomeadamente, “a título de “salários intercalares”, devidos entre a data em que o despedimento produziu efeitos e a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o declarar ilícito” – Amado, 2016, p. 99.

⁵¹ Fernandes, 2023, p. 738.

Por fim, é importante ter em mente que o trabalhador não estará, na maioria das situações, dotado dos conhecimentos técnico-jurídicos necessários para conhecer as consequências que a aceitação irá ter no seu direito de acesso à tutela jurisdicional (que lhe parecerá, decerto, inalienável). Além disso, a menos que aconselhado juridicamente, também não será capaz de identificar eventuais vícios deste despedimento, que poderão, aliás, revelar-se apenas posteriormente ao mesmo. Convocamos, a este respeito, uma decisão do STJ⁵², inovadora na forma como destaca e releva esta questão. Assim, citando: “o trabalhador quando confrontado com a decisão do despedimento poderá sentir necessidade de aconselhamento para poder tomar uma decisão informada no sentido de aceitar ou não o despedimento. Na verdade, o trabalhador só quando confrontado com a decisão de despedimento comunicada pelo empregador (...) é que fica ciente de todos os elementos definitivos que determinaram o seu despedimento, sendo certo que o empregador pode, desde logo, efetuar o pagamento da compensação, nos termos do n.º 4 do mesmo preceito legal. Não fará muito sentido que o trabalhador devolva o montante da compensação antes de estar devidamente habilitado a poder tomar uma decisão informada sobre se aceita ou não o despedimento”.

Em face de tantas (e, a nosso ver, tão pertinentes) objeções por parte das principais vozes da doutrina nacional, impõe-se a questão: qual terá sido o pensamento subjacente à consagração desta polémica presunção? De acordo com um acórdão do STJ de 17/06/2010 (Mário Pereira), “tem a sua razão de ser centrada naquela que nos parece ser a estabilidade e pacificação das relações jurídicas”. Elaborando este raciocínio, refere-se Lobo Xavier⁵³, atendendo à evolução legislativa, a uma intenção de “conciliação de interesses”, em que a impossibilidade de impugnar o despedimento uma vez aceite a compensação seria encarada como moeda de troca, equilibrando as relações jurídicas. A verdade é que esta explicação nunca teve acolhimento junto da doutrina, por todas as razões acima apresentadas.

Todas as críticas apontadas confluem, no entendimento de vários autores, numa conclusão preocupante: a duvidosa conformidade constitucional da presunção, dificilmente se compaginando com os princípios do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional (art. 20.º CRP) e da segurança no emprego (art. 53.º CRP). Encontramos reservas relativamente a essa conformidade em parte significativa da doutrina: para João Leal Amado⁵⁴, esta presunção é “francamente censurável, quando confrontada com as exigências ligadas à tutela constitucional da segurança no emprego e ao direito de acesso

⁵² 23/09/2020 (Chambel Mourisco).

⁵³ É preciso contextualizar o nascimento da presunção, ocorrido no seguimento da eliminação da possibilidade de “despedimento sem realização imediata das compensações” (Xavier, 2012, p. 83). Assim, “se se punha fim ao indefensável sistema de ‘despedir já para pagar depois’, em troca assegurava-se às empresas que não teriam surpresas contenciosas...” (Xavier, 2000, p. 114).

⁵⁴ Amado, 2003, p. 111.

aos tribunais”, partilhando Júlio Gomes⁵⁵ “inteiramente” as dúvidas deste autor. Já para Jorge Leite, o regime estabelecido pela presunção é um “constrangimento inaceitável ao exercício de direitos fundamentais, designadamente, nestes casos, do direito ao trabalho e do direito de acesso aos tribunais”⁵⁶, afirmando Catarina Gomes Santos que este regime presuntivo consubstancia uma “limitação desproporcional do direito de acesso aos tribunais”⁵⁷. Vejamos de que modo cada um destes direitos fundamentais é colocado em causa pela presunção.

Decorre do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, mais concretamente, da sua faceta de acesso aos tribunais (patente no art. 20.º, 1 CRP), que “ninguém pode ser privado de levar a sua causa (relacionada com a defesa de um direito ou interesse legítimo e não apenas de direitos fundamentais) à apreciação de um tribunal”⁵⁸. Por constituir uma “garantia imprescindível da protecção de direitos fundamentais”⁵⁹, é seguro afirmar que este direito, também ele fundamental, é uma das traves-mestras do nosso ordenamento jurídico – mas não só. Como bem assinala Milena Rouxinol⁶⁰, este direito encontra amparo igualmente em diversos instrumentos de direito internacional, aplicáveis entre nós por força do art. 8.º CRP. Assim, destacamos pela sua especial relevância os arts. 8.º e 10.º DUDH, o art. 47.º CDFUE, o art. 6.º CEDH, o art. 8.º Convenção n.º 158 OIT e o art. 24.º, b) CSER. Vejamos brevemente o modo como estes instrumentos encaram o direito de acesso ao direito.

Decorre do art. 47.º CDFUE que “toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal” e “tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei”. De todo o modo, este direito, como lembrado nas Anotações à Carta, era já considerado um princípio geral do direito da União, como o TJUE teve oportunidade de afirmar em diversas ocasiões (entre outros, no âmbito dos processos Johnston⁶¹, Heylens⁶² e Borelli⁶³).

Relativamente ao art. 6.º CEDH, o TEDH pronunciou-se relativamente a este direito no âmbito da relação laboral, entendendo que esta se encontra abrangida pelo artigo. No caso Regner c. Chéquia⁶⁴, a título de exemplo, afirma-se que “no setor privado, o direito do trabalho confere, em geral, aos trabalhadores o direito de interpor uma ação

⁵⁵ Gomes, 2007, p. 986.

⁵⁶ Leite, 2013, p. 21.

⁵⁷ Santos, 2023, p. 267.

⁵⁸ Canotilho, 2007, p. 408.

⁵⁹ Canotilho, 2007, p. 408.

⁶⁰ Rouxinol, 2017, p. 4.

⁶¹ Ac. n.º 222/84, 15/05/1986.

⁶² Ac. n.º 222/86, 15/10/1987.

⁶³ Ac. C-97/91, 03/12/1992.

⁶⁴ Proc. n.º 35289/11, 19/09/2017, ponto 117.

judicial contra o seu despedimento, sempre que considerem que foram ilegalmente despedidos ou que foram introduzidas alterações substanciais unilaterais no seu contrato de trabalho. O mesmo se aplica, *mutatis mutandis*, aos trabalhadores do sector público, salvo nos casos em que se aplica a exceção prevista no acórdão Vilho Eskelinen e outros⁶⁵. Já no caso Baka c. Hungria⁶⁶, o TEDH relembra, no ponto 120 da sua decisão, que “o direito de acesso aos tribunais – ou seja, o direito de recorrer aos tribunais em matéria civil – constitui um elemento inerente ao direito consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção”. Embora afirme igualmente que “o direito de acesso aos tribunais não é absoluto e pode estar sujeito a limitações que não restrinjam ou reduzam o acesso do indivíduo de tal forma ou a tal ponto que a própria essência do direito seja prejudicada”, é necessário que tal limitação prossiga um objetivo legítimo e exista uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objetivo a alcançar.

Esta ideia decorre igualmente do art. 8.º da Convenção n.º 158 OIT (ratificada entre nós pelo Decreto do Presidente da República n.º 67/94), sendo a previsão deste direito em instrumentos de direito internacional como este especialmente relevante de modo a garantir a maior abrangência possível do seu âmbito de aplicação. Neste sentido, é de mencionar que, no passado, a aplicação do direito consagrado no art. 8.º foi, aliás, convocada num ordenamento que não havia ratificado, à data dos factos, a Convenção, reforçando a sua importância enquanto modelo legislativo⁶⁷.

Por fim, o art. 24.º, b) CSER consagra igualmente este direito, estabelecendo que, “com vista a assegurar o exercício efectivo do direito à protecção em caso de despedimento”, se consagra “o direito dos trabalhadores despedidos sem motivo válido a uma indemnização adequada ou a outra reparação apropriada”, devendo para tal ser assegurado ao trabalhador “direito de recurso contra essa medida perante um órgão imparcial”. A propósito desta norma, o CEDS reconheceu nas suas Conclusões 2005, adotadas relativamente ao Estado de Chipre, que qualquer trabalhador que considere ter sido despedido sem motivo válido deverá poder recorrer a um órgão imparcial.

Abordando agora o princípio da segurança no emprego, é possível identificar uma dupla dimensão: positiva, de direito à procura e obtenção de um emprego, e negativa, relacionada com o direito a manter esse mesmo emprego, nomeadamente proibindo-se

⁶⁵ Proc. n.º 63235/00, 19/04/2007. Aí, o Tribunal estabeleceu que os Estados apenas poderão negar a aplicação do art. 6.º aos trabalhadores do setor público se se verificarem 2 condições: “Em primeiro lugar, o Estado deve ter excluído expressamente, na sua legislação nacional, o acesso a um tribunal para o lugar ou categoria de pessoal em causa. Em segundo lugar, a exclusão deve ser justificada por razões objetivas no interesse do Estado” (ponto 62).

⁶⁶ Proc. n.º 20261/12, 23/06/2016.

⁶⁷ Relembra a OIT na sua Nota sobre a Convenção n.º 158 e a Recomendação n.º 166 sobre a cessação do contrato de trabalho: “em fevereiro de 2008, ao invocar o artigo 8.º da Convenção para estabelecer que os trabalhadores têm direito ao recurso, o Tribunal do Trabalho do Zimbabué declarou que “as convenções da OIT têm sido seguidas pela nossa jurisdição, regional e internacionalmente”, não obstante o facto de o Zimbabué não ter ratificado a Convenção n.º 158”.

os despedimentos imotivados⁶⁸. Referindo-se à relação deste direito com a presunção em estudo, afirma Jorge Leite que “a relevância constitucional do ‘direito ao lugar’ do trabalhador envolve um desvio claro da autonomia contratual clássica e do ‘equilíbrio de liberdades’ que a caracteriza”⁶⁹, sendo por isso inaceitável, à luz deste preceito, uma presunção que tem como efeito útil a “potencial consolidação de despedimentos ofensivos dos imperativos ínsitos naquele princípio”⁷⁰, através de uma “comercialização” de uma relação desigual, o que, de resto, vai ao encontro do afirmado pelo TC em diversos arestos⁷¹. De facto, perante a presunção consagrada na lei, a aceitação da compensação pelo trabalhador terá por efeito, no limite, a consolidação na ordem jurídica de um despedimento ilícito⁷², dado que o recebimento por parte do trabalhador é condição suficiente para a licitude do ato extintivo da relação laboral⁷³.

Note-se que, independentemente de o despedimento coletivo não violar, *per se*, este princípio fundamental, como bem assinala Catarina Gomes Santos, corporiza “um conflito entre dois valores constitucionalmente protegidos: a liberdade de empresa (art. 61.º da CRP) e a segurança no emprego (art. 53.º da CRP)”⁷⁴. Tal determina a necessidade de observar particular sensibilidade na hora de legislar sobre matérias atinentes a esta modalidade de despedimento, com respeito pelo princípio da

⁶⁸ Canotilho, 2007, p. 707.

⁶⁹ Leite, 2013, p. 23.

⁷⁰ Rouxinol, 2017, p. 4.

⁷¹ No Ac. n.º 581/95, afirma o TC: “A Constituição deixa claro o reconhecimento de que as relações do trabalho subordinado não se configuram como verdadeiras relações entre iguais, ao jeito das que se estabelecem no sistema civilístico dos contratos”. No mesmo sentido, afirma-se no Ac. n.º 659/97: “A Constituição, ao garantir a segurança no emprego no artigo 53.º, deixa claro que as relações de trabalho subordinado não se configuram como relações entre iguais e impõe ao legislador a obrigação de consagrar instrumentos que visem a estabilidade da posição do trabalhador na relação de emprego e a sua funcionalização aos interesses da entidade patronal”.

⁷² Atente-se no Ac. TRE 16/06/2011 (Paulo Amaral), onde se afirma: “A aceitação do despedimento pelo trabalhador (...) valida a decisão da entidade patronal, mesmo que esta fosse inválida”. Igualmente, relativamente a um despedimento por extinção de posto de trabalho, Ac. TRG 04/10/2018 (Eduardo Azevedo): “O recebimento da compensação pelo trabalhador faz presumir a aceitação do despedimento por extinção do posto de trabalho, independentemente deste poder enfermar, seja de vícios procedimentais, seja de vícios de natureza substantiva”.

⁷³ Para Leal Amado, “parece poder depreender-se que, ao menos em via de princípio, se a colocação da «compensação de antiguidade» à disposição do trabalhador despedido constitui um requisito indispensável, uma condição necessária para a licitude do despedimento, o recebimento de tal compensação pelo trabalhador perfila-se como condição suficiente para a respetiva licitude, como que sanando quaisquer vícios, procedimentais ou substanciais, de que este enferme” (Amado, 2023b, p. 400).

⁷⁴ Santos, 2023, p. 241.

proporcionalidade na sua tríplice vertente⁷⁵, como decorre do art. 18.º, 2 CRP⁷⁶, com independência relativamente a “ventos de mudança” de natureza política e económica”⁷⁷.

No seguimento do acima exposto, tendemos a concordar com a doutrina crítica do regime da presunção em causa, entendendo que estamos a lidar com normas que impactam diretamente direitos fundamentais, inerentemente inalienáveis e inarredáveis, tanto pelo legislador como pelo próprio trabalhador⁷⁸. Atentando no entendimento adotado pela jurisprudência relativamente à questão da constitucionalidade, verificamos, porém, que as decisões judiciais, tanto no domínio da LCCT⁷⁹ como já no âmbito do Código do Trabalho⁸⁰, propendem para a constitucionalidade das normas em causa.

Destarte a pertinência destas críticas, certo é que hoje esta questão reconduz-se apenas ao plano da discussão académica, encontrando-se a constitucionalidade pacificada no nosso ordenamento por força de um acórdão do TC. De facto, no seguimento de um pedido apresentado por um grupo de deputados do Partido Comunista Português (que veio a originar o Processo n.º 134/89), o TC foi chamado a pronunciar-se acerca desta questão, vindo a proferir, a 31/10/1995, o Ac. n.º 581/95. Ora, tendo tido oportunidade de ir ao encontro das críticas apontadas pela doutrina, o TC fica aquém das expectativas, pronunciando-se pela não desconformidade constitucional das aludidas normas – vejamos de que modo este construiu o seu entendimento.

No âmbito do dito processo foi requerido ao TC que declarasse a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de todas as normas do DL n.º 64-A/89, de 27/02. Particularmente quanto ao art. 25.º, 1 LCCT, é argumentado que, ao proibir os trabalhadores que aceitaram o despedimento de recorrer à suspensão judicial do despedimento, estar-se-ia a violar o direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais. No pedido apresentado, são realçadas as situações em que existe falta de

⁷⁵ De modo a respeitar tal princípio, as medidas a adotar deverão ter em conta 3 subprincípios: o da (i) adequação (em que “está em causa a *eficácia* da medida legislativa” (Miranda, 2017, p. 274), (ii) exigibilidade/necessidade (atinente à sua “*eficiência* comparada com outros meios” (Miranda, 2017, p. 275) e (iii) proporcionalidade em sentido restrito (devendo ocorrer uma “*ponderação de bens*” (Miranda, 2017, p. 277).

⁷⁶ Consagrando-se direitos laborais dos trabalhadores na CRP, estes “adquirem uma *dimensão objectiva*, que implica uma nova concepção da empresa (...), em que o empresário-empregador encontra importantes restrições no seu *poder de direcção*, na *liberdade de empresa* e na *liberdade negocial* e em que os trabalhadores deixaram de ser meros sujeitos passivos de uma organização alheia” (Canotilho, 2007, p. 705).

⁷⁷ Amado, 2023c, p. 1270 (anotação de Catarina Gomes Santos).

⁷⁸ “Julga-se que nem o trabalhador pode renunciar, validamente, ao direito de impugnar judicialmente esse despedimento, nem o legislador pode, legitimamente, organizar semelhante renúncia – ou não estivessem aqui em jogo direitos tão fundamentais como o direito a não ser despedido sem causa juridicamente bastante e o direito de acesso aos tribunais” (Amado, 2023b, p. 401).

⁷⁹ Atente-se no Ac. STJ 29/01/2003 (Emérico Soares): “temos como certo que a afirmada violação dos referidos preceitos constitucionais não ocorre”.

⁸⁰ Acs. TRG 02/06/2016 (Manuela Fialho) e STJ 16/11/2017 (Ferreira Pinto), que concluem com um juízo de não inconstitucionalidade da presunção do art. 366.º CT.

esclarecimento ou coação do trabalhador, situações em que é particularmente gritante a desadequação desta solução face à assimetria da relação laboral.

Esta argumentação não colhe, porém, acolhimento por parte do TC, que vem a decidir que a norma não está ferida de inconstitucionalidade, assentando a sua conclusão no princípio jurídico do *venire contra factum proprium*⁸¹, que entende que seria violado se se permitisse a um trabalhador que havia aceitado o seu despedimento recorrer à suspensão do despedimento. Referindo-se às circunstâncias particulares da falta de esclarecimento ou coação do trabalhador, o Tribunal refuta igualmente a violação da CRP neste contexto, dado sempre assistir ao trabalhador o direito a requerer a suspensão do despedimento nos casos em que a sua aceitação enferme de invalidez (por erro, dolo ou coação, nos termos dos arts. 252.º ss. CC).

Note-se, no entanto, que esta decisão não foi unânime, realçando-se o voto de vencido de Armindo Ribeiro Mendes, que entende que a norma em causa viola os arts. 18.º, 2 e 20.º CRP. Relembrando o papel do Direito do Trabalho na proteção do trabalhador no âmbito de uma relação jurídica implicitamente desigual, declara o conselheiro que é “inaceitável” negar ao trabalhador acesso à suspensão do despedimento com base num suposto *venire contra factum proprium*, particularmente considerando que o trabalhador estará, frequentemente, numa “situação de perturbação, de coação ou de temor reverencial”.

5. Uma (breve) saída de cena e o regresso ao palco: a Lei n.º 32/99, de 18/05 e o CTo3

Eis que, com a entrada em vigor da Lei n.º 32/99⁸², se dá uma reviravolta: a supressão por completo da presunção. Este é, no entanto, um período de muito curta duração e, com a entrada em vigor do CTo3, por força da Lei n.º 99/2003, de 29/08, repristina-se a presunção que tanta celeuma havia suscitado aquando da LCCT.

Ora, com este diploma opera-se uma mudança fundamental na formulação da presunção. Se antes se dizia que o recebimento pelo trabalhador da compensação “vale como aceitação do despedimento”, com o CTo3, preceitua o art. 401.º, 4 que “presume-se que o trabalhador aceita o despedimento quando recebe a compensação”. Esta alteração não é meramente semântica, tendo grande relevância para a interpretação da natureza jurídica da presunção. Assim, se na vigência da LCCT o entendimento

⁸¹ Este consiste numa forma de abuso de direito em que “foi adotado pelo titular do direito um comportamento positivo no sentido de ele já não o querer invocar com a consequência de disposições correspondentes da outra parte que, em virtude deste comportamento, confiou e acabou por se sentir livre da obrigação ou sujeição” (Hörster, 2019, p. 306).

⁸² A propósito das alterações operadas pela Lei n.º 32/99, Lobo Xavier levanta questões de constitucionalidade, “levando em conta os precedentes e a sua tramitação” (Xavier, 2000, 114).

maioritário ia no sentido de considerar esta presunção inilidível, com esta nova redação, o legislador não deixa margem para dúvidas, passando a ser amplamente reconhecido o carácter ilidível da mesma, por força do art. 350.º, 2 CC, e como decorre da Proposta de Lei N.º 29/IX, que aprova o CT03⁸³.

Esta redação vem, no entanto, suscitar um novo problema. Abrindo a porta à ilisão da presunção, o legislador não fornece qualquer pista quanto à efetivação da mesma. No meio desta incerteza, nascem dois entendimentos. Para a doutrina maioritária, para afastar a presunção, bastaria que o trabalhador declarasse, aquando do recebimento da compensação, que este não equivalia à aceitação do despedimento. Já no entendimento de um outro setor e da jurisprudência maioritária, a ilisão implicava a devolução pelo trabalhador do montante. Analisemos com maior detalhe cada uma das posições.

Para Leal Amado, defensor do primeiro destes entendimentos, a ilisão da presunção poderia efetivar-se “através de qualquer meio probatório legalmente admissível”⁸⁴, o que abrangeria uma declaração (expressa e formal) do trabalhador no sentido de que o recebimento da compensação não correspondia a uma aceitação do despedimento promovido. De modo a sustentar o seu entendimento, o autor apoia-se, desde logo, na noção legal de presunção. Preceitua o art. 349.º CC que “presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”. Ora, a partir do momento em que o trabalhador emite a comunicação acima descrita, deixa de se poder inferir de um facto desconhecido um facto conhecido, deixando de existir o *animus* do trabalhador no sentido de aceitar o despedimento (que seria o facto desconhecido em questão). De notar que autores como Monteiro Fernandes⁸⁵, Pedro Furtado Martins⁸⁶, Milena Rouxinol⁸⁷ e Antero Veiga⁸⁸ entendem (embora já no âmbito do CT09) que não há razões para que essa declaração não possa também revestir um carácter tácito (como, de resto, já igualmente defendido nos nossos tribunais, a saber, numa decisão de 06/04/2011⁸⁹). Já Vaz Marecos partilha do posicionamento de Leal Amado, referindo-se a uma declaração expressa.

⁸³ Do ponto 3.4. da sua exposição de motivos, que elenca as alterações a efetuar por via do CT2003, consta o “Estabelecimento da presunção ilidível de que, no despedimento colectivo, o trabalhador, quando recebe a compensação, aceita a cessação do contrato”.

⁸⁴ Amado, 2016, p. 96. Igualmente, Xavier, 2012, p. 91: “O CT/2003 (...) permitia que se afastasse essa presunção por qualquer meio, provando o contrário (subentenda-se a não aceitação do despedimento). Assim, por exemplo, era possível ao trabalhador conservar no seu património a compensação e provar que não aceitara o despedimento (v.g., pela comunicação contemporânea ao empregador de que não podia ser interpretado o recebimento como aceitação do despedimento e que se reservava o direito de o impugnar)”.

⁸⁵ Fernandes, 2023, p. 737.

⁸⁶ Martins, 2017, p. 394.

⁸⁷ Rouxinol, 2017, p. 9.

⁸⁸ Veiga, 2019, p. 19.

⁸⁹ Ac. TRL (Leopoldo Soares): “Consagrando o art.º 401º, nº 4 do Cód. Trab. uma presunção *juris tantum*, a prova em contrário pode consistir numa qualquer declaração do trabalhador, feita até ao momento do

A verdade é que a jurisprudência maioritária, particularmente, a exarada pelo STJ, não acompanhava o entendimento deste setor doutrinal, defendendo que a ilisão da presunção exigia a entrega ou colocação à disposição do empregador da compensação. Atentando nalguma jurisprudência paradigmática produzida durante este lapso temporal, começamos por mencionar um acórdão do STJ datado de 09/12/2010⁹⁰, onde se reconhece que, ao abrigo do CTo3, a prova de que a aceitação da compensação não equivale a uma aceitação do despedimento era possível “por qualquer meio probatório legalmente admissível”. No entanto, afirma-se logo de seguida que “para tanto, não basta a simples declaração do trabalhador no sentido de que questiona a compensação disponibilizada, nem, muito menos, uma ulterior instauração da acção de impugnação do despedimento, sendo, antes, necessário que a declaração repulsiva da compensação, por banda do trabalhador, seja acompanhada de comportamentos com ela compatíveis, não podendo aceitar-se, por regra, que o trabalhador venha a dispor da compensação em seu proveito”⁹¹.

Na mesma linha, realçamos um acórdão do STJ de 03/04/2013⁹² (cuja situação em apreço se encontrava ao abrigo do CTo3), que estabelece que “Não tem a virtualidade de afastar a presunção decorrente daquele dispositivo a mera comunicação feita ao empregador, antes da transferência dos montantes da compensação em causa, da não aceitação do despedimento e da intenção de o impugnar, ainda que esta comunicação seja seguida da impugnação judicial efectiva do despedimento, pois deveria também ter providenciado pela devolução do quantitativo recebido”.

Partindo desta decisão, destacamos um argumento recorrentemente utilizado pelo STJ: a convocação do princípio da boa-fé (que, como decorre da lei⁹³, deve pautar a relação entre as partes da relação jus-laboral). Aludindo a este princípio, o Tribunal é da opinião de que a aceitação da compensação pelo trabalhador simultaneamente com uma declaração de não aceitação do despedimento atenta contra este princípio daí que, muitas vezes, adote formulações como “comportamentos com ela compatíveis”⁹⁴ ou “comportamento consentâneo com a vontade que inicialmente assumira”⁹⁵, quando se refere à obrigatória devolução da compensação. Lê-se assim neste acórdão que “A disponibilização da compensação é uma forma de demonstração de boa-fé da entidade

recebimento da compensação, no sentido da não aceitação do despedimento, a qual, não estando sujeita a forma especial, pode ser expressa ou tácita”.

⁹⁰ Sousa Grandão.

⁹¹ No mesmo sentido: Acs. STJ 27/03/2014 (Melo Lima), STJ 16/06/2015 (Melo Lima), STJ 13/10/2016 (Gonçalves Rocha), TRP 09/12/2008 (Albertina Pereira), TRL 15/07/2015 (Isabel Tapadinhas).

⁹² Leones Dantas.

⁹³ No âmbito do CTo3, este princípio encontrava-se consagrado no art. 119.º, 1, que lia “O empregador e o trabalhador, no cumprimento das respectivas obrigações, assim como no exercício dos correspondentes direitos, devem proceder de boa-fé”, atualmente no art. 126.º, 1 CT.

⁹⁴ Ac. STJ 09/12/2010 (Sousa Grandão).

⁹⁵ Ac. STJ 17/06/2010 (Mário Pereira).

empregadora e da sujeição da mesma aos parâmetros legais no recurso a esta forma de cessação da relação de trabalho e não visa a resolução dos problemas sociais associados ao desemprego dos trabalhadores. (...) Esta disponibilização também exige boa-fé por parte do trabalhador que, caso não aceite o despedimento, deverá devolvê-la ou colocá-la à disposição do empregador, de imediato, ou logo que da mesma tenha conhecimento, inibindo-se da prática de quaisquer actos que possam ser demonstrativos do apossamento do quantitativo que lhe foi disponibilizado. (...) A retenção da compensação por parte do trabalhador quando não concorde com o despedimento colectivo de que é objecto seria manifestamente contrária ao princípio da boa-fé (...)”.

Em comentário a um acórdão do STJ de 13/10/2016⁹⁶ (que subscreve na íntegra o entendimento vertido neste aresto) Leal Amado expõe, sem reservas, as suas críticas ao mesmo, posicionamento que acompanhamos. Desde logo, quanto à caracterização da disponibilização da compensação pelo empregador como manifestação de boa-fé, o autor relembra que esta disponibilização, que parece aqui encarada como uma liberalidade, nada mais é que o cumprimento de um dever legal do empregador, sendo essa disponibilização um requisito de licitude do despedimento⁹⁷. Já relativamente à invocação da boa-fé por parte do trabalhador, o autor resgata as críticas apontadas à presunção, na medida em que não se vislumbra de que modo a manutenção de um montante a que este trabalhador (quase) sempre teria direito contende com o princípio da boa-fé, desde que comunicasse ao empregador a sua intenção de impugnar o despedimento.

Ora, se ao nível do STJ podemos falar de uma unanimidade de posicionamento, não é possível afirmar o mesmo relativamente à 2.ª instância. De facto, durante a vigência do CTo3, encontramos decisões “contracorrente” que, cotejando a solução prevista no CTo3 com a subsequentemente adotada no CTo9, entendem que a entrega ou colocação à disposição apenas surge como requisito obrigatório de ilisão da presunção ao abrigo do 2.º diploma. Afirma-se, assim, neste sentido, em duas decisões do TRL, que “para ilidir a presunção decorrente da aceitação da compensação não é exigível que o trabalhador entregue ou ponha por qualquer forma à disposição do empregador a compensação, exigência que só foi introduzida pelo n.º 5 do art. 366º. do Código do Trabalho de 2009 (...) bastando uma pronúncia efectiva do trabalhador relativamente ao recebimento da compensação”⁹⁸ e que “Face ao CT de 2003 não é exigível a devolução da compensação para afastar a presunção de aceitação do despedimento (tal exigência

⁹⁶ Gonçalves Rocha.

⁹⁷ “não nos parece, pois, que se deva ver nesta disponibilização da compensação um qualquer sinal de boa-fé patronal, antes será um simples sinal de respeito pela lei, de que um dos vários requisitos de licitude do despedimento por causas objetivas foi preenchido” (Amado, 2016, pp. 98-99).

⁹⁸ 20/10/2010 (Isabel Tapadinhas).

só foi introduzida pelo n.º 5 do art. 366.º do Código do Trabalho de 2009 (...)”⁹⁹. É interessante notar, contudo, que ambos os relatores mudaram de opinião anos mais tarde, com Isabel Tapadinhas a subscrever o que havia sido dito no já mencionado acórdão do STJ de 03/04/2013 e Seara Paixão a afirmar que “Para que o trabalhador ilida a presunção de aceitação do despedimento aí estabelecida, não lhe basta que declare perante a entidade patronal não o aceitar nem à compensação, sendo também necessário que actue de boa-fé, assumindo um comportamento consentâneo com aquele propósito, nomeadamente diligenciando pela devolução da compensação paga pela entidade empregadora”¹⁰⁰.

Encontramos igualmente decisões que classificariamos de “meio-termo” que, adotando a posição de princípio de que a melhor forma de ilidir a presunção será em regra, a devolução da compensação, relevam, contudo, a situação socioeconómica do trabalhador, considerando a presunção ilidida mesmo que na ausência de devolução. Neste sentido, começa Maria João Romba, num acórdão do TRL de 17/03/2010, por afirmar: “Uma declaração do próprio interessado que não lhe é desfavorável, não faz prova plena contra ele, mas apenas se se tratar de um facto que lhe é desfavorável. A melhor forma de ilidir a presunção de aceitação seria a devolução do valor da compensação”. No entanto, afirma de seguida que “A A., todavia, alega que só recebeu a compensação porque sem ela a sua vida familiar sofreria graves percalços, pois tendo a seu cargo e do marido dois filhos menores e a mãe, o vencimento do marido é insuficiente para prover às necessidades da família. (...) Embora se possa contrapor que a A. sempre iria receber subsídio de desemprego, sabemos que este seria de valor bastante inferior à respectiva retribuição (...) pelo que, neste circunstancialismo e tratando-se de prova sujeita ao princípio da livre apreciação, entendemos que a declaração da A. dirigida à R. no momento em que recebeu a compensação, face ao motivo por que não procedeu à respectiva devolução, é suficiente para considerar ilidida a presunção de que não aceitou o despedimento”.

6. O enredo adensa-se: o CTo9 e alterações subsequentes

Perante este vazio quanto ao modo de ilisão da presunção, com a entrada em vigor do CTo9 por força da Lei nº 7/2009, de 12/02, vem a ser aditado ao art. 366.º CT o n.º 5, onde se lê: “A presunção referida no número anterior pode ser ilidida desde que, em simultâneo, o trabalhador entregue ou ponha, por qualquer forma, à disposição do empregador a totalidade da compensação pecuniária recebida”, indo o legislador ao

⁹⁹ 23/06/2010 (Seara Paixão).

¹⁰⁰ Ac. TRL 10/04/2013.

encontro do já defendido, ao abrigo do CTo3, pela maioria da doutrina e jurisprudência. Exige-se, portanto, a devolução da compensação, o que implica, à semelhança do ato de recebimento de compensação, uma conduta (de *facere* ou, com menor probabilidade, de *non facere*) por parte do trabalhador¹⁰¹.

No entanto, uma vez mais, a redação da norma não é de todo satisfatória, suscitando-se dúvidas quanto ao modo como se deve interpretar a expressão “em simultâneo”: que atos são estes a praticar “em simultâneo”? E o que significa essa simultaneidade? A expressão foi amplamente interpretada como uma exigência de simultaneidade de atos, ficando clara com o aditamento do n.º 5 a necessidade de dois atos concomitantes. Se decorre da letra da lei que um dos atos deverá ser a devolução da compensação, não é, porém, evidente qual o segundo ato a praticar em simultâneo¹⁰².

Face ao silêncio do legislador, aventam-se no seio da doutrina várias hipóteses. Surge assim o entendimento dominante de que o segundo ato se esgotaria numa declaração do trabalhador de que a aceitação da compensação não equivalia a uma aceitação do despedimento (nos moldes já delineados na vigência do CTo3) podendo tal declaração, no entendimento de certos autores¹⁰³, consistir na simples instauração da ação de impugnação do despedimento, enquanto declaração tácita. Existem, porém, igualmente autores, como Furtado Martins¹⁰⁴ ou Leal Amado¹⁰⁵, que entendem que, para que a ilisão opere, basta a devolução da compensação, sem mais (ambos aconselhando,

¹⁰¹ Notar que a lei não menciona apenas a entrega, mas também a colocação à disposição do empregador da compensação, prevenindo assim eventuais “manobras”, no sentido de este se furtar ao recebimento do montante. A este propósito, afirma Marecos que, por isso mesmo, “nada veda que o trabalhador proceda a transferência bancária para a conta bancária do empregador de onde, durante a pendência do contrato, foram sempre transferidas para a sua própria conta, a retribuição por aquele devida. Da mesma forma, poderá o trabalhador consignar em depósito a compensação” (Marecos, 2024, p. 1071).

¹⁰² Para Milena Rouxinol, este segundo ato será aquele que, verdadeiramente, operará a ilisão da presunção: “cremos que a norma atesta, justamente, o que afirmamos anteriormente: que a devolução da compensação não constitui, em si mesma, o ato de ilisão, embora tenha de o acompanhar” (Rouxinol, 2017, p. 9). Paula Quintas parece não partilhar deste entendimento, afirmando: “numa postura interpretativa unânime, entende-se que a entrega ou a colocação à disposição do empregador da compensação é a condição *sine qua non* para o ato presuntivo se ilidir” (Quintas, 2021, p. 252).

¹⁰³ Diz-nos Monteiro Fernandes: “Esta [presunção], naturalmente, tem que cessar quando o trabalhador manifesta, inequivocamente (em particular, através da instauração de acção de impugnação, podendo também fazê-lo por simples comunicação ao empregador), a sua não-aceitação do despedimento” – FERNANDES (2023), 737. Defendendo a possibilidade de emissão de declaração tácita, afirma Rouxinol: “não nos parece é que tal declaração tenha de ser expressa. Nem a lei o exige (...) nem se nos afiguram razoáveis os resultados a que tal entendimento nos leva” (Rouxinol, 2017, p. 9).

¹⁰⁴ “(...) julga-se que será a comunicação do trabalhador ao empregador da não-aceitação do despedimento, que terá de ser feita ‘em simultâneo’ com a devolução da compensação. Mas também nos parece que a simples recusa ou a devolução da compensação ao empregador é suficiente para afastar a presunção, mesmo se não acompanhada de declaração expressa de oposição ao despedimento. (...) A devolução da compensação constitui um comportamento concludente que só pode ser razoavelmente interpretado como significando a recusa em aceitar o despedimento. Não é, pois, de exigir que, além disso, o trabalhador exprima a recusa de outro modo e comunique tal declaração ao empregador” (Martins, 2017, p. 394).

¹⁰⁵ “não se divisa, porém, com facilidade, a que *quid plus* a lei terá pretendido referir-se que possa ter a virtualidade de acrescentar algo de significativo no sentido da não aceitação do despedimento ao, já de si assaz concludente, ato de devolução da compensação” (Amado, 2023c, pp. 1310-1311).

porém, que o trabalhador, em nome da prudência, emita uma declaração expressa no sentido de não aceitar o despedimento¹⁰⁶).

Levantam-se também questões quanto ao prazo de restituição da compensação, sendo a lei igualmente omissa quanto ao mesmo. Esta questão colocava-se já no âmbito do CTO3, com a maioria dos tribunais a entenderem que a devolução teria de ocorrer de forma imediata ou, nalgumas decisões mais “permissivas”¹⁰⁷, no mais reduzido espaço temporal possível.

Face à nova redação do CTO9, autores como Leal Amado¹⁰⁸, Milena Rouxinol¹⁰⁹, Antero Veiga¹¹⁰, Paula Quintas¹¹¹ e Lobo Xavier¹¹² admitiam a devolução até ao esgotamento do prazo de proposição da ação de impugnação do despedimento (ou de instauração da providência cautelar de suspensão do mesmo). Nas palavras de Antero Veiga, que subscrevemos, “a norma em apreço deve ser interpretada no sentido de que a “devolução” (colocação à disposição) da compensação ao empregador como condição para o exercício do direito de ilidir a presunção que decorreu do seu recebimento, deve ocorrer aquando da manifestação por parte daquele da sua intenção impugnar o despedimento, o que no limite pode ocorrer até ao termo do prazo para impugnar o despedimento”¹¹³.

Esta construção não é, contudo, a que encontra maior acolhimento no seio da jurisprudência¹¹⁴, sendo criticada, entre outros, por Furtado Martins, para quem “esta leitura equivale a negar a presunção, retirando-lhe qualquer efeito útil no confronto com o simples decorrer do prazo de caducidade para agir judicialmente”¹¹⁵. Surge assim igualmente o entendimento, seguido pela jurisprudência maioritária ao abrigo do CTO3, de que seria necessária uma devolução (quase) imediata do montante recebido (sem prejuízo da existência de uma situação de justo impedimento)¹¹⁶, devendo o trabalhador

¹⁰⁶ Afirma Furtado Martins: “a prudência aconselha que o trabalhador declare expressamente a não-aceitação do despedimento em comunicação dirigida ao empregador, ao mesmo tempo que devolve a compensação” (Martins, 2017, p. 394). Igualmente, Amado, 2023c, p. 1311.

¹⁰⁷ Como ex., veja-se o Ac. STJ 09/12/2010 (Sousa Grandão): “não sendo necessariamente exigível que o trabalhador devolva de imediato a verba disponibilizada – hipótese em que a própria disciplina legal não cobraria sequer aplicação por não ser de vislumbrar no caso, tão pouco, uma situação de recebimento – já não poderá aceitar-se, por regra, que o trabalhador venha a dispor da compensação em seu proveito”.

¹⁰⁸ Amado, 2023a, p. 250.

¹⁰⁹ Rouxinol, 2017, p. 14.

¹¹⁰ Veiga, 2019, p. 22.

¹¹¹ Quintas, 2021, p. 261.

¹¹² Xavier, 2012, p. 92.

¹¹³ Veiga, 2019, p. 22.

¹¹⁴ Em crítica direta a este entendimento, Ac. TRL 01/09/2015 (José Eduardo Sapateiro): “Os textos legais que a tal realidade respeitam não suportam minimamente uma interpretação que procure estabelecer o esgotamento dos prazos de caducidade das correspondentes impugnações judiciais (...) como limite máximo admissível para a restituição juridicamente eficaz, à entidade empregadora, da referida compensação por parte do trabalhador”.

¹¹⁵ Martins, 2017, p. 395.

¹¹⁶ Por ex., Ac. TRL 24/03/2021 (Eduardo Sapateiro), onde, apesar de entender que o prazo de devolução não deverá, em condições normais, ultrapassar 1 semana, afirma que deverão ser acauteladas “situações verdadeiramente excecionais, equiparadas ao justo impedimento do artigo 140.º do NCCP”.

“recusar o recebimento da compensação ou proceder à devolução da compensação imediatamente após o seu recebimento, ou no mais curto prazo”¹¹⁷.

De modo a definir, *in casu*, o conceito de “prazo razoável” de devolução, revestirá especial importância o modo de disponibilização da compensação¹¹⁸. De facto, entendia-se, globalmente, que “a expressão “em simultâneo” (...) não afasta totalmente a hipótese de uma devolução posterior ao próprio momento em que a compensação é recebida”¹¹⁹. Assim, tendo sido o pagamento efetuado em numerário ou cheque, diretamente, a exigência da jurisprudência era maior que nos casos em que a colocação à disposição ocorrera por transferência bancária. No primeiro dos cenários, os tribunais tendiam a exigir uma devolução imediata¹²⁰; já no segundo, a devolução deveria ocorrer no mais curto espaço de tempo possível, nomeadamente, assim que o trabalhador tomasse conhecimento de que o valor compensatório tinha sido creditado na sua conta¹²¹, sendo os tribunais particularmente exigentes quando haja ocorrido a comunicação pelo empregador da data de depósito do montante na conta bancária (independentemente, por ex., da dificuldade de acesso do trabalhador à mesma¹²²).

Como vimos acima, o prazo considerado razoável para devolver a compensação é um conceito bastante lato, tendo sido reputado irrazoável por exceder lapsos temporais tão díspares quanto 13 dias¹²³, 47 dias¹²⁴, 2 meses¹²⁵ ou 5 meses¹²⁶, sem se afirmar, no entanto, qual o prazo, objetivamente, considerado aceitável. Em face desta situação, o silêncio do legislador revela-se particularmente pernicioso, conduzindo a uma grave falta de uniformidade na aplicação do direito. Sendo certo que os tribunais¹²⁷ têm vindo a afirmar a necessidade de ter em conta o caso concreto ao determinar este “prazo razoável”, a verdade é que, estando a apreciação do conceito dependente de interpretação casuística, o trabalhador encontrar-se-á sempre à mercê do entendimento seguido pelo

¹¹⁷ Ac. STJ 17/03/2016 (Ana Luísa Galdes).

¹¹⁸ A este respeito, Martins, 2012, p. 363 e Marecos, 2024, p. 1071.

¹¹⁹ Ac. TRP 08/07/2015 (Maria José Costa Pinto).

¹²⁰ Crítico desta exigência, afirma Lobo Xavier: “Será uma posição extremista exigir ao trabalhador a devolução imediata da compensação para impedir que se estabeleça a presunção” (Xavier, 2012, p. 92).

¹²¹ Como ex., Ac. STJ 17/03/2016 (Ana Luísa Galdes), de onde decorre que a devolução deverá ocorrer “logo que a receba, caso o pagamento lhe seja oferecido diretamente em numerário ou cheque ou, pelo menos, logo que tome conhecimento de que o valor da compensação lhe foi creditado na respetiva conta bancária, caso o pagamento se realize mediante transferência bancária”.

¹²² Assim, Ac. TRL 21/03/2018 (Paula Santos): “Tendo o trabalhador conhecimento pela entidade patronal, desde 12 de Julho de 2017, que até ao dia 12 de Agosto ser-lhe-ia depositada a compensação, como o foi, a qual apenas devolve no dia 05 de Setembro de 2017, não logrou ilidir a presunção a que se refere o preceito legal citado, não justificando tal dilação, sem mais, o facto de alegadamente estar de férias e não ter acesso à sua conta bancária”.

¹²³ Ac. TRC 22/10/2021 (Jorge Manuel Loureiro).

¹²⁴ Ac. TRP 10/09/2018 (Paula Leal de Carvalho).

¹²⁵ Ac. TRP 14/05/2012 (Ferreira da Costa).

¹²⁶ Ac. TRP 05/02/2018 (Rita Romeiro).

¹²⁷ Destaque-se, novamente, o Ac. STJ 23/09/2020: “à referida expressão “em simultâneo”, que significa “ao mesmo tempo”, tem de ser atribuída a maleabilidade necessária (prazo razoável) para poder abarcar um conjunto de situações que exigem uma apreciação flexível respeitante a eventuais factos que poderão ser alegados pelo trabalhador para afastar a presunção da aceitação do despedimento”, devendo levar-se em consideração “todo o contexto dinâmico do caso concreto”.

tribunal que irá julgar o seu caso, podendo, no limite, duas situações semelhantes, na prática, terem desfechos diametralmente opostos.

Mais: a interpretação tradicional da expressão “em simultâneo” enferma, a nosso ver, de várias inconsistências. Por um lado, parece contraditório, retirando-se da expressão “em simultâneo” a exigência de simultaneidade temporal, admitir, porém, uma devolução dentro de um prazo razoável¹²⁸. Por outro lado, quanto a situações em que se fala de “devolução imediata”, tal entendimento parece incompatível com a própria figura da presunção legal. Revisitando a definição legal de presunção (“ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”), e como bem expõe Antero Veiga, “não pode presumir-se a aceitação (...) se o trabalhador não recebe a compensação, porque de imediato a não aceita, já que o facto conhecido de que se retira a presunção não ocorre”, criando-se, assim, com este entendimento da jurisprudência maioritária, uma “situação paradoxal”¹²⁹. Em termos simples: não se pode devolver algo que não se chega sequer a receber (devendo o recebimento, de resto, ser interpretado nos moldes anteriormente aludidos, exigindo-se, designadamente, um comportamento volitivo do trabalhador)¹³⁰.

Coloca-se uma última dúvida interpretativa: deveria o trabalhador, para ilidir a presunção, devolver apenas o valor correspondente à compensação, ou todo o montante pago pelo empregador no seguimento do despedimento coletivo, onde se incluem igualmente os créditos vencidos e os créditos exigíveis? A doutrina e a jurisprudência¹³¹ vão no sentido de que o montante relevante para este efeito será somente o da compensação. Diz-nos Marecos que tal se deve, desde logo, ao facto de os restantes créditos sempre serem devidos ao trabalhador, decorrendo do despedimento enquanto declaração recetícia independente da aceitação do trabalhador¹³², lembrando

¹²⁸ Afirma Leal Amado: “O que, cremos, não tem a mínima correspondência na letra da lei, nem obedece a qualquer racionalidade, é (...) interpretar o preceito como se o legislador previsse que o trabalhador despedido ia fazer uma coisa e o seu contrário, “em simultâneo”, isto é, “ao mesmo tempo” – receber a compensação e, simultaneamente, devolvê-la ao empregador, assim se presumindo e destruindo a aceitação do respetivo despedimento. E depois, como semelhante passe de mágica seria impossível, o que a jurisprudência faz é acabar por deixar cair a exigência de tal simultaneidade, passando a dizer que a devolução da compensação deve ser feita “no mais curto prazo”, “num prazo razoável”, etc. – e, com isto, aqui sim, chegamos a uma interpretação do “em simultâneo” sem qualquer correspondência na letra da lei...” (Amado, 2023a, p. 253).

¹²⁹ Veiga, 2019, p. 12.

¹³⁰ A este respeito, Rouxinol, 2017, pp. 12-13.

¹³¹ No Ac. TRL 24/09/2014 (Alda Martins): “Não estando discriminado o valor da compensação englobada nos créditos considerados a favor do trabalhador, o mesmo não estava sequer em condições de saber que quantia tinha que entregar ou pôr à disposição do empregador para ilidir a presunção legal de aceitação do despedimento, nos termos do n.º 6 do citado art. 366.º, sendo manifesta a má fé do empregador ao querer aproveitar-se do alegado incumprimento de tal ónus pelo trabalhador quando foi ele próprio que o inviabilizou”.

¹³² “Sendo plenamente eficaz, uma das consequências do despedimento, independentemente da sua licitude ou ilicitude, é o direito do trabalhador ao pagamento da retribuição referente ao período do aviso prévio, ao pagamento das férias eventualmente vencidas e não gozadas e respectivo subsídio e das férias, subsídios de férias e de Natal proporcionais ao trabalho prestado no ano da cessação, (...). Tratam-se, portanto, de créditos que o trabalhador sempre iria receber, independentemente até da cessação se dever a iniciativa do

igualmente a necessidade de considerar que o indivíduo em questão, tendo perdido a sua fonte de sustento, necessitará desses valores de modo a suprir as suas necessidades (especialmente considerando que, dado o art. 366.º, 5 CT, terá de abrir mão da compensação de modo a poder impugnar o despedimento¹³³).

A redação dos n.ºs 5 e 6 do art. 366.º CT, após a entrada em vigor do CTO9, vem a ser alterada por força da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho e, mais tarde, da Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto, que vem introduzir a redação atual da norma.

As mudanças operadas pela primeira destas leis foram fortemente influenciadas pelo Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego¹³⁴, que constitui “a verdadeira pauta orientadora (e, ao mesmo tempo, legitimadora) daquilo que veio a ser a reforma laboral de 2012”¹³⁵. Ora, este previa a criação de um FCT ou ME, que serviria de “garantia parcial dos créditos dos trabalhadores e instrumento de aligeiramento do impacto na tesouraria das empresas da cessação de contratos por razão objectiva, nomeadamente nos despedimentos colectivos”¹³⁶. Assim, no seguimento da consagração dessas figuras¹³⁷, a redação do art. 366.º CT (no n.º 6) dada pela Lei n.º 23/2012 passa a fazer menção à possibilidade de entrega ou colocação à disposição da compensação a um “fundo de compensação do trabalho ou mecanismo equivalente”. De realçar que, com a entrada em vigor desta lei, operou-se uma diminuição dos montantes devidos a título de compensação por cessação da relação laboral. Não nos cabendo, no âmbito do presente estudo, deter-nos nesta decisão legislativa, é de mencionar que tal diminuição impactou a própria figura da compensação, ao contribuir para o comprometimento da sua tipicamente identificada função moderadora¹³⁸.

Relativamente às mudanças operadas pela Lei n.º 69/2013, esta veio aditar ao art. 366.º, 4 CT a menção expressa à necessidade de ocorrência do pagamento da totalidade da compensação de modo que a presunção produza os seus efeitos. Embora tenhamos já tido oportunidade de mencionar que este era o entendimento dominante desde a criação da figura com a LCCT, é de louvar a iniciativa do legislador de tornar

empregador, ou ter sido iniciativa do próprio trabalhador, nenhum motivo há para que o trabalhador não os receba e utilize como pretende” (Marecos, 2024, p. 1070).

¹³³ Marecos, 2024, pp. 1070-1071.

¹³⁴ Acordo firmado em janeiro de 2012 em sede de concertação social, inspirando-se no Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego de 22/03/2011, que vem desenvolver as ideias apresentadas no Memorando de Entendimento assinado em maio do ano precedente pelo Governo e representantes do Fundo Monetário Internacional, da Comissão Europeia e do Banco Central Europeu. A este respeito, Fernandes, 2012, pp. 547-549.

¹³⁵ Fernandes, 2012, p. 549.

¹³⁶ Fernandes, 2012, p. 550.

¹³⁷ A regulamentação do FCT e ME, bem como do FGCT, ocorre com a Lei n.º 70/2013, de 30/08.

¹³⁸ Quanto a esta questão, afirmam Leal Amado e Catarina Gomes Santos que “a evolução recente do nosso ordenamento, diminuindo drasticamente o montante da referida compensação, implica, como é obvio, que esta função resultou comprometida” (Amado, 2023a, p. 239).

expressa esta exigência¹³⁹. Adicionalmente, com esta Lei, elimina-se da norma relativa à ilisão da presunção a menção ao FCT ou ME.

7. *Plot twist*: uma inversão na jurisprudência

Como mencionámos no capítulo anterior, a jurisprudência maioritária entendia que a devolução da compensação teria de ocorrer de forma quase imediata, no mais curto lapso de tempo possível. Começaram, porém, a surgir decisões¹⁴⁰ que admitiam um prazo de devolução mais alargado, mais concretamente, fazendo-o coincidir com a instauração do procedimento cautelar de suspensão do despedimento (nos termos do art. 386.º CT) ou da ação de impugnação do despedimento (de acordo com o art. 387.º, 2 CT), no seguimento do que vinha sendo defendido por parte da doutrina (destaque-se o posicionamento de Leal Amado, que entende que esta interpretação da presunção nada mais é que a “interpretação natural, declarativa”¹⁴¹ da mesma).

No seguimento destas decisões, bem como de um rol de acórdãos de revista excecional¹⁴², surge o AUJ n.º 7/2024¹⁴³, cujo sumário preceitua: “Para que possa ser ilidida a presunção de aceitação do despedimento constante do n.º 4 do artigo 366.º do Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro, com as alterações que, entretanto, lhe foram introduzidas) a totalidade da compensação recebida pelo trabalhador deverá ser devolvida por este até à instauração do respetivo procedimento cautelar ou ação de impugnação do despedimento, sendo esse o significado da expressão “em simultâneo” constante do n.º 5 do mencionado artigo 366.º”, cujo raciocínio analisaremos agora em maior detalhe.

O Tribunal começa por identificar a questão em causa (a aferição do prazo de devolução da compensação para efeitos de ilisão da presunção), deixando claro que a presunção surge, nos moldes atuais, com o CTo9, aludindo à teoria do *venire contra factum proprium* como a que estaria na sua génese. Após este introito, o STJ chega ao busílis da questão: “se o trabalhador para ilidir a presunção de que aceitou o despedimento, tem que devolver em simultâneo a compensação recebida, importa

¹³⁹ Afirma-se no Ac. STJ 08/05/2024 (Domingos José De Moraes): “o pagamento da totalidade da compensação é condição *sine qua non* para que funcione a presunção de aceitação do despedimento (...) atenta a actual redacção dada ao n.º 3 do citado normativo pela Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto” e “assim, se dúvidas houvesse na interpretação da anterior redacção do n.º 3 do artigo 366.º do CT, quanto ao valor da compensação a pagar pelo empregador, foram dissipadas com a redacção dada pela Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto”.

¹⁴⁰ Entre outros, Acs. TRG 01/07/2021 (Vera Maria Sottomayor), TRP 09/10/2023 (Paula Leal de Carvalho), STJ 24/01/2024 (Domingos José De Moraes), TRE 25/01/2024 (Emília Ramos Costa).

¹⁴¹ Amado, 2023a, p. 252.

¹⁴² A saber, Acs. STJ 17/03/2022 (Paula Sá Fernandes), 12/10/2022 (Domingos José de Moraes), 01/02/2023 (Mário Belo Morgado).

¹⁴³ Ac. STJ 17/04/2024 (Júlio Gomes).

questionar “em simultâneo” com quem, e, por conseguinte, até quando”. De modo a responder a essa dúvida, o Tribunal passa revista aos vários entendimentos existentes na doutrina e jurisprudência. Focando-nos na análise feita à jurisprudência, o STJ começa por evidenciar o posicionamento maioritário, aludindo, contudo, à existência de decisões em que se interpretou a norma como permitindo a devolução até à data da impugnação do despedimento, mencionando dois acórdãos que iremos analisar brevemente.

Começamos pelo Ac. TRG 01/07/2021, relatado por Vera Maria Sottomayor. Nesta decisão adere-se à tese já defendida por Antero Veiga, na medida em que, e citando a decisão, “não é lógico interpretar a simultaneidade exigida pela norma como reportando-se ao momento do pagamento da compensação por parte da entidade empregadora. Por um lado, nesse momento não nasceu ainda qualquer presunção, pelo que será sistematicamente incongruente fazer reportar a ilisão da presunção a um momento onde esta (que nasce com o recebimento da compensação) ainda não existe. Por outro lado, estar-se-ia a impor ao trabalhador um encurtamento intolerável dos prazos (...) que a lei lhe faculta para ponderar quanto a avançar ou não para a impugnação da regularidade e licitude do despedimento”, mencionando-se, ainda o facto de, recorrentemente o empregador, no momento da cessação do vínculo laboral, fazer um pagamento “em bloco”, dificultando a tarefa de isolar os montantes correspondentes à compensação. Assim, interpreta o tribunal que “o que será mais consentâneo com os elementos teleológico e sistemático da interpretação será considerar que a expressão “em simultâneo” se reporta ao ato em que o trabalhador manifesta a sua intenção de impugnar o despedimento”, sendo que, portanto, “o limite para o trabalhador devolver ou colocar à disposição do empregador a compensação recebida é o momento da instauração da impugnação judicial do despedimento”.

Passando a analisar o Ac. TRE 23/09/2021, relatado por Mário Branco Coelho, verificamos que este subscreve as críticas tecidas por certa doutrina relativamente à constitucionalidade do regime nos moldes em que é comumente interpretado, afirmando que “conduz a resultados de duvidosa conformidade constitucional, por violação dos princípios da segurança no emprego e da tutela jurisdicional efectiva”. Assim, conclui que o comportamento da trabalhadora (que havia devolvido a compensação na data da audiência de partes) se revelava suficientemente idóneo para afastar a presunção.

Retomando o nosso percurso pelo AUJ, este aborda a diversidade de entendimentos no seio do próprio STJ, que, tendo durante um lapso de tempo considerável seguido o entendimento “tradicional”, começou a exarar decisões mais permissivas, que têm em conta o caso concreto (como o Ac. de 23/09/2020 ao qual aludimos anteriormente), tendo igualmente exarado decisões (como a de 12/10/2022,

de Domingos José De Moraes ¹⁴⁴) no sentido de que a devolução seria, para efeitos de ilusão, admissível “simultaneamente, com a apresentação em juízo de um dos dois procedimentos legais previstos nos artigos 386.º e 387.º, n.º 2, do Código do Trabalho”, e em que se afirma que “fixando a lei laboral apenas dois procedimentos de reacção em juízo do trabalhador à comunicada decisão de despedimento por parte do empregador, (...), não pode o intérprete considerar qualquer outro, não só porque os elementos gramatical e racional da lei não o permitem, mas ainda para garantir as necessárias certeza e segurança jurídicas e a confiança no sistema judiciário, e, assim, evitando arbitrariedade das decisões no concreto”.

Aqui chegado, o STJ conclui assim que a devolução poderia ocorrer até à instauração do procedimento cautelar ou da ação de impugnação do despedimento, que será assim o 2.º ato a praticar “em simultâneo”, entendendo que esta é a única interpretação consentânea com a estipulação de um prazo de impugnação do despedimento de 6 meses¹⁴⁵ e a que melhor acautela a certeza e previsibilidade jurídicas, o direito de acesso à justiça e a teleologia do preceito.

De notar que é necessário atender aos limites estabelecidos por este entendimento, particularmente dado o conteúdo do art. 387.º, 1 CT, de onde decorre a oposição ao despedimento mediante apresentação de requerimento em formulário próprio. Assim, a devolução da compensação deverá ocorrer até ao momento dessa apresentação, independentemente de ainda não ter sido apresentado o articulado motivador do empregador, como explicitamente afirmado num acórdão do TRP¹⁴⁶ onde, não obstante se demonstrar apoio à tese de Lobo Xavier que permitira tal situação¹⁴⁷, se conclui que tal entendimento não será consentâneo com o elemento literal.

¹⁴⁴ Citando a decisão: “a expressão ‘em simultâneo’ significa que o fim prosseguido pelo legislador ao elaborar a norma – a ‘*ratio legis*’ –, se concretiza na prática simultânea de dois actos: a devolução da totalidade da compensação e outro acto associado, e não no imediatismo dessa devolução”.

¹⁴⁵ A este respeito, questiona o tribunal: “Na verdade, para que serve conceder ao trabalhador seis meses para impugnar judicialmente o despedimento coletivo se, a final, quando receba (...) a compensação (...) tenha que decidir em alguns poucos dias se o vai ou não impugnar, porque nesses poucos dias teria que devolver a compensação recebida?”.

¹⁴⁶ 20/05/2024 (Rui Penha).

¹⁴⁷ “É certo que, como se referiu acima, citado no mencionado acórdão desta Secção Social de 9 de outubro de 2023, Bernardo da Gama Lobo Xavier, (...), vem defender que ‘Não parece indispensável que o trabalhador devolva em simultâneo com a entrega do requerimento/formulário de impugnação, pois a iniciativa da ação será do empregador (art. 98º-J do CPT) e as coisas podem ficar por aí (art. 98º-J, 3, do CPT). E não podemos excluir que o trabalhador apenas faça a devolução no articulado a que responda à invocação pelo empregador por ação ou exceção da presunção da aceitação. De qualquer modo, a elisão da presunção é fundamentalmente judicial e a posse do quantitativo da compensação é apenas algo que obsta que o trabalhador ponha em marcha – através de articulado – os meios que permitem roubar significado à presunção de aceitação’. Porém, tal entendimento, não se coaduna com a redacção do nº 1 do art. 387º do Código do Trabalho, do qual consta que a oposição ao despedimento se faz mediante a apresentação do respectivo requerimento em formulário”.

8. Cai o pano? A potencial revogação da presunção e soluções *de iure condendo*

Embora esta nova interpretação jurisprudencial tenha vindo mitigar a insegurança jurídica decorrente da existência de diferentes entendimentos relativamente à norma que prevê a compensação¹⁴⁸, e tenha vindo possibilitar ao trabalhador tomar uma decisão mais ponderada (e quiçá, juridicamente aconselhada), ficam no entanto por resolver vários dos problemas advenientes da exigência de devolução da compensação para reagir ao despedimento, continuando a não estar acautelada, desde logo, a (previsivelmente precária) situação económica do trabalhador após o despedimento.

Daí que, ao longo dos anos, vários autores tenham vindo a defender que só a simples revogação da presunção acautelaria verdadeiramente os direitos do trabalhador. Neste sentido, têm vindo a pronunciar-se, entre outros, Milena Rouxinol¹⁴⁹, Paula Quintas¹⁵⁰ e Leal Amado¹⁵¹, sendo de destacar que o posicionamento deste último (juntamente com Catarina Gomes Santos) foi já reiterado após os já acima referidos arestos inovadores (particularmente, o Ac. STJ de 12/10/2022)¹⁵². Referindo-se à alteração legislativa operada pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, afirma Catarina Gomes Santos que esperava que o legislador “tivesse feito eco destes ‘ventos de mudança’ e revogado os n.ºs 4 e 5 do art. 366.º do CT, o que, lamentavelmente, não sucedeu”¹⁵³.

A potencial revogação da norma foi por diversas vezes alvo de debate na Assembleia da República, por força de projetos de lei apresentados pelo Bloco de Esquerda¹⁵⁴. Denunciando a presunção enquanto “cláusula amordaçante dos trabalhadores”, este propôs a revogação da mesma, com o apoio de Luísa Guimarães, inspetora-geral do Trabalho à data que, ouvida a propósito do projeto de lei de 2018, afirmou que a presunção “poderia eventualmente constituir um entrave ao exercício de um direito que lhe [ao trabalhador] é garantido por lei”¹⁵⁵. No entanto, apesar de o projeto ter sido aprovado na generalidade, a revogação da norma foi travada na especialidade. Não obstante os projetos de lei apresentados nos anos subsequentes, a

¹⁴⁸ A título de ex., atente-se nos Acs. TRG 03/10/2024 (Antero Veiga) e STJ 05/06/2024, decisões que, tomadas após a publicação do AUJ, remetem simplesmente para o mesmo, não procedendo à “clássica” revisão dos entendimentos divergentes relativos a este tópico.

¹⁴⁹ Rouxinol, 2017, p. 8.

¹⁵⁰ Quintas, 2021, p. 259.

¹⁵¹ Amado, 2016, p. 102.

¹⁵² “a nosso ver, é uma lástima que, tantos anos volvidos, num quadro político e parlamentar substancialmente alterado, estas iníquas normas resistam” (Amado, 2023a, p. 254).

¹⁵³ Santos, 2023, p. 266. Na mesma esteira, Milena Rouxinol: “Apesar da latitude da Agenda do Trabalho Digno (...) o documento é omissivo relativamente a uma matéria cuja regulação atual me suscita as maiores reservas.” (em <https://eco.sapo.pt/opiniaao/a-presuncao-de-aceitacao-do-despedimento-mas-e-boas-noticias/>).

¹⁵⁴ Salientamos os Projetos de Lei n.º 905/XIII/3.ª (de 30/05/2018), n.º 704/XIV/2.ª (de 26/02/2021), n.º 162/XV/1.ª (de 17/06/2022) e, mais recentemente, após a Lei n.º 13/2023, n.º 986/XV/2.ª (de 13/12/2023).

¹⁵⁵ Em <https://www.jornaldenegocios.pt/economia/emprego/lei-laboral/detalhe/act-defende-proposta-que-facilita-contestacao-de-despedimentos-em-tribunal>

verdade é que essas iniciativas acabaram por ser infrutíferas, mantendo-se em vigor a presunção nos moldes em que sempre existira.

Encontramos no seio da doutrina outras propostas, de *iure condendo*, que não a de revogação da norma. Assim, destacamos a construção de Lobo Xavier, que propõe encarar a compensação em “duas tranches”, reconduzindo-se a uma dupla função da compensação em causa: uma função reparadora, de ressarcimento do trabalhador pela perda do emprego e antiguidade, e uma função de “eliminação de um ‘custo de transacção’”¹⁵⁶ para o empregador, servindo de “seguro de impugnabilidade”¹⁵⁷. O autor sugere assim que, para efeitos da presunção, deveria ter-se em conta apenas a segunda tranche da compensação, “contrapartida pelo facto de o empregador ficar seguro de o trabalhador aceitar o despedimento”, que se venceria “findo o prazo de impugnação, se o despedido anuísse em não contestar”¹⁵⁸, correspondendo a outra componente da compensação aos valores aos quais o trabalhador sempre terá direito por força do despedimento. Apesar de reconhecermos o mérito desta construção, que pretende acautelar os interesses de ambos os lados da relação jurídico-laboral, temos, contudo, dúvidas relativamente à aplicabilidade prática da mesma, ficando por explicar quem deveria definir o montante afeto a cada uma das “tranches” compensatórias.

Parece-nos que uma outra solução mitigadora poderia passar pela implementação de um dever de informação ao empregador, que deveria advertir o trabalhador de que, ao aceitar a compensação, estaria a abdicar do seu direito de impugnar judicialmente o despedimento, sob pena de, furtando-se o empregador a esse dever, o despedimento não ser considerado válido. Ainda assim, esta não seria uma solução completamente satisfatória. Por um lado, a prova de que tal advertência não ocorrera seria difícilima. Ademais, mesmo que se exigisse que o trabalhador declarasse por escrito que tinha sido informado, haveria sempre o risco de tal declaração ser emitida sob coação.

Fazendo uma brevíssima incursão pelo ordenamento alemão, destacamos a forma como este parece ter tentado atingir a tão desejada “conciliação de interesses”. Embora a lei alemã não preveja qualquer compensação pelo despedimento coletivo nos moldes da existente entre nós, encontra-se, contudo, prevista uma indemnização a favor do trabalhador que não impugne o despedimento. Assim, neste ordenamento, caso o trabalhador deixe passar o prazo de impugnação do despedimento (note-se, de apenas 3 semanas) sem intentar qualquer ação, determina a Lei de Proteção do Emprego (KSchG), na sua norma §1a, aplicável ao que designaríamos entre nós como despedimento por razões objetivas, que o mesmo terá direito “a uma compensação correspondente a quinze

¹⁵⁶ Xavier, 2012, p. 99.

¹⁵⁷ Xavier, 2012, p. 85.

¹⁵⁸ Xavier, 2012, p. 85.

dias de retribuição bruta, na qual se incluem, todos os complementos salariais que o trabalhador auferir de modo regular, em dinheiro ou em espécie. A compensação é calculada por cada ano de antiguidade ou fração do ano, desde que superior a seis meses”¹⁵⁹. Caberá assim ao empregador, na declaração de despedimento, informar o trabalhador que este poderá, após esse lapso temporal e o prazo para o aviso prévio, reivindicar essa indemnização. Embora, quanto a nós, este instituto seja igualmente criticável, parecendo pôr em causa o direito de acesso aos tribunais, a verdade é que esta solução, ao contrário da prevista na lei portuguesa, tem a vantagem de não implicar que o trabalhador devolva ao empregador um montante seu por direito, não acarretando as dificuldades probatórias decorrentes de uma presunção legal.

¹⁵⁹ Campos, 2014, p. 72.

9. Epílogo: conclusão

Aqui chegados, cumpre-nos tecer algumas considerações sobre esta problemática presunção e refletir sobre o seu futuro no ordenamento juslaboral.

Primeiramente, gostaríamos de juntar a nossa voz ao coro de críticas que tem vindo a ser dirigido à presunção de aceitação do despedimento. Parece-nos patente que esta contende com diversos direitos essenciais do trabalhador num momento de particular vulnerabilidade, afigurando-se-nos a posição de passividade do legislador perante os seus efeitos perniciosos particularmente desapontante em face da posição de maior proteção do trabalhador que este tem vindo a adotar nas mais recentes alterações legislativas.

Além disso, não obstante reconhecermos a “botija de oxigénio” que o AUJ representou para o trabalhador, consolidando um entendimento mais abrangente relativamente ao modo de ilidir a presunção, a verdade é que, em face da essencialidade dos direitos em causa, parece-nos impor-se ir mais além, através de uma intervenção legislativa. Por mais louvável que seja a posição expressada no referido acórdão, este nada mais representa, para todos os efeitos, que uma bússola interpretativa. Por isso mesmo, deixar a cargo da jurisprudência decidir a forma e prazo de ilisão da presunção acarreta um grau de insegurança jurídica que nos parece desproporcionado. cremos, portanto, que a única solução verdadeiramente consentânea com o *animus* protetor da legislação laboral seria uma alteração da própria norma consagradora da presunção, nomeadamente mediante a revogação, *tout court*, da mesma.

Encerramos, assim, as nossas conclusões com o desejo de que o último ato desta presunção não tenha sido esta inflexão na interpretação da jurisprudência, aguardando expectantes por novos desenvolvimentos nesta matéria.

Bibliografia

- AMADO, J. L. (2021). A compensação pelo despedimento e a sua abtrusa devolução ao empregador: Quando? *Questões Laborais*, ano XXVIII, n.º 59, pp. 197-223.
- AMADO, J. L. & SANTOS, C. G. (2023a). A compensação pelo despedimento, a presunção de aceitação deste e a obrigatória devolução daquela: Algumas considerações em torno da jurisprudência recente. *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 4, pp. 237-401.
- AMADO, J. L. (2023b). *Contrato de trabalho – Noções básicas*. Coimbra: Almedina.
- AMADO, J. L., ROUXINOL, M. S., VICENTE, J. N., SANTOS, C. G. & MOREIRA, T. C. (2023c). *Direito do trabalho – Relação individual*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina.
- AMADO, J. L. (2003). O despedimento, a compensação, a recepção desta e a aceitação daquele. *Questões Laborais*, n.º 21, pp. 109-111.
- AMADO, J. L. (2016). Receber e aceitar: Em torno de presunções legais, orientações jurisprudenciais. *Prontuário de direito do trabalho*, vol. II, pp. 85-102.
- CAMPOS, P. A. S. (2014). *A compensação por despedimento*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa. <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/16428>.
- CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I – artigos 1.º a 107.º, 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- FERNANDES, A. M. (2012). A reforma laboral de 2012, Observações em torno da Lei 23/2012. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.ºs 2/3, pp. 545-573.
- FERNANDES, A. M. (2023). *Direito do trabalho*, 22.ª edição. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, F. L. (2013). Sobre a presunção de aceitação do despedimento colectivo no Código do Trabalho. *Questões Laborais*, n.º 41, pp. 7-15.
- GOMES, J. M. V. (2007). *Direito do trabalho, vol. I – Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES, M. I. (2013). Compensação a três tempos ou... talvez não. *Questões Laborais*, n.º 43, pp. 233-249.
- HÖRSTER, H. E. & SILVA, E. S. M. (2019). *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina.
- LEITE, J. (2013). A reforma laboral em Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, pp. 2-36. <https://research.ulusofona.pt/pt/publications/a-reforma-laboral-em-portugal-7>.
- MACHADO, J. B. (2000). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina.
- MARECOS, D. V. (2024). *Código do Trabalho – comentado*, 6.ª edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P. F. (2023). *Direito do trabalho*, 11.ª edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, P. F. (2012). *Cessação do contrato de trabalho*, 3.ª edição. Cascais: Principia.
- MARTINS, P. F. (2017). *Cessação do contrato de trabalho*, 4.ª edição. Cascais: Principia.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2017). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 2.ª edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- NETO, A. (2010). *Novo Código do Trabalho e legislação complementar: Anotados*, 2.ª edição. Lisboa: Ediforum.

- QUINTAS, P. (2021). Entendimento jurisprudencial quanto à presunção da aceitação do despedimento e sua ilisão. *Prontuário de direito do trabalho*, vol. II, pp. 247-262.
- RAMALHO, M. R. P. (2023). *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 9.^a edição. Coimbra: Almedina.
- ROUXINOL, M. S. (2017). Nótula em torno do regime do art. 366.º, n.º 4 e 5, do Código do Trabalho (o afastamento da presunção, em especial). *Prontuário de direito do trabalho*, pp. 75-88. <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/24331>, pp. 1-14.
- SANTOS, C. G. (2023). Agenda do trabalho digno: O que há de novo no despedimento coletivo? *Questões Laborais*, n.º 63, pp. 239-267.
- VEIGA, A. (2019). A presunção de aceitação do despedimento como consequência do recebimento da compensação (artigo 366.º do Código do Trabalho) – sua ilisão. *Julgar Online*, pp. 1-22.
- XAVIER, B. G. L. (2000). *O despedimento colectivo no dimensionamento da empresa*. Lisboa: Verbo Editora.
- XAVIER, B. G. L. (2012). Compensação por despedimento. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1 e 2, pp. 65-100.

Quem é o bom pai de família?
Estudo sobre o critério de aferição da culpa negligente

André Gonçalo da Costa Fraga Bastos Torres

Sob a orientação da Professora
Doutora Ana Afonso

Agradecimentos

À família, aos amigos e aos professores.

Não teria sido possível sem vocês.

Resumo

Esta tese analisa o critério de aferição da culpa em abstrato, consagrado no art. 487.º, n.º 2 do CC, fundado no conceito indeterminado do bom pai de família. Além de se proceder a um breve enquadramento da questão no seio das matérias mais gerais da responsabilidade civil e da culpa, recorreu-se a uma análise doutrinal, jurisprudencial, histórica e comparatística. Começando por explicar o surgimento da figura no direito romano, examina-se de seguida a evolução do direito português ao nível do direito constituído e da principal doutrina, com auxílio de alguns apontamentos de ordenamentos próximos. Os desenvolvimentos da investigação foram reconduzidos a três coordenadas-chave: dimensão ética do conceito do bom pai de família, formas de concretização do mesmo e definição da pessoa do lesante (subjetivação/objetivação). Sendo que o prisma de análise mais relevante do conceito do bom pai de família reside na comparação entre a conduta do lesante e aquela que teria adotado esse bom pai de família, procurou-se determinar em que consiste essa comparação e em que termos ela deve ser feita.

Palavras-chave: bom pai de família; conceitos indeterminados; culpa; responsabilidade civil.

Abstract

This thesis analyses the abstract criterion for assessing guilt enshrined in art. 487, no. 2 of the Portuguese CC, which is based on the indeterminate concept of the good family father. In addition to framing the question within the more general topics of civil liability and guilt, we resorted to a doctrinal, historical, comparatistic and case law analysis. Starting by explaining how the concept arose in roman law, we then assessed the evolution of Portuguese law in terms of positive law and of the main literature, with the help of some notes from close legal orders. The developments of the investigation were summarised in three key coordinates: the ethical dimension of the concept of the good family father, the ways of substantiating it, and the definition of the injuring party (subjectivization/objectivization). Since the most relevant way of analysing the concept of the good family father resides in the comparison between the conduct of the injuring party and the conduct that the good family father would have adopted, we tried to determine what that comparison consists of and in which terms it should be made.

Keywords: civil liability; good family father; guilt; indeterminate concepts.

Lista de siglas e abreviaturas

A.	Autor
Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC	Código Civil Português
CE	Código da Estrada
CVM	Código dos Valores Mobiliários
Proc.	Processo
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STS	<i>Tribunal Supremo de España</i>
RC	Relação de Coimbra
RG	Relação de Guimarães
RP	Relação do Porto

Todos os artigos citados sem indicação da fonte legal provêm do Código Civil português. Salvo indicação em contrário, todos os acórdãos citados foram retirados do sítio <https://www.dgsi.pt/>.

Índice

I. Introdução	6
1. O problema	6
2. O método	7
II. Enquadramento geral da culpa e da sua avaliação	9
1. A emergência da culpa como pressuposto da responsabilidade civil e dos critérios do <i>bonus pater familias</i> e da diligência <i>quam in suis</i>	9
2. De um conceito psicológico para um conceito normativo de culpa	12
3. A solução do direito nacional na vigência do Código de Seabra	12
4. Esboço da dogmática atual	13
III. As três coordenadas-chave do bom pai de família	16
1. Primeiro ponto prévio. As doutrinas <i>in concreto</i>	16
2. Segundo ponto prévio. Os critérios alternativos	17
3. A dimensão ética do conceito do bom pai de família	18
4. A concretização do conceito do bom pai de família	21
5. A pessoa do lesante. Clivagem entre subjetivação e objetivação	25
IV. Conclusões	29
V. Bibliografia	31

I. Introdução

1. O problema

Uma breve pesquisa jurisprudencial é quanto basta para ilustrar a importância de um tratamento rigoroso do bom pai de família.

Tomem-se como exemplo os Acs. STJ, 03/04/2001 (Processo 01A527), e STJ, 23/09/1998¹, que decidiram ações em que um funcionário sinaleiro deu indicação ao maquinista para partir apesar de haver alguém a tentar entrar ou sair do comboio. No primeiro, se para as instâncias houve culpa do funcionário, por ter dado ordem de marcha quando a lesada, depois de se ter deparado com uma primeira porta fechada, se dirigia para outra, e por não ter usado sinal sonoro nem brandido a bandeira quando aquela caiu à linha férrea, para o Supremo não lhe era exigível outra diligência, uma vez que advertiu a lesada para não tentar entrar no comboio e porque foi o toque no braço de um passageiro já a bordo que a fez cair. A partir da mesma base factual, o STJ atribuiu, sem recurso a qualquer elemento justificativo, maior peso a alguns factos em detrimento de outros, concluindo em sentido oposto ao das instâncias.

A arbitrariedade da decisão resulta especialmente clara quando comparada com o segundo caso. Neste, o Supremo chegou à conclusão oposta, atribuindo culpa exclusiva aos agentes da Comboios de Portugal porque o revisor do comboio deu precipitadamente o sinal de partida, motivando o motorista a fechar as portas, sem dar tempo à lesada de completar a saída, que assim ficou entalada.

Não havendo, em si, qualquer problema na divergência entre o mais alto Tribunal e as instâncias, questionamo-nos: em que assentam as divergências apresentadas? Por que motivo, com base nos mesmos factos e sem recurso a um critério fundamentador sólido, o julgador chegou a conclusões diferentes? Num tempo marcado por uma “radical relativização de todo o discurso ético”², deve o controverso juízo de negligência ficar sujeito à mundivisão do julgador ou ser estabilizado por critérios rigorosos³?

Como sucede com qualquer conceito indeterminado⁴, há uma grande tensão entre os polos em análise. O problema surge, a nosso ver, quando o tratamento judicial da figura resvala para o discricionário⁵. Sendo verdade que, na falta de um critério fixo, o julgador “terá de se deixar orientar pela sua experiência da vida, pelo seu conhecimento

¹ Ac. retirado de *Colectânea de jurisprudência. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, tomo III, 1998, p. 32.

² Ramalho, 2021, p. 43.

³ Há outros problemas a assinalar na aplicação do art. 487.º, n.º 2, como a incapacidade de subsumir a teoria aos factos do caso concreto (veja-se o Ac. STJ, 05/07/2017, Proc. 4861/11.0TAMTS.P1.S1).

⁴ Cfr. Engisch, 2014, pp. 213-214, 220-221, 258 e 265-268; Cordeiro, 2022, pp. 675-680; Cordeiro, 1997, pp. 1176-1189; Lima & Varela, 1987, pp. 58-59, e Machado, 1987, pp. 175-192.

⁵ Engisch, 2014, pp. 227-228.

da natureza humana”⁶ – e não se pretendendo retirar ao juiz o seu legítimo poder de conformação do Direito⁷ –, não se pode deixar de sentir que uma matéria tão importante como esta (a culpa é, por natureza, o pressuposto mais estigmatizante da responsabilidade civil) carece de maior densificação científica⁸.

Ora, o que se verifica é que o critério do bom pai de família, apesar de relativamente bem definido no âmbito de certas modalidades especiais de responsabilidade civil, como por exemplo a dos profissionais⁹, permanece fonte de incerteza no que respeita à generalidade dos casos.

Deste modo, o que se pretende é apresentar uma definição cientificamente rigorosa que ampare o juiz no momento da decisão. Numa palavra, que o bom pai de família, na feliz fórmula de Markesinis & Unberath¹⁰, represente mais a conceção antropomórfica da justiça (ou da ética jurídico-civil) do que a intuição moral do juiz.

2. O método

Por motivos de economia de texto, foi necessário pressupor alguns pontos e não desenvolver certos assuntos conexos com o objeto desta dissertação. Não se abordarão questões eminentemente filosóficas como a liberdade humana, enquanto fundamento da responsabilidade individual e do princípio da culpa¹¹, ou o substrato ético da culpa¹². Também algumas questões dogmáticas nos pareceram irrelevantes para os propósitos desta dissertação, entre as quais saber se a omissão da diligência devida (ou da violação do dever objetivo de cuidado¹³) deve ser inserida no requisito da ilicitude ou da culpa¹⁴ e se o critério do bom pai de família deve ser enquadrado no âmbito da determinação da diligência devida ou da aferição da culpa¹⁵. A vertente probatória da questão, por uns considerada matéria de facto e por outros matéria de direito¹⁶, e a (ir)relevância da

⁶ Alarcão, 1983, p. 265. Em sentido próximo, Larenz, 1958, pp. 286-287 e Carbonnier, 1998, p. 393. Nos EUA, é famosa a tese de Dworkin sobre o Direito enquanto fenómeno interpretativo (sobre ela, Campos, 2013, pp. 161-174).

⁷ Ramalho, 2023, pp. 1-5.

⁸ Expressando estas preocupações, em Espanha, Campos, 2002, pp. 64-65 e Río & Achirica, 2005, p. 242.

⁹ É o caso da responsabilidade médica (Ac. STJ, 31/03/2022, Proc. 453/13.7T2AVR.P1.S1), bancária (Ac. STJ, 03/12/2009, Proc. 588/09.0YFLSB), do advogado (Ac. STJ, 24/03/2017, Proc. 389/14.4T8EVR.E1.S1 e do empreiteiro (Ac. RL, 13/03/2008 (Proc. 9186/2007-2). Em sede de Direito do Trabalho, cfr. Ac. RL, 19/06/2024, Proc. 380/23.0T8VPV.L1-4.

¹⁰ Markesinis & Unberath, 2002, pp. 83-85. Convergindo, Malaurie, Aynès & Stoffelmunck, 2011, p. 30.

¹¹ Cfr., entre outros, Dias, 1995.

¹² Cfr. nomeadamente Campos, 2013, pp. 102-103 e 111-112, Paulo, 2002, em particular pp. 9-18, Caenegam, 2000, pp. 11-13, 171-183 e 212-213, e Machado, 1987, pp. 59-62, 207-210 e 276-307.

¹³ Apresentamos as expressões como fungíveis (e utilizaremos ambas, sem pretensões de rigor dogmático, para efeitos de exposição das nossas ideias), mas não estamos certos de que o sejam (Ataíde, 2017, pp. 837-846). Procedendo como nós, o Ac. RL, 30/10/2014, Proc. 3861/08.1TBALM.L1-6.

¹⁴ Inserindo-a na ilicitude, em Portugal, Ataíde, 2023, pp. 165-172 e Nogueira, 2024; na Alemanha, Ennecerus, Kipp & Wolff (revisto por Nipperdey), 1981, pp. 902-903.

¹⁵ Inserindo-a na determinação da diligência, Jorge, 1999, pp. 71-101. Cfr. também o Ac. STJ, 04/11/2021, Proc. 17431/19.5T8LSB.L1.S1. Os conceitos de “culpa” e “diligência” entrecruzam-se bastante.

¹⁶ A segunda posição é maioritária (Proença *et al.*, 2018, p. 301).

distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado¹⁷, também não foram desenvolvidas. As referências históricas e comparatísticas¹⁸ tiveram igualmente de ser comprimidas¹⁹.

Concentrámo-nos, portanto, apenas e só no conceito do bom pai de família, tratando-se, acreditamos, do primeiro estudo sistemático do mesmo na nossa literatura. Era uma abordagem que se impunha, não fosse o bom pai de família um conceito crucial na responsabilidade civil portuguesa.

Antecipando os resultados da nossa investigação, consideramos que a avaliação da culpa à luz do critério do bom pai de família implica comparar a conduta do lesante com a que teria adotado esse bom pai de família. A posição assumida é que as coordenadas desta comparação são três. Primeiro, e como se trata de um critério-padrão, ele pressupõe um certo grau de exigência “ético-jurídica”; este grau, mesmo que não possa ser quantificado (e já há em Portugal tentativas nesse sentido), deve ser definido através de uma formulação clara, que servirá de base à aplicação do conceito. Segundo, e como se trata de um termo de comparação, ele necessita que os dois polos dessa comparação (o lesante e o bom pai de família) sejam definidos de forma coerente: trata-se, em relação a este, de saber como concretizar um conceito tantas vezes acusado de ser uma abstração imprestável; em relação àquele, de responder à velha querela entre subjetivistas e objetivistas. Conseguido isso, o critério ficará definido.

¹⁷ Como explica Pires, 2016, pp. 114-115, a distinção não é relevante para os nossos propósitos.

¹⁸ Os “laboratórios da Ciência do Direito” (Cordeiro, 2023, p. 476). Advertimos que todas as traduções de obras estrangeiras para o português são de nossa autoria.

¹⁹ Daí a omissão do estudo do direito anglo-saxónico e, salvo uma referência, dos projetos uniformizadores europeus. Daí também a ausência de referências à penalística.

II. Enquadramento geral da culpa e da sua avaliação

1. A emergência da culpa como pressuposto da responsabilidade civil e dos critérios do *bonus pater familias* e da diligência *quam in suis*

No início, quem cometesse um ilícito privado estava exposto à vingança da vítima²⁰, a ser exercida pela violência (não letal) ou pela submissão plena do perpetrador²¹. A segunda via, mais civilizada, seria a preferida do Estado, que a procurou estimular, primeiro²², procedimentalizando e limitando o seu exercício, e, mais tarde, na Lei das XII Tábuas, prevendo multas precisas para os delitos. Caso esta fosse oferecida, o lesado era obrigado a aceitá-la²³. Assim começou a evolução para um sistema assente na compensação pecuniária do dano²⁴. Mesmo assim, não se pode dizer que o instituto da responsabilidade civil existisse como o conhecemos hoje²⁵, uma vez que vigorava um pensamento próximo do atual princípio da tipicidade criminal²⁶, especificando-se as condutas tidas como delitos²⁷ e as penas correspondentes.

Ao nível da imputação subjetiva, trabalhava-se “com uma ideia de responsabilidade por culpa tipificada”, de acordo com a regra da experiência segundo a qual quem comete um delito age intencionalmente²⁸. Há quem sugira, porém, que essa culpa abarcava também a negligência²⁹.

Noutra dimensão, o étimo *iniuria* parece ter sofrido uma transformação polissémica influenciada pela ideia de culpa³⁰, passando a ser composta por um

²⁰ É duvidoso se a possibilidade de remissão pecuniária, apesar de antiga (certamente anterior à Lei das XII Tábuas), sempre existiu (em sentidos opostos, Kaser, 1999, p. 192 e Zimmerman, 1992, pp. 24 e 914). De todo o modo, não é correto falar em indemnização, conceito que aos romanos sempre foi estranho (Kaser, 1999, p. 209).

²¹ Cordeiro, 2017, pp. 292-293. Estes dois mecanismos constituíram já uma amenização do originário direito de vingança, que permitia o assassinio do lesante (Kaser, 1999, p. 192).

²² Zimmerman, 1992, pp. 2 e 914.

²³ Com exceção do *furtum manifestum* (Kaser, 1999, pp. 192-193, Zimmerman, 1992, pp. 3 e 914 e Ataíde, 2023, p. 64).

²⁴ Evolução que culminou na *lex Aquilia*, com a qual o ilícito se tornou fonte de obrigações (antes, o pagamento da pena era um mero ónus para evitar a vingança da vítima): Ataíde, 2023, pp. 67-68 e Kaser, 1999, p. 193. Em Malaurie, Aynès & Stoffelmunck, 2011, p. 10, associa-se esta evolução ao *wehrgeld* (preço do sangue) das leis germânicas.

²⁵ Cordeiro, 2017, p. 291.

²⁶ Zimmerman, 1992, pp. 913-914; Ataíde, 2023, p. 65 e Cordeiro, 2017, p. 317. A confusão entre responsabilidade civil e criminal persistiria nos sistemas medievais primitivos (Ibbetson, 1999, pp. 1-2).

²⁷ Sobre eles (*furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datum* e *iniuria*), Justo, 2019, pp. 121-138 e Zimmerman, 1992, pp. 922-1094.

²⁸ Ataíde, 2023, p. 66 e Kaser, 1999, p. 213. Todavia, Justo, 2019, pp. 126 e 136-138 e Cordeiro, 2017, p. 303 sugerem que cada ação delitual teria os seus pressupostos. Mesmo em Ataíde, 2023, p. 66 adianta-se que para alguns estudiosos o sistema romano era multifacetado, contendo casos de responsabilidade objetiva.

²⁹ Neste sentido, Ibbetson, 1999, p. 7. Contra, Ataíde, 2023, p. 73 (o argumento é que, na época, só se admitia um conceito de causalidade direta e imediata). Segundo Kaser, 1999, pp. 212-213, os juristas pré-clássicos, ao interpretarem a *lex Aquilia*, já atribuíam importância à negligência. Para Cordeiro, 2017, p. 302, a relevância desta resulta já da Lei das XII Tábuas. Outro argumento é que a generosa concessão de ações suplementares permitia tutelar casos em que o dano fora causado indiretamente.

³⁰ Cordeiro, 2017, p. 299.

elemento objetivo (a antijuridicidade) e um elemento subjetivo (a voluntariedade censurável, ou culpa)³¹, aproximando-se do conceito atual de *faute*.

A culpa tinha uma acentuada polissemia³², desfeita apenas por Justiniano³³ através da associação de elementos axiológicos aos delitos. Assim, esta “destipificou-se”, passando a exigir uma apreciação casuística e devindo definitivamente um conceito subjetivo, assente na ideia de reprovabilidade moral. Cristalizou-se o dever geral de diligência do devedor³⁴.

Nas fontes justinianeias, o conceito de culpa é objetivado, compreendendo a falta de aptidões ou imperícia³⁵ segundo o que podia razoavelmente esperar-se de um homem da profissão em causa³⁶.

Também por esta altura, e no âmbito contratual, desenvolveu-se a diferenciação entre os graus de culpa³⁷ e emergiu, como padrão de diligência, a conduta do pai de família cuidadoso (*bonus, prudens* ou *diligens paterfamilias*)³⁸. Esta expressão, traduzindo “a ideia do cidadão *sui iuris*, com capacidade para administrar livremente o seu património e plenamente responsável pelos actos que praticasse”, designava originariamente uma figura económico-social concreta: “o homem diligente e cuidado da sociedade rural do período da República”³⁹. Só mais tarde, mas ainda em Roma, se deu à figura um tratamento progressivamente mais abstrato, pelo qual esta passou a designar o estalão de aferição da diligência no cumprimento das obrigações e, mais tarde, de avaliação da culpa para efeitos de responsabilidade⁴⁰. O processo pelo qual esta transformação ocorreu não é claro – sabemos apenas que nele terá influído a filosofia grega⁴¹.

Já a avaliação da culpa em concreto (diligência *quam in suis*) remonta⁴² às hipóteses em que um devedor, em situação de perigo, salvasse os seus próprios bens e não os que lhe haviam sido confiados. Como, nestes casos, ele era considerado responsável, com o tempo enraizou-se a ideia de que o proprietário podia esperar do

³¹ Kaser, 1999, p. 75. Neste sentido, Ibbetson, 1999, p. 16 e Cordeiro, 2017, p. 303. Diferentemente, em Kaser, 1999, p. 214 parece afirmar-se que, com a *lex Aquilia*, a culpa foi eliminada do conceito de *iniuria*.

³² Todos os A. destacam este aspeto (por todos, Zimmerman, 1992, p. 427).

³³ Sob influência do cristianismo e da filosofia grega (Cordeiro, 2017, p. 305, Kaser, 1999, pp. 217-218 e Zimmerman, 1992, pp. 192-193).

³⁴ Kaser, 1999, p. 218.

³⁵ Ataíde, 2023, p. 78 e Malaurie, Aynès & Stoffelmunck, 2011, p. 10.

³⁶ Zimmerman, 1992, pp. 1008-1009. Retomaremos este ponto.

³⁷ Zimmerman, 1992, pp. 192-193 sugere que a culpa levíssima foi uma invenção de Justiniano destinada a eliminar do sistema jurídico os casos de responsabilidade objetiva. Segundo Cordeiro, 2017, p. 307 a culpa levíssima constituía uma “responsabilidade pelo acaso”.

³⁸ Kaser, 1999, p. 218.

³⁹ Cordeiro, 1994, p. 153 e Monteiro, 2015, pp. 87-88. Para uma visão diferente, Nogueira, 2024, pp. 88-90.

⁴⁰ O critério abstrato tornou-se, de facto, o padrão (Zimmerman, 1992, pp. 211-212).

⁴¹ Kaser, 1999, p. 218.

⁴² Zimmerman, 1992, pp. 211-212.

detentor o mesmo grau de diligência que este votava aos seus próprios bens, autonomizando-se depois como um padrão de culpa autónomo.

Em resumo, é inequívoco que o direito da responsabilidade passou a ser dominado pelo princípio da culpa⁴³. Além disso, estavam já na época consumadas as diferenciações da culpa (*lata/levis, in abstracto/in concreto, dolus/culpa*) que ainda hoje conhecemos.

Com a queda do Império e com a substituição do seu sistema jurídico pelo Direito dos povos germânicos⁴⁴, voltou a predominar um paradigma de vingança privada (a *faida*). Como os direitos germânicos mal conheciam a responsabilidade individual, conceptualizando o facto danoso como uma lesão a todo o grupo (família, clã, etc.)⁴⁵, a subjetividade do comportamento caiu na irrelevância. O delito passou a ser o ato de “rompimento da paz social materializado no resultado”⁴⁶.

Neste período, só a crescente importância do pensamento canónico, assente no princípio da culpa, permitiu contrabalançar a situação⁴⁷. Já na Baixa Idade Média, o Decreto de Graciano definiu os pilares sobre que deveria assentar a responsabilidade dos indivíduos: a vontade livre e a consciência do facto que se comete⁴⁸.

Com os glosadores (nos séculos XII-XIII) e os comentadores (séculos XIV-XV), deram-se novos avanços: a tónica ética da culpa foi reforçada e esta cristalizou-se como o elemento subjetivo da previsão do ilícito, tornando-se, consequentemente, o alicerce do dever de indemnizar⁴⁹. O humanismo jurídico (século XVI), além de ter antecipado a distinção contemporânea entre ilicitude e culpa⁵⁰, elevou a segunda ao papel de “justificação significativo-ideológica”⁵¹ da imputação delitual.

Só com o jusracionalismo, porém, se pode dizer que culpa e negligência se tornaram conceitos genéricos⁵², no âmbito de uma reformulação geral dos pressupostos da responsabilidade civil⁵³. Foi também nesta altura que emergiu o conceito de imputabilidade⁵⁴.

A influência desta linha de pensamento confluiu nas primeiras grandes codificações europeias, cujos denominadores comuns ao nível da responsabilidade civil

⁴³ Caminhou-se para um sistema que “requeria uma determinação do processo mental do agente” (Cordeiro, 2017, p. 306).

⁴⁴ Cfr. Caenegam, 2000, pp. 24-27 e 33-35 e Gilissen, 2001, p. 752.

⁴⁵ Gilissen, 2001, p. 751.

⁴⁶ Ataíde, 2023, p. 84.

⁴⁷ Ataíde, 2023, p. 84. O renascimento do direito romano (apoiado pela Igreja Católica), no século XII, e a sua consagração como direito aplicável, a partir do século XVI, também tiveram importância capital (Caenegam, 2000, pp. 43-50 e 65-154).

⁴⁸ Ataíde, 2023, p. 84.

⁴⁹ Ataíde, 2023, p. 87 e Cordeiro, 2017, p. 310.

⁵⁰ Distinção formalizada por Jhering. Ataíde, 2023, p. 88 e Cordeiro, 2017, pp. 327-331.

⁵¹ Cordeiro, 2017, p. 311.

⁵² Neste sentido, Ataíde, 2023, p. 94. Contra, Cordeiro, 2017, p. 314.

⁵³ Cordeiro, 2017, p. 311.

⁵⁴ Cordeiro, 2017, p. 313.

eram a introdução de grandes cláusulas gerais e a primazia do princípio da culpa⁵⁵. Estes denominadores manteriam a sua importância até aos dias de hoje.

Em suma, a emergência do princípio da culpa consistiu num longo processo evolutivo em que influíram razões de ética social⁵⁶, constituindo uma conquista civilizacional indiscutível⁵⁷. O (relativamente) recente advento das responsabilidades objetivas, associadas à crescente industrialização e massificação do risco na vida em sociedade⁵⁸, embora tenha retirado ao princípio da culpa o exclusivo da fundamentação da imputação, não o veio substituir. Antes pelo contrário, a culpa continua a ser o principal fundamento da responsabilização dos comportamentos individuais⁵⁹.

2. De um conceito psicológico para um conceito normativo de culpa

A culpa era inicialmente conceptualizada de forma psicológica⁶⁰, sendo identificada com o nexos psíquico que existia entre o agente e o facto. Este nexos podia ser doloso (conhecimento e vontade de realizar o facto) ou negligente (deficiente tensão da vontade que impediu o agente de prever a verificação do facto).

Esta conceção, que foi a dominante entre nós durante longos anos⁶¹, veio a esbater-se, sendo atualmente maioritária a orientação normativa. Segundo esta, a culpa é o juízo de reprovação que a ordem jurídica dirige ao agente, em virtude de este ter omitido a diligência que lhe seria exigível de acordo com o padrão de conduta imposto por lei⁶².

3. A solução do direito nacional na vigência do Código de Seabra⁶³

Na vigência do Código Civil de 1867, a maioria da doutrina defendia a bipartição da aferição da culpa: em concreto, no domínio contratual; e em abstrato, no domínio

⁵⁵ Ataíde, 2023, p. 97 e Cordeiro, 2017, pp. 319-320.

⁵⁶ Ataíde, 2023, p. 96.

⁵⁷ Leitão, 2009, p. 668.

⁵⁸ Para outra perspectiva, Bussani, Sebok & Infantino, 2022, pp. 21-23.

⁵⁹ Entre nós, o princípio da culpa é “inquestionável”, apesar de rodeado de “tensões” (Pires, 2018, pp. 611 e 622-638 e Proença, 2018, pp. 87, 90 e 97). Lá fora, são dignos de nota os casos francês, onde se reconheceu à *faute* valor constitucional (Légier, 2001, pp. 133 e 135), e espanhol, onde se verifica uma preocupante tendência jurisprudencial para procurar a indemnização a todo o custo em prejuízo do princípio da culpa (Calero *et al.*, 2004, pp. 746-747).

⁶⁰ Coelho, 1906, p. 3. Não se ignorava a dimensão normativa do juízo de culpa, mas ela não era a mais importante.

⁶¹ Unânime antes do Código de 1966, é ainda ela que subjaz a toda a construção dogmática de Pessoa Jorge; o próprio Antunes Varela ainda parte dela (Varela, 1989, p. 535). No Ac. STJ, 28/05/2024, Proc. 2839/20.1T8AVR.P1.S2 ainda se escreve que a culpa “é a imputação psicológica de um resultado ilícito a uma pessoa”.

⁶² Leitão, 2022, p. 307.

⁶³ Não se encontraram elementos que justificassem tratar o período antecedente.

extracontratual⁶⁴. Esta orientação, cuja razão de ser residia na ideia de que no domínio contratual as partes conhecem (ou devem conhecer) o grau de diligência uma da outra, devendo, portanto, ser esse o padrão pelo qual as suas condutas são avaliadas⁶⁵, encontrava respaldo no antigo art. 717.º, § 3 do Código de Seabra⁶⁶, que dispunha: “A qualificação da culpa ou da negligência depende do prudente arbítrio do julgador, conforme as circunstâncias do facto, do contracto e das pessoas”.

A nível doutrinal, as reflexões sobre o bom pai de família eram incipientes⁶⁷. Desde Cunha Gonçalves⁶⁸, que pouco mais diz a não ser que o bom pai de família é um critério abstrato, a Galvão Telles, que se limita a atribuir à expressão o significado de “homem de diligência normal”⁶⁹, pouco se adensa o conceito.

Mesmo os escritos mais interessantes sobre a culpa, como os de Gomes da Silva⁷⁰ ou de Manuel de Andrade⁷¹, pecam pelo mesmo defeito.

Em geral, portanto, só após a entrada em vigor do novo Código Civil é que a doutrina delineou as coordenadas de base da figura do bom pai de família.

4. Esboço da dogmática atual⁷²

Hoje, à luz do art. 483.º, n.º 1, a culpa é um pressuposto da responsabilidade civil. Consiste no momento de avaliação subjetiva da conduta do lesante⁷³, isto é, e numa

⁶⁴ Por todos, Gonçalves, 1931, p. 577. Contra: Andrade, 1966, pp. 344-345, reconduzindo a solução legal à do Código Civil francês; Tavares, 1922, pp. 520-521, defendendo que a responsabilidade civil era objetiva; e Silva, 2020, p. 125, entendendo que a culpa se deveria aferir sempre em concreto.

⁶⁵ Esta posição, há muito abandonada, em grande medida, devido à massificação da atividade contratual (para uma crítica eloquente, Serra, 1959, pp. 115-122), ainda hoje ressoa, por exemplo, em Pires, 2018. Aí afirma-se que o credor que contrata tendo por base certas capacidades especiais do devedor deve ver protegida a legítima expectativa de que este as empregará no cumprimento da obrigação. Esta ideia parece-nos justa (embora duvidosa *de jure constituto*) e será retomada.

⁶⁶ Mas igualmente noutras disposições, como os arts. 860.º, 1306.º, 1336.º e 1435.º.

⁶⁷ Talvez porque se julgava a culpa um conceito óbvio (Tavares, 1922, pp. 517-518).

⁶⁸ Gonçalves, 1931, p. 577.

⁶⁹ Telles, 1997, p. 353. Depois da entrada em vigor do novo Código, o A. criticou o recurso à fórmula romanista, preferindo a solução alemã, onde o § 276, 2, BGB, pretendendo igualmente consagrar a avaliação da culpa em abstrato, utilizou a expressão “cuidado necessário no tráfego”. Esta crítica foi retomada por Proença, 2018, pp. 86 e 97 e rejeitada por Monteiro, 2013, p. 88. Há argumentos relevantes de ambas as partes: de um lado, o simbolismo da expressão, acentuando a nota ética ou deontológica, e o “conservadorismo linguístico”, que é ponto de honra metódico do Direito Civil (Lima & Varela, 1987, p. 489 e Ramalho, 2017, pp. 41-42); de outro, a superação da ideologia conservadora por detrás do *Code Civil*, que terá recuperado a expressão, e do nosso próprio Código (Caenegam, 2000, pp. 10-11; em França, aliás, a expressão “*bon père de famille*” foi considerada discriminatória pela lei n.º 2014-873 de 4 de agosto de 2014, tendo sido substituída pela fórmula “*personne raisonnable*”). Note-se que o alcance da figura é sempre igual (Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, p. 888 e Terré, 2018, p. 900).

⁷⁰ Silva, 2020, pp. 107-125. O foco na ideia de que a culpa reside na possibilidade de prever e evitar o prejuízo causado antecipou a maioria das construções dogmáticas atuais.

⁷¹ Andrade, 1966, pp. 344-345. Foi, tanto quanto sabemos, o único A. nacional da época que ponderou a divisão entre subjetivismo e objetivismo, propendendo, parece-nos, para o segundo.

⁷² É mesmo de um esboço que se trata. Apresentamo-lo com o fim de melhor enquadrar a matéria.

⁷³ Varela, 1989, p. 556. Isto é válido mesmo que se entenda que o próprio ilícito é já, em si, doloso ou negligente.

definição corrente na nossa doutrina, no juízo de “censura ético-jurídica”⁷⁴ dirigido à ação daquele⁷⁵.

Dogmática e legalmente, à luz do art. 488.º, a culpa pressupõe a imputabilidade do indivíduo⁷⁶: se a culpa assenta na liberdade de conformação dos seus próprios atos, o sujeito que não disponha da capacidade e/ou possibilidade de se determinar livremente e de compreender a valoração negativa do seu comportamento não pode ser objeto de censura⁷⁷.

Numa divisão conhecida, a culpa pode ser dolosa ou negligente⁷⁸. No primeiro caso, incluem-se, na sua dimensão volitiva, os casos em que o agente desejou diretamente a produção do facto ilícito (dolo direto), em que o agente a aceitou como efeito necessário da sua conduta (dolo necessário) e em que o agente se conformou com a sua previsão (dolo eventual)⁷⁹. O dolo conhece igualmente uma dimensão intelectual, à luz da qual não age dolosamente o agente que não tenha consciência da ilicitude da sua conduta⁸⁰. A mera consciência da possibilidade de causar danos (dolo genérico) basta para afirmar o dolo, não sendo necessário que o dano seja provocado com essa intenção (dolo de lesão ou *dolus malus*).

No segundo caso, admitem-se duas distinções. Por um lado, a negligência pode ser consciente, se o agente previu a possibilidade da produção do facto ilícito, mas por leviandade, precipitação, desleixo ou incúria acreditou na sua não verificação, só por isso não tomando as providências necessárias para o evitar; ou pode ser inconsciente, se o agente não chegou sequer a conceber essa possibilidade quando podia e devia tê-lo feito, se tivesse usado da diligência devida⁸¹. Por outro lado, a negligência é classificada em três categorias: grave, se a atuação não for conforme aos princípios que a generalidade

⁷⁴ Ataíde, 2023, p. 332. Para uma visão diferente, Nogueira, 2024, p. 86.

⁷⁵ Reportando o juízo de culpa à conduta, não ao agente, Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, p. 905.

⁷⁶ Faria (atualizada por Vasconcelos e Pedro), 2020 (uma nota de apreciação aos atualizadores do livro; fomos seus alunos e não poderíamos citar esta obra sem lhes prestar o justo reconhecimento). Na Alemanha, Thur, 1999, reimpr., p. 278.

⁷⁷ Barbosa, 2017, pp. 229-231. Na Alemanha, Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, pp. 888 e 904-905.

⁷⁸ Evitaremos a expressão “mera culpa” para designar a negligência, como aconselha Cordeiro, 2017, pp. 465-466. Quanto a esta sumária análise das categorias de dolo e negligência, cfr. Varela, 1989, pp. 538-543.

⁷⁹ Usando a fórmula de Eduardo Correia, partidário da teoria da vontade: o agente, atuando, não confiou que o possível efeito ilícito não se verificaria (Correia, 1993, p. 385). Aderindo a ela, no plano civil, Varela, 1989, pp. 540-541 e Faria, 2020, pp. 441-442.

⁸⁰ Relacionando este ponto com os atos ofensivos dos bons costumes, Varela, 1989, pp. 541-542 e Faria, 2020, p. 443. Saber se o agente pode, ainda assim, ser responsabilizado a título de negligência prende-se com o problema da consciência da ilicitude; na afirmativa, Proença *et al.*, 2018, p. 281.

⁸¹ A exigência de que o resultado i) tenha sido previsto como possível ou ii) tivesse tido de ser previsto é afirmada por Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, p. 888. Os A. afastam as probabilidades ínfimas. Em Portugal, no sentido de que o facto tem de ser provável, Ataíde, 2024, p. 607, Jorge, 1999, pp. 126-127 e Ac. RL, 27/12/2014, Proc. 3485/12.9TBFUN.L1-6.

das pessoas observa⁸²; leve, se for omitida a diligência normal; e levíssima, quando se omitam os cuidados que só as pessoas muito prudentes e escrupulosas tomam⁸³.

A relevância dos graus de culpa, embora menor no direito civil do que no penal⁸⁴, não pode ser menosprezada. Os arts. 494.º, 497.º, n.º 1 e 2, 507.º, n.º 2, 524.º e 570.º, para enumerar alguns, demonstram a sua importância⁸⁵.

Durante muito tempo, o modo de aferição da negligência foi matéria controversa. É que se o dolo, por representar uma ação contrária ao Direito que foi obra da vontade do agente, consubstancia lesões necessariamente censuráveis⁸⁶, a afirmação da negligência depende da prévia determinação do que se entenda por “diligência” ou “cuidado” exigíveis ao agente⁸⁷. Em teoria, essa aferição pode ser feita em concreto ou em abstrato. Na primeira hipótese⁸⁸, que, como se disse, foi a que vigorou entre nós durante a vigência do Código de Seabra, a medida de diligência é aferida segundo fatores pessoais do agente, podendo comparar-se a sua conduta com um de três padrões: o da diligência de que ele é capaz, o da diligência que ele põe normalmente nos próprios negócios⁸⁹ ou o da sua diligência normal. Na segunda hipótese, a comparação é estabelecida em relação a uma figura-padrão que, na tradição do Direito Romano, corresponde ao *bonus pater familias*.

Como é sabido, a opção⁹⁰ do legislador de 1966 recaiu sobre o critério de aferição em abstrato⁹¹, prescrevendo o art. 487.º, n.º 2 do Código Civil⁹²⁻⁹³: “A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”.

⁸² Contra a equiparação entre culpa lata e o “homem normal”, Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, p. 893. Em princípio, o Direito basta-se com a culpa leve (veja-se o Ac. RC, de 02/02/2021, Proc. 810/19.2T8LRA.C1), mas nem sempre é assim (na insolvência, o Ac. RP, de 30/01/2024, Proc. 3029/21.1T8AVR-B.P1).

⁸³ A culpa levíssima, porquanto obriga à atuação conforme ao *diligentissimus pater familias*, está por princípio afastada da nossa lei civil (Ac. STJ, de 25/05/1997 e Oliveira, 2011, p. 435). Esta questão ganha maior acuidade em específicos seios profissionais: cfr., além dos acórdãos mencionados na Introdução, Barbosa, 2023, pp. 210-212; Oliveira, 2011, pp. 435-436; Pires, 2018, pp. 112-115; e Leitão, 2021, pp. 206-306.

⁸⁴ Varela, 1989, p. 536.

⁸⁵ Segundo Oliveira, 2011, p. 430, só o art. 494.º releva.

⁸⁶ Ataíde, 2023, p. 333.

⁸⁷ Daí a leitura quase unânime de que o art. 487.º, n.º 2 só é relevante nos casos de negligência (só em Monteiro, 2013, p. 92 encontramos quem permitisse a leitura contrária). De notar que para Malaurie, Aynès & Stoffelmunck, 2011, pp. 303, o dolo, porquanto se reporta ao concreto estado de espírito do agente, se afere na verdade em concreto, pertinente afirmação que não implicaria, entre nós, uma interpretação restritiva ou corretiva do art. 487.º, n.º 2, à luz desta leitura da norma.

⁸⁸ Seguem-se as formulações de Jorge, 1999, p. 92.

⁸⁹ Esta é a conceção mais próxima da origem histórica da figura. Defendendo-a, Moreira, *s.d.*, p. 115; cfr. também Andrade, 1966, p. 341.

⁹⁰ Associando-a às injustiças que o critério de aferição em concreto geraria, Oliveira, 2011, p. 438. Relacionando-a com a finalidade reparatória da responsabilidade civil, Barbosa, 2023, p. 208.

⁹¹ Há uma corrente minoritária que nega esta afirmação, como se explicará de seguida.

⁹² O critério vale também para a responsabilidade contratual, à luz do disposto no art. 799.º, n.º 2 (“A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil”). Sobre o alcance do princípio da culpa nesta sede, Ataíde, 2024, nomeadamente pp. 632-635.

⁹³ A norma tem natureza supletiva (cfr. Nogueira, 2024, pp. 85-86).

III. As três coordenadas-chave do bom pai de família

Desenvolveremos neste capítulo as três coordenadas a que aludimos na Introdução.

Antes, todavia, precisamos de esclarecer dois pontos prévios.

1. Primeiro ponto prévio. As doutrinas in concreto

Não obstante a redação do art. 487.º, n.º 2, dois A., pioneiros no estudo da responsabilidade civil defendem que a culpa se deve aferir em concreto e não em abstrato⁹⁴.

Para Pessoa Jorge, a culpa é o “nexo de imputação psicológica do acto ao agente”⁹⁵, o que remete a análise para o “acto concreto e real”⁹⁶ que ele tenha praticado. O momento da aferição da culpa não se confunde, assim, com o momento da delimitação do comportamento devido (ou diligência normativa⁹⁷), este sim a convocar o padrão abstrato plasmado no art. 487.º, n.º 2⁹⁸. Como tal, a apreciação da culpa remete para a averiguação da relação entre a vontade do agente e o ato ilícito, havendo culpa se este tiver resultado daquela (a título de dolo ou de negligência)⁹⁹.

Segundo Sá e Mello, o juízo de culpa supõe as capacidades de i) conhecer o comportamento devido e de ii) prever as consequências danosas desse comportamento, pelo que o decisivo é “aferir do que era exigível ao agente quanto à cognoscibilidade do dever e à previsibilidade dos prejuízos causados”¹⁰⁰. Esta aferição (que forneceria ao julgador, na linguagem do A., o grau de imputabilidade do agente¹⁰¹), deve fazer-se “pelo *máximo exigível daquele sujeito*, nas circunstâncias subjectivas e objectivas concretas que rodearam a prática do acto danoso”¹⁰². À semelhança do sistema de Pessoa Jorge, o bom pai de família só é chamado a intervir na definição do comportamento devido, através da determinação da medida e dos limites do “dever geral de diligência” (em sentido material/normativo). Utilizando o exemplo do A.: perguntando a um inimputável, a um médico e a um indivíduo comum se certa pessoa precisa de assistência

⁹⁴ As suas posições não encontram eco na jurisprudência.

⁹⁵ Jorge, 1999, p. 321.

⁹⁶ Jorge, 1999, p. 337.

⁹⁷ A diligência moral/psicológica é a que “reflete a tensão de vontade empregue pelo autor do facto danoso para o cumprimento do dever” e a diligência material/normativa é a que “define os limites objectivos do comportamento devido” (Mello, 1989, p. 526).

⁹⁸ Jorge, 1999, pp. 336-337. A ideia do A., que continua até hoje a ser repetida, é que a norma legal visou apenas excluir a aferição em concreto.

⁹⁹ Para obviar a dificuldades probatórias, permite-se que o lesado prove apenas a falta da diligência normativa, presumindo-se que faltou também a diligência psicológica (Jorge, 1999, p. 339).

¹⁰⁰ Mello, 1989, p. 534.

¹⁰¹ O conceito assume contornos bem diferentes dos que lhe deu o legislador no art. 488.º.

¹⁰² Mello, 1989, p. 528.

médica, o padrão da diligência normativa (o dever geral de diligência) é igual para todos, mas o padrão da diligência psicológica (a exigência quanto à capacidade de conhecer o dever e prever os prejuízos) seria nulo para o primeiro, máximo para o segundo e mediano para o terceiro. Como tal, a culpa aferir-se-ia pela “diferença entre o comportamento exigível em função do grau de imputabilidade e o comportamento efectivamente adoptado no caso concreto”¹⁰³ e apreciar-se-ia atendendo ao “grau de afrouxamento da tensão de vontade tolerado” – segundo um padrão de razoabilidade de julgamento, esse sim médio – “àquele sujeito concreto com o grau de imputabilidade que se lhe atribui”¹⁰⁴.

Mais recentemente, Gomes Nogueira veio reavivar as teorias *in concreto* ao defender que para os indivíduos que possuem capacidades acima da média o sistema se concretiza de acordo com as suas concretas capacidades (aferidas segundo o padrão da diligência de que o agente é capaz¹⁰⁵).

2. Segundo ponto prévio. Os critérios alternativos

Começa a despontar no nosso país a sugestão de que o critério do bom pai de família deve ser substituído. É o caso de Gomes Nogueira¹⁰⁶, cujas ideias expomos.

O A. critica o critério do bom pai de família com base em vários argumentos¹⁰⁷, entre os quais a incompatibilidade de soluções a que conduz¹⁰⁸, a suposta “demissão do direito” a que conduziria, delegando a tarefa de determinação da negligência para a sociedade¹⁰⁹, o facto de a conduta a adotar poder assentar em pressupostos errados¹¹⁰ e a tendência da jurisprudência para preencher livremente a medida de diligência devida.

Assim, tanto o padrão de aferição da culpa como a concretização dos deveres de diligência deveriam resultar, a partir de uma “ideia de proporcionalidade”¹¹¹, da “regra de Learned Hand”¹¹², i.e., da articulação do valor de probabilidade do dano (P), do valor do dano (D) e do sacrifício exigido (S)¹¹³, segundo a inequação:

¹⁰³ Mello, 1989, p. 535.

¹⁰⁴ Mello, 1989, p. 536.

¹⁰⁵ Nogueira, 2024, pp. 100-101. Tirando este caso, o A. defende que o sistema é abstrato.

¹⁰⁶ O A. cunha a sua construção teórica com o epíteto de “normativa”, por oposição ao critério do bom pai de família, que seria “sociológico”.

¹⁰⁷ Nogueira, 2024, pp. 107-108.

¹⁰⁸ O A. exemplifica com aqueles casos que admitem mais do que uma conduta socialmente típica, sem que se possa escolher com base em critérios de especialidade.

¹⁰⁹ A interpretação que o A. faz do critério legal é, como já se disse, sociológica e não deontológica.

¹¹⁰ Por exemplo, em preconceitos sem sustentação científica.

¹¹¹ Nogueira, 2024, p. 90.

¹¹² Já mencionada entre nós em Pires, 2018, pp. 110-111.

¹¹³ Nogueira, 2024, p. 91. Próximo, na Alemanha, Markesinis & Unberath, 2002, pp. 83-85 (os A. sublinham que, à semelhança do que sucede nos EUA, há várias decisões alemãs que recorrem a fórmulas matemáticas para decidir da negligência) e, em certo sentido, em Espanha, Campos *et al.*, 2002, pp. 63-67. Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, pp. 871-876, 887-895 e 900-922 tomam em linha de conta o “valor ético” e económico do ato e o valor do bem que esse ato colocou em perigo.

Ao homem médio e ao padrão de diligência assim construídos, o A. associa a figura do “esforço objetivo”¹¹⁴, que se desdobra em esforço físico, psicológico ou patrimonial.

O dever de cuidado deve, nestes termos, circunscrever-se à “tentativa adequada”¹¹⁵, no sentido de que se o lesante fizer “tudo o que o *bonus pater familias* faria em A1, não responde pela não produção de A2 se, não produzindo A1, apesar dos seus melhores esforços, A1 for causa necessária da produção de A2”¹¹⁶.

Não obstante, o A. reconhece que esta tese ainda não foi capaz de fornecer uma fórmula suficientemente precisa e abrangente¹¹⁷. Por esse motivo, não afasta por inteiro o critério do bom pai de família, propondo uma solução mista em que os critérios se completam.

3. A dimensão ética da comparação¹¹⁸

Constituindo o bom pai de família o critério pelo qual a ordem jurídica dirige o seu juízo de reprovação à conduta do agente, importa determinar o grau de exigência ética do mesmo (quanto mais exigente, mais difícil será ao agente eximir-se de culpa). Depois, tratando-se de um conceito jurídico com substrato ético, importa explicar de onde provém esse substrato. Finalmente, de um prisma prático, importa dotar os tribunais de uma formulação precisa e generalizável desta dimensão. Tentaremos tratar aqui estas questões.

Dos estudos de Vaz Serra, fica patente um forte pendor ético¹¹⁹, escrevendo o A. que se deve atender à “diligência dos homens que procedem com consciência do seu dever”, sendo de repudiar “os abusos e imprudências que, conquanto arreigados na prática, são injustificados”¹²⁰. Exclui-se expressamente a relevância da média estatística, devendo entender-se a referência ao homem médio no aspeto deontológico. Reveste-se

¹¹⁴ Por oposição ao “esforço necessário” (“aquele que, naquelas circunstâncias, será necessário para produzir o resultado desejado”) e ao “esforço subjetivo” (que se prende “com o sujeito em questão”).

Distingue ainda entre capacidade e limite de esforço. Cfr. Nogueira, 2024, p. 95.

¹¹⁵ Nogueira, 2024, p. 103.

¹¹⁶ Nogueira, 2024, p. 104.

¹¹⁷ Subentende-se que, quando isso acontecer, o critério do bom pai de família deve ser definitivamente substituído.

¹¹⁸ Na linguagem de um dos grandes filósofos dos nossos tempos, diríamos que o bom pai de família é, sob este prisma, o treinador da vontade do leigo ético-jurídico (Sloterdijk, 2018, nomeadamente pp. 77-78).

¹¹⁹ Esta afirmação tem de ser compatibilizada com o princípio da irrelevância da culpa levíssima (defendido também pelo A.: Serra, 1959, p. 114). A configuração do bom pai de família não pode ser de tal modo transcendente que o seu referencial seja a culpa levíssima. Neste erro já caiu, no âmbito contratual, e está em risco de cair, no domínio extracontratual, o direito espanhol, onde o lesante só consegue provar que não teve culpa se demonstrar que “esgotou a diligência”. Cfr. Amigo, 1995, pp. 48-50 e Rodríguez-Cano *et al.*, 2001, p. 1285.

¹²⁰ Serra, 1957, pp. 13-151, p. 46. Foi igual a orientação assumida pelo legislador alemão, que preteriu a expressão constante do Projeto de Código Civil (“corrente no tráfico”) por “exigível no tráfico”. Com efeito, neste país a diligência não se basta com o “usual” no tráfico (Larenz, 1958, p. 286 e Tuhr, 1999, p. 277). O mesmo se passa em França (Carbonnier, 1998, p. 294).

ainda a figura de uma leve nota pedagógica, afirmando que “convém estimular as pessoas a usar essa diligência [a do bom pai de família] para não ofenderem direitos de terceiros”.

Na obra de Antunes Varela, verifica-se uma exacerbação destes aspetos¹²¹. Como escreveu o próprio, o modelo é o do “homem-tipo” e do “sujeito ideal”, o tipo de homem médio “que as leis têm em vista ao fixarem os direitos e deveres das pessoas em sociedade”¹²². A referência ao bom pai de família acentua mais, portanto, “a nota *ética* ou *deontológica* do bom cidadão (do *bonus civis*) do que o critério puramente estatístico do *homem médio*” e apela ao padrão da “conduta exigível dos homens de boa formação e de são procedimento”¹²³.

Já João António Pinto Monteiro opta por um procedimento interpretativo singular. Desconstruindo a expressão “bom pai de família” nos seus vários vocábulos, atribui à locução “pai de família” o significado de “pessoa com capacidades e competências não especializadas, (...) dotada de senso comum quanto ao funcionamento dos fenómenos correntes da vida” e fixa ao adjetivo “bom” um “quantum de intensidade média (...) no sentido qualitativo, e não num sentido puramente estatístico”¹²⁴.

Parecida é a posição de Sousa Antunes, embora parta de pressupostos um pouco diferentes: relativamente ao carácter ético do bom pai de família¹²⁵, não o justifica através de fatores de ordem moral, mas sim de vinculação “à tutela dos bens [jurídicos]” conforme definidos pelos “parâmetros da ilicitude”¹²⁶; e, em vez de associar a figura a fins pedagógicos, fá-la assentar num “desígnio preventivo”¹²⁷. A posição do A., ao remover a Moral do sistema e reportando a exigência ética à própria lei, afasta-se um pouco dos A. anteriores, sem, contudo, divergir totalmente. Em geral, resulta, como enquadramento geral da doutrina, uma forte exigência ética de fonte deontológica ou legalista¹²⁸.

Neste ponto, entroncamos sem reservas no entendimento maioritário¹²⁹, que tem a seu favor os elementos de interpretação aqui mais relevantes, nomeadamente a

¹²¹ A tónica de Varela influenciaria Faria, 2021, pp. 443-444.

¹²² Varela, 1989, p. 544.

¹²³ Varela, 1989, p. 555.

¹²⁴ Monteiro, 2015, p. 89.

¹²⁵ Que o A. não nega, afirmando que o “bom pai de família (...) implica um juízo de valor, que (...) rejeita a suficiência de um critério estatístico” (Proença *et al.*, 2018, p. 301).

¹²⁶ Proença *et al.*, 2018, p. 301.

¹²⁷ Proença *et al.*, 2018, p. 301. Evidentemente, pedagogia e prevenção podem ser apenas duas faces da mesma moeda: a pedagogia estimula a diligência, a prevenção evita a negligência.

¹²⁸ A exceção à regra é Gomes Nogueira. Para este, deve partir-se do homem médio “como existe na sociedade”, o que remete a fonte ética do sistema para a sociologia e a estatística. (Nogueira, 2024, pp. 88-89, 99).

¹²⁹ Já a doutrina estrangeira não é tão clara. Em Itália, a natureza deontológica do critério é afirmada em Nobili, 2001, pp. 36-37, mas negada em Salvi, 2005, pp. 160-163, onde se remete para as regras do contexto social. Próximo deste, em Espanha, Rodríguez, 1999, pp. 67-69 fala numa “diligência social” enquadrada no círculo de relações e na época onde se desenrola a ação; já Amigo, 1995, pp. 49-50 defende uma noção de “culpa social” eticamente exigente, no sentido de que as exigências da vida moderna requerem uma maior

vontade do legislador e os elementos histórico e teleológico. Deste modo, entendemos que o critério do bom pai de família é deontológico e comporta um grau de exigência ética elevado.

Isto, contudo, não basta. Para ultrapassar os perigos de imprecisão e incerteza jurídica a que aludimos na Introdução, é preciso explicar em que consiste precisamente um “grau de exigência ética elevado”, desenvolvimento que, tanto quanto lográmos descobrir, não foi dado de forma satisfatória na doutrina ou na jurisprudência. Propomos, por esse motivo, uma solução inovadora.

Na definição do grau de exigência ética, pensamos serem possíveis duas formulações: uma pela negativa, aprovando-se a conduta quando ela não repugne ao julgador¹³⁰, ou seja, quando não é evidente que o comportamento não foi ético; e uma pela positiva, aprovando-se a conduta apenas quando ela é saudada pelo julgador, ou seja, quando é evidente que o comportamento foi ético. Qualquer uma delas alcança, parece-nos, os objetivos de simplicidade e aplicabilidade prática desejados.

Ao contrário do que defenderemos a propósito da querela entre subjetivismo e objetivismo, não nos parece aconselhável adotar um sistema misto, em que a certos casos se aplicaria uma formulação e a outros outra. É que se aquela querela se situa ao nível da operacionalização do critério (por outras palavras, trata-se de um segundo nível de análise, a considerar só depois de ficar assente qual será a base da comparação), aqui estamos a tratar dessa mesma base, do núcleo profundo do conceito. E, neste nível de análise, todos os dados recolhidos apontam no sentido de que o legislador quis uniformizar o padrão, optando por consagrar exceções onde entendeu pertinente¹³¹. Como tal, o nível de exigência ética deve ser sempre o mesmo.

Sendo possível que a primeira formulação seja a mais harmoniosa a nível sistemático, porque é frequentemente pela negativa que a lei apela a critérios éticos para resolver problemas jurídicos – v.g., o abuso de direito (art. 334.º) enquanto instância de controlo do exercício de direitos¹³² – a segunda parece-nos preferível¹³³, já que a *ratio legis* aponta no sentido de uma exigência ética considerável, ainda que não tirânica.

diligência e consciência dos membros da sociedade. Em França, Malaurie, Aynès & Stoffelmunck, 2011, p. 30 apelam ao homem razoável do mesmo tipo sociológico que o lesante. Na Alemanha, Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, p. 872 reportam-se ao padrão da comunidade de vida social.

¹³⁰ Apelamos ao juiz no sentido exposto na Introdução (enquanto encarnação da ética jurídico-civil), sem ignorar que haverá sempre uma margem de subjetividade neste juízo. Sublinhando a bondade dessa margem, Engisch, 2014, pp. 251-254.

¹³¹ Por exemplo, em sede de regulamentação das instituições financeiras (arts. 149.º, n.º 2 e 304.º, n.º 2 do CVM e art. 73.º do RGICSF).

¹³² Cordeiro, 1997, pp. 661 e ss., em particular a p. 899 (na qual o A. cunha a expressão “exercício inadmissível de posições jurídicas”). Não se pretende com isto negar ou afirmar que o abuso de direito seja igualmente fundamento de ilicitude.

¹³³ Em sentido próximo, em Itália, Bianca, 1997, pp. 575-581). Em França, apesar de se afastar a exigência de perfeição, não se prescinde do padrão do bom cidadão (Bénabent, 2003, p. 361). Na nossa jurisprudência, afirma o Ac. STJ, de 14/06/2011, Proc. 437/05.9TBANG.C1.S1, que o bom pai de família “não sendo o homem excepcional, deve assumir um padrão superior ao do homem médio”.

Defendemos, por isso, que a culpa é afastada quando resulte evidente que o comportamento foi ético, e não quando não resulte evidente que o comportamento não foi ético.

Não se ignora os excessos a que esta formulação poderia chegar; não se pretende que em Portugal, como sucede em Espanha, se obrigue o lesante a “esgotar a diligência”¹³⁴. No entanto, para obviar a eles, cremos que o princípio geral da irrelevância da culpa levíssima¹³⁵ será corretivo suficiente. O julgador deve tê-lo sempre presente, numa lógica de razoabilidade.

4. A concretização do conceito

Em si, o bom pai de família é uma abstração vazia¹³⁶ que carece de concretização. Isto alcança-se tomando certas características da atuação do lesante e generalizando-as (para evitar um juízo *in concreto*). O problema é que, mesmo fazendo essa generalização, alguns A. rejeitam o procedimento (por conduzir, precisamente, a um juízo *in concreto*), só admitindo que se tome em consideração o círculo de atividade em que o lesante atuou¹³⁷.

É o caso, na Alemanha, de Ennecerus, Kipp & Wolf, para quem “exigível no tráfico” é aquele grau de diligência que se pode pedir, dentro da convivência social e naquela situação concreta, a uma pessoa normal, ordenada e razoável, que pertença à esfera de tráfico qualificada pela índole da atividade em questão – na atividade mercantil espera-se a diligência de um comerciante “capaz”, na construção a diligência de um arquiteto “idóneo”¹³⁸. Assim postas as coisas, são as exigências do tráfico, e não a individualidade do agente, que determinam a medida de cuidado e diligência que se lhe pede¹³⁹. As únicas circunstâncias relevantes do caso concreto seriam as que, respeitando à envolvimento fáctica do incidente, podem modificar o que é exigível ao sujeito (v.g., a

¹³⁴ O risco de que isto aconteça não é meramente hipotético, como se denota do exacerbado Ac. RG, de 27/04/2023, Proc. 4116/17.6T8BRG.G1, onde se escreve que o médico deve atuar “com a maior atenção, (...) com o maior cuidado, da forma mais diligente e empregando todos os conhecimentos” e que “actuará com negligência o médico que (...) não exercita todo o zelo, toda a vontade, todo o esforço, todas as qualidades, aptidões, capacidade e discernimento exigíveis”. Mais moderado, o Ac. RP, 19/03/2024, Proc. 1469/18.2T8STS.P1.

¹³⁵ No sentido de que não se devem fazer exigências que *ninguém* pudesse cumprir, Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, p. 889 (itálico nosso).

¹³⁶ Para uma súpula de críticas, Proença, 1997, p. 578.

¹³⁷ Precisamente por não se tratar de uma característica da atuação do lesante. Também contra a relevância das características pessoais do lesante, Markesinis & Unberath, 2002, pp. 8385 (os A. rejeitam que a negligência esteja, nestes casos, associada a um juízo moral, com o que discordamos).

¹³⁸ Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, p. 889.

¹³⁹ Sem prejuízo, os A. reconhecem a possibilidade de o juiz ajustar o montante indemnizatório (em Portugal, por via da aplicação do art. 494.º) se a repartição do dano resultar inequitativa.

imperatividade de tomar uma decisão rápida, a repentina emergência de uma situação extraordinária, circunstâncias de guerra ou situações de especial perigosidade)¹⁴⁰.

Entre nós, porém, esta orientação é minoritária¹⁴¹, sendo seguida apenas por Romano Martinez, que afirma não interessar “a situação especial do agente, mas o padrão comum que seria exigível àquele tipo de pessoa”¹⁴² e, segundo nos parece, Sá e Mello¹⁴³⁻¹⁴⁴.

A maioria dos A. considera, portanto, algumas características do caso concreto, servindo-se as mais das vezes de enumerações exemplificativas¹⁴⁵: assim procederam Vaz Serra (a cultura, os conhecimentos, a profissão e o estado ocasional – v.g., doença, fadiga – do devedor, bem como, quando for o caso, a natureza do negócio¹⁴⁶), Pessoa Jorge (o grau de cultura, de força e de preparação profissional¹⁴⁷), Sinde Monteiro (a idade, o sexo e a profissão, bem como a “grandeza das dificuldades a ultrapassar, a importância e dificuldade da actividade em questão, a sua periculosidade e o seu carácter útil ou não”¹⁴⁸) e Brandão Proença¹⁴⁹ (fatores pessoais do lesado, com particular ênfase para a idade e as anomalias físicas, a natureza da obrigação, a confiança suscitada pela pessoa do devedor e o circunstancialismo do caso).

Colocando a questão noutros termos, Almeida Costa faz referência ao círculo de relações em que está inserido o agente¹⁵⁰; Menezes Cordeiro, por seu turno, afirma que “a concretização faz-se inserindo o bom pai de família na específica área de interesses e de competências técnicas em que se coloque o devedor”¹⁵¹; Brandão Proença alude ao “círculo de actuação ou de actividade do ‘homem médio’ tipificado (como peão,

¹⁴⁰ No mesmo sentido, Larenz, 1958, p. 289 (certas situações exigem um grau de atenção elevado, outras – como incêndios, acidentes ou epidemias – dificultam a adoção das medidas de precaução). Já para Tuhr, 1999, p. 277, além destas circunstâncias acidentais, o critério convoca a consideração de elementos como a profissão e o grau de cultura da pessoa.

¹⁴¹ E justifica-se que assim seja, à luz dos elementos de interpretação objetivo (a parte final da norma remete para as circunstâncias do caso concreto) e subjetivo (parece ter sido essa a intenção do legislador, à luz dos escritos de Vaz Serra e de Antunes Varela). Na jurisprudência, Ac. RC, 20/02/2024, Proc. 326/20.7T8MGL.C1, e Ac. RC, de 30/05/2023, Proc. 611/21.0T8CTB.C1.

¹⁴² Martinez, 2017, p. 97.

¹⁴³ O A. expressamente afirma que o bom pai de família serve apenas de “medida e limites” do dever geral de diligência, dever esse que é, para ele, invariável independentemente das qualidades do agente (estas reportar-se-iam somente à aferição do grau de imputabilidade).

¹⁴⁴ No mesmo sentido, lá fora, Alpa, 1999, pp. 250-252 e Chabas *et al.*, 1998, pp. 457-464.

¹⁴⁵ Adotando este procedimento, noutros ordenamentos, Légier, 2001, p. 146, Terré *et al.*, 2018, p. 1037, Rodríguez-Cano *et al.*, 2003, pp. 123 e 196-197 e Rodríguez-Cano *et al.*, 2001, pp. 1283-1285, bem como o Art. 4:102 (*Required standard of conduct*) dos *Principles of European Tort Law*.

¹⁴⁶ Serra, 1957, p. 45. Varela, 1989, p. 551 aceita a concretização do conceito em termos próximos.

¹⁴⁷ Jorge, 1999, p. 100. O A. defende a relevância de “todas as circunstâncias, incluindo as qualidades pessoais do agente”. Subscrevendo, parece-nos, este entendimento, cfr. Pires, 2018, p. 613 e Pires, 2016, p. 110.

¹⁴⁸ Monteiro, 2005, pp. 375-376. Rui de Alarcão utiliza uma enumeração igual.

¹⁴⁹ Proença, 1997, pp. 571-581. O objetivo é sintonizar a medida da diligência com o âmbito, a natureza ou o conteúdo da prestação assumida.

¹⁵⁰ Costa, 2009, pp. 583-584. Remetendo igualmente para o círculo de tráfego em que atua o agente, Larenz, 1958, p. 286.

¹⁵¹ Cordeiro, 2009, p. 453.

condutor, consumidor, proprietário)”¹⁵²; e Miranda Barbosa¹⁵³ refere a necessidade de ter em conta certas “oscilações cognitivas e volitivas dos agentes”, uma vez que o homem médio a que faz referência o critério legal é o “homem médio histórico-concretamente situado”.

Alguns A., como Sousa Antunes, Rui de Alarcão ou João António Pinto Monteiro, encontram na remissão final da norma (“em face das circunstâncias de cada caso”) a forma de concretizar o critério¹⁵⁴. Para o primeiro, seriam relevantes o circunstancialismo que rodeia a ação (o seu tempo e lugar, a sua natureza e utilidade), a preparação técnica do lesante (formação académica ou experiência profissional) e factos internos como a idade, o género e as debilidades físicas, psíquicas e intelectuais¹⁵⁵. Para o segundo, o julgador só poderia atender às circunstâncias externas (i.e., aquelas que “não sejam pessoais ao lesante, entendendo-se por estas as que se referem à sua individualidade própria, às suas particularidades físicas ou morais”)¹⁵⁶. Para o terceiro, a referência da norma às circunstâncias do caso corresponde a elementos factuais ou jurídicos referentes às pessoas do devedor e do credor, ao objeto do dever ou a outros factos¹⁵⁷.

Finalmente, há o processo dos círculos de tráfego, adotado por Rui de Ataíde¹⁵⁸, de acordo com o qual se pergunta “se a pessoa comumente diligente da área de vida, interesses e competências em que se insere o agente, teria, nas circunstâncias daquele caso, cometido igualmente o facto ilícito ou se, pelo contrário, adoptaria o comportamento devido”¹⁵⁹. Concretizando, procede-se a uma divisão fundamental entre o círculo geral de tráfego, que “abrange todo o comportamento não pertencente a um círculo especial de tráfego”, intervindo apenas subsidiariamente e “reportando-se a modos de comportamento geralmente estabelecidos, não caracterizados nem por maneiras especiais nem características típicas”¹⁶⁰, e os círculos especiais¹⁶¹. Dentro destes, estabelece-se uma subdivisão entre grupos característicos, que reúnem atributos de todas as pessoas (trata-se de características genéticas, como o sexo e a idade), e

¹⁵² Proença, 2017, pp. 285-286.

¹⁵³ Barbosa, 2023, pp. 208-210.

¹⁵⁴ É também esta a orientação expressa em Telles, 1997, pp. 353-354 e, segundo julgamos, em Nogueira, 2024, p. 89.

¹⁵⁵ Cfr. Proença *et al.*, 2018, p. 302. A relevância das debilidades do lesante é defendida com base num argumento de ordem constitucional (em sentido próximo, Salvi, 2005, pp. 160-163). Afirmando que as debilidades não relevam para formar círculos de tráfego, Ataíde, 2023, pp. 354-355.

¹⁵⁶ Alarcão, 1983, p. 265.

¹⁵⁷ Monteiro, 2015, pp. 89-90.

¹⁵⁸ Ataíde, 2023, pp. 155-173 e 336-358. O A. foi influenciado pela jurisprudência alemã e por Erwin Deutsch.

¹⁵⁹ Ataíde, 2023, p. 341.

¹⁶⁰ Ataíde, 2023, p. 348.

¹⁶¹ Estes teriam a “função essencial” de assegurar a “liberdade de acção” (Ataíde, 2023, p. 348).

grupos de comportamento¹⁶², respeitantes a um ato ou situação do sujeito que temporária ou definitivamente o coloca na qualidade de membro de um grupo¹⁶³.

As características constitutivas de grupos de tráfego seriam os grupos profissionais, as atividades perigosas (passíveis de originar um subgrupo, o dos peritos qualificados nessa atividade), a idade, o sexo, a posição na vida social e a celebração de certos negócios jurídicos¹⁶⁴. Nos casos de conflito (em que o agente pertence, em simultâneo, a mais do que um grupo de tráfego), deve-se dar primazia ao grupo “socialmente mais significativo”¹⁶⁵, considerando-se em segunda linha as exigências do(s) outro(s) círculo(s) relevante(s); além disso, os grupos de comportamento com uma importância social especialmente forte sobrepõem-se aos grupos característicos¹⁶⁶.

O indivíduo titular de capacidades especiais deve ser responsabilizado com base nelas e não nas do homem médio¹⁶⁷.

Esta tese, embora estereotipe algumas características com “eficácia constitutiva autónoma”¹⁶⁸ e nos pareça em alguns pontos excessivamente complexa¹⁶⁹, constitui ainda assim o ponto de partida mais interessante: por comparação com a enumeração de características, o único outro método doutrinal suficientemente apurado¹⁷⁰, permite uma análise mais rigorosa e abrangente. Além do mais, e como se referiu supra, entendemos que a lei portuguesa efetivamente pretendeu que fossem tidos em conta algumas características do caso.

Assim, apesar de aderirmos à tese dos círculos de tráfego, não podemos aceitar o elenco de características constitutivas desses grupos proposta por Rui de Ataíde. Como muito bem apontam Ennecerus, Kipp & Wolf¹⁷¹, a partir do momento em que se tomam em consideração algumas características, é preciso apresentar uma justificação para a inclusão de algumas e não de outras. Não nos parece que Rui de Ataíde responda

¹⁶² A construção destes, como explica Rui de Ataíde, baseia-se no “princípio da *aceitação objectiva*”, segundo o qual “aceitar funções ou uma tarefa (...) envolve a garantia de se estar em condições de cumprir o ‘standard’ de cuidado do respectivo círculo”. Os grupos característicos e o círculo geral de tráfego também são influenciados por este princípio, já que “as exigências mínimas deste grupo contêm uma garantia no momento em que o sujeito entra no tráfego” (Ataíde, 2023, pp. 351-353). É uma ideia análoga à da culpa na assunção.

¹⁶³ Ataíde, 2023, p. 348.

¹⁶⁴ Ataíde, 2023, pp. 346-347.

¹⁶⁵ Ataíde, 2023, p. 356.

¹⁶⁶ Ataíde, 2023, p. 356.

¹⁶⁷ Ataíde, 2023, pp. 357-358. Para o A., como o titular de capacidades especiais não precisa de despendar um esforço superior ao seu normal para as aplicar, este problema não provoca entorses sensíveis ao critério legal. Cfr. também Nogueira, 2024, p. 100.

¹⁶⁸ Ataíde, 2023, pp. 348-350.

¹⁶⁹ O que se entende por grupo “socialmente mais significativo”? Qual a relevância prática da distinção entre grupos característicos e grupos de comportamento? Devem mesmo tratar-se os casos em que o agente pertence a mais do que um círculo de tráfego como conflitos?

¹⁷⁰ Outra construção interessante é a sugerida em Malaurie, Aynès & Stoffelmunck, 2011, p. 30, onde se argumenta que o juiz deve colocar-se na posição do lesante (numa espécie de juízo de prognose póstuma), imaginando-se portador das mesmas virtudes (e deficiências, se o lesante nada puder fazer em relação a elas) aparentes daquele e interrogando-se se teria atuado como ele.

¹⁷¹ Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, p. 892.

convincentemente a esta objeção¹⁷², uma vez que a lista de características por si apresentada não decorre de um critério que distinga entre características relevantes e irrelevantes. Por isso, impõe-se uma correção da tese que clarifique este ponto.

Ora, quer porque a nível dogmático não se vislumbra qualquer critério clarificador, quer porque a redação legal aponta para uma apreciação casuística, parece-nos que a solução mais conforme com a lei é que seja o próprio juiz¹⁷³ a avaliar quais as características relevantes: numa determinada hipótese, poderia ser central para o caso o desempenho profissional desastrado do agente; noutra, a sua tenra idade; noutra ainda, uma sua incapacidade física; e, noutro ainda, poderia verificar-se uma combinação de várias características. Estamos aqui perante um espaço de apreciação do juiz, que, conquanto devidamente enquadrado, deve ser respeitado.

Simultaneamente, podem verificar-se circunstâncias de facto que, na linha de Larenz, poderíamos qualificar de atenuantes (situações extraordinárias, como incêndios, acidentes ou epidemias) ou agravantes (situações de risco elevado) da diligência devida. Estas também devem ser tidas em conta.

5. A pessoa do lesante. Clivagem entre subjetivação e objetivação

Saber se o juízo de culpa negligente deve abarcar somente as deficiências da vontade (subjetivismo) ou também as deficiências da conduta (objetivismo) é discussão antiga e não resolvida. A questão é saber que dimensões da pessoa do lesante se devem considerar: apenas “a falta de *cuidado*, de *zelo* ou de *aplicação* (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza)” ou também “a falta de *senso*, de *perícia* ou de *aptidão* (a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão, a inabilidade)”¹⁷⁴.

Vaz Serra pugna pelo subjetivismo, já que não seria razoável, “no aspecto moral, que se considere culposos o procedimento de um devedor que, por um defeito da sua personalidade, não podia cumprir exactamente a obrigação”¹⁷⁵. Admite, todavia, exceções¹⁷⁶: i) nos casos de culpa na assunção¹⁷⁷; ii) no domínio das profissões ou atividades (que, por suporem uma certa aptidão, autorizam o credor a admitir que o

¹⁷² Cfr. Ataíde, 2023, pp. 353-355. Esta crítica adquire redobrada relevância no paradigma multicultural do século XXI.

¹⁷³ Referimo-nos ao juiz porque, em última análise, é a ele que cabe examinar as circunstâncias do caso.

¹⁷⁴ Varela, 1989, p. 547.

¹⁷⁵ Serra, 1957, p. 55.

¹⁷⁶ Serra, 1957, pp. 56-58.

¹⁷⁷ Numa vertente contratual (“o devedor, conhecendo ou devendo conhecer a sua inaptidão, assumiu (...) a obrigação”) e extracontratual (“realização [voluntária] de um acto em que haja perigo de danos para outrem, não tendo os conhecimentos, a força ou a perícia necessários”). Não nos parece que esta referência a “atos em que haja perigos de danos” se reporte às atividades referidas no art. 493.º, n.º 2 (cfr. a definição do Ac. STJ, 17/05/2017, Proc. 1506/11.1TBOAZ.P1.S1). Sobre a apreciação da culpa nesta sede, cfr. Ac. STJ, 06/07/2023, Proc. 822/18.6T8GRD.C1.S1.

devedor a possui)¹⁷⁸; e iii) na realização de uma prestação excepcionalmente difícil (o devedor deve responder pela habilidade especial necessária para a cumprir). O número e a abrangência das exceções “objetivantes” é, a nosso ver, suficiente para apelidar este sistema de misto ou híbrido.

Em sentido contrário, Antunes Varela é um acérrimo defensor da tese objetivista, privilegiando considerações de justiça comutativa (no sentido de ser mais equitativo fazer impender os prejuízos sobre o lesante¹⁷⁹) e as exigências do comércio jurídico e da segurança social¹⁸⁰. Outros argumentos¹⁸¹ aduzidos são a similitude com a redação legal alemã, onde a doutrina e a jurisprudência maioritárias apoiam a tese objetivista¹⁸²; o facto de a lei reclamar um padrão valorativo médio; e, finalmente, a função educativa da solução¹⁸³. No entanto, o próprio Varela parece conceder que o termo utilizado pelo legislador no art. 487.º, n.º 2 (“diligência”) aponta sobretudo para o zelo ou o empenho da vontade, isto é, para a tese subjetivista¹⁸⁴.

Esta divergência original, que permanece por sanar, conta hoje com uma franca maioria a favor dos objetivistas, entre os quais se contam Ribeiro de Faria¹⁸⁵, Sinde Monteiro¹⁸⁶, Miranda Barbosa¹⁸⁷, João António Pinto Monteiro¹⁸⁸, Rui de Alarcão¹⁸⁹, Pinto Oliveira¹⁹⁰, Brandão Proença¹⁹¹ e, parece-nos, Gomes Nogueira¹⁹².¹⁹³

¹⁷⁸ O A. excetua a hipótese de o credor saber de antemão que o profissional não possui a aptidão habitual no ramo.

¹⁷⁹ Varela, 1989, p. 549. Este ponto é desvalorizado em Jorge, 1999, p. 338.

¹⁸⁰ Escreve o A: “o comércio jurídico não pode estar atreito à capacidade *pessoal* de prestação do devedor. Este é que deve preparar as coisas de modo a responder cabalmente pelas obrigações” (Varela, 1989, p. 546).

¹⁸¹ Como já referimos, o argumento histórico também parece apoiar esta posição. Todavia, os únicos exemplos que encontramos (em Zimmerman, 1992, pp. 1008-1009) reconduzem-se ao domínio profissional, no seio do qual Vaz Serra também defende o objetivismo.

¹⁸² Neste sentido, Markesinis/Unberath, 2002, *The German*, pp. 83-85 e, embora respondendo em primeira linha com a culpa na assunção, Larenz, 1958, pp. 282-283 e 288. Em Itália, Salvi, 2005, pp. 160-163 e Bianca, 1997, pp. 575-581 (o A. refere que a jurisprudência do seu país adota o objetivismo, mas em Alpa, 1991,

p. 226 escreve-se que os tribunais têm “uma orientação elástica”). Em Espanha, Rodríguez-Cano *et al.*, 2001, pp. 1283-1285 (secundado por jurisprudência do Supremo espanhol). Em França, Carbonnier, 1998, p. 287 parece propender para o subjetivismo e Gaudamet, 2004, p. 309 para o objetivismo.

¹⁸³ Varela, 1989, p. 548. Das palavras do A. transparece uma falsa oposição entre o virtuosismo da tese objetivista e o desmazelo a que conduziria a tese subjetivista: nada mais falso, porque, como explicou Vaz Serra, a tese subjetivista encontra o seu fundamento último no substrato moral da culpa individual.

¹⁸⁴ Este argumento será retomado pelos partidários do subjetivismo, mas desvalorizado por um objetivista (Alarcão, 1983, p. 259).

¹⁸⁵ Faria, 2021, p. 445. Os argumentos são similares aos de Antunes Varela.

¹⁸⁶ Monteiro, 2005, pp. 372-375, também com os argumentos típicos.

¹⁸⁷ Barbosa, 2023, p. 209.

¹⁸⁸ Monteiro, 2015, pp. 92-93. O A. tem a virtude de reconhecer o argumento subjetivista do substrato moral da culpa.

¹⁸⁹ Alarcão, 1983, pp. 256-262. Curiosamente, o A. parece dizer que, num plano ideal, em que por via do desenvolvimento das responsabilidades objetivas, dos seguros e da segurança social o direito da responsabilidade civil já não tenha de prestar um especial cuidado à vítima, a tese subjetivista seria a melhor (Alarcão, 1983, pp. 261-262).

¹⁹⁰ Oliveira, 2011, pp. 439-441. O A. argumenta que a consagração explícita do critério do bom pai de família implica a consagração implícita do critério da culpa como deficiência da conduta.

¹⁹¹ Proença, 2017, p. 285.

¹⁹² Nogueira, 2024, pp. 99-103.

¹⁹³ Na jurisprudência, Ac. RP, 17/06/2024, Proc. 17863/20.6T8PRT.P1.

Entre os partidários da tese subjetivista contam-se Pessoa Jorge¹⁹⁴, Sousa Antunes¹⁹⁵ e Rui de Ataíde¹⁹⁶⁻¹⁹⁷.

Neste tópico, a posição de Vaz Serra afigura-se-nos a melhor. Com efeito, partir do subjetivismo garante, no plano ético-jurídico, o respeito pela materialidade subjacente à culpa e pela liberdade individual¹⁹⁸ (esta só deve ser coartada quando existam outros fatores atendíveis)¹⁹⁹; no plano do direito constituído, encontra o respaldo da letra da lei. Todavia, nos casos excepcionados justifica-se dar preferência aos argumentos aduzidos por Antunes Varela: a justiça comutativa, o comércio jurídico e a segurança social (só destoa o caso da culpa na assunção, que se reporta ainda ao substrato moral da culpa).

Nestas hipóteses, e atendendo à finalidade reparadora da responsabilidade civil, justifica-se que o lesado goze de uma reforçada “garantia objetiva”²⁰⁰ de que será respeitado o dever geral de diligência. Esta posição tem a vantagem, de resto, de no âmbito de certas profissões encontrar já respaldo na nossa jurisprudência²⁰¹.

Como tal, defendemos que o ponto de partida da avaliação se deve reportar somente à incúria, ao desleixo, à precipitação, à leviandade ou à ligeireza do agente (subjetivismo), relevando-se também a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão e a inabilidade (objetivismo) nos casos de culpa na assunção, no domínio profissional e na realização de uma prestação excepcionalmente difícil ou perigosa.

Contudo, esta construção dogmática pode ser desadequada no domínio contratual. Neste, parece-nos que tudo deveria depender das vontades (e, na falta de certeza quanto a estas, das legítimas expectativas²⁰²) das partes, protegendo-se o credor que contrata

¹⁹⁴ Jorge, 1999, pp. 326-331. O argumento de base é o do substrato da culpa. À semelhança de Vaz Serra, o A. excepciona os casos em que se exigem ao lesante certas competências “em termos de dever para a prática de certa actividade”. A culpa na assunção releva, mas só “se havia o *dever de diligência* de a conhecer”.

¹⁹⁵ Proença *et al.*, 2018, p. 303. O A. acolhe a exceção da culpa na assunção.

¹⁹⁶ Se num escrito anterior (Ataíde, 2020, pp. 216-220) o A. defendeu uma tese mista, na sua obra mais recente (Ataíde, 2023, pp. 344-345) adere plenamente ao subjetivismo (os argumentos são a letra do art. 487.º, n.º 2 e a materialidade subjacente à culpa). O A. rejeita a culpa na assunção, porque “a pessoa sem aptidões (...) dificilmente terá capacidade para avaliar essa limitação” (Ataíde, 2023, p. 345). A isto poder-se-ia opor a tese de Alarcão, 1983, p. 259 de que também a culpa na assunção deve ser “objetivada”, i.e., mesmo que o agente não possua o discernimento necessário, deve ser condenado se um agente cuidadoso e normal poderia e deveria ter consciência das suas limitações. Também contra a figura, Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, p. 890.

¹⁹⁷ Na jurisprudência, a maioria das decisões refere-se apenas ao “zelo e diligência”. Cfr. Ac. RP, de 12/07/2023, Proc. 1934/21.4T8PNF.P e Ac. RP, de 14/12/2022, Proc. 2093/19.8T8PRD.P1.

¹⁹⁸ Cfr., a propósito, Ataíde, 2023, pp. 7-11.

¹⁹⁹ Sublinhando a importância de uma solução de “conflito de interesses” entre a proteção dos bens e o tráfico social/desenvolvimento da personalidade, segundo juízos de razoabilidade, de “comunidade de vida social” e de forma proporcionada aos riscos inerentes a esta, no sentido de que o risco que se faz correr sobre os bens jurídicos deve ser mantido dentro dos limites da conveniência social, Ennecerus, Kipp & Wolff, 1981, p. 872.

²⁰⁰ Num sentido próximo ao defendido por Larenz e por Rui de Ataíde (a propósito do princípio da aceitação objetiva). Também Vaz Serra mostra sensibilidade a esta ideia (Serra, 1957, p. 58).

²⁰¹ Vejam-se as referências já feitas às responsabilidades profissionais. Tipificando expressamente a “imperícia” como uma das formas de culpa do médico, Ac. STJ, 12/01/2022, Proc. 1616/11.5TVLSB.L1.S1.

²⁰² No sentido exposto em Pires, 2016, a que aludimos anteriormente.

tendo por base certas capacidades especiais do devedor e não protegendo aquele que contrata sabendo da imperícia deste²⁰³. No entanto, *de jure condito*, o art. 799.º, n.º 1 é claro ao estipular que a culpa se afere sempre em abstrato²⁰⁴. Ora, se se seguir a tese subjetivista, só interessa o esforço do agente e, como este não precisa de um esforço adicional para empregar a plenitude das suas capacidades, o problema fica resolvido²⁰⁵. Se, porém, se seguir a tese objetivista, as capacidades do agente ficam tipificadas segundo um padrão médio.

Não obstante, mesmo ao abrigo do objetivismo, o credor que conta com capacidades especiais do devedor (idem quanto ao devedor menos capaz) terá à sua disposição instrumentos para se fazer valer dessa expectativa: além de poder ajustar convencionalmente o nível de diligência²⁰⁶, será sempre possível, por interpretação do contrato (e poderá haver vários indícios que atestem neste sentido, nomeadamente o valor da contrapartida paga), concluir que há uma lacuna contratual relativa ao grau de diligência exigido ao devedor, a ser integrada nos termos do art. 239.º²⁰⁷; além disso, o credor poderá fazer prova de que não teria contratado (ou não teria contratado daquela forma) se soubesse que o devedor não empregaria a plenitude das suas capacidades na execução do contrato.

²⁰³ A ideia de que o credor que assim procede não deve ser protegido tem origens históricas profundas. No Direito Romano a exceção de culpa em concreto visava responsabilizar o credor que escolhesse um devedor que nem nos próprios negócios usa a máxima diligência (Kaser, 1999, p. 219).

²⁰⁴ Não nos parece que seja possível erigir um argumento com pretensões de generalidade a favor do afastamento desta regra (v.g., com base num raciocínio de ordem sistemática a partir do princípio da relatividade contratual).

²⁰⁵ Parece ser este o entendimento seguido no Ac. TRC, de 07/11/2023, Proc. 29/18.2T8CBR.C1.

²⁰⁶ Neste sentido, Pires, 2018, p. 613. Defendendo que, se o contrato ou a lei estabelecerem precauções especiais, a sua omissão constitui por si só negligência, Tuhr, 1999, p. 277.

²⁰⁷ Sobre o processo de integração do contrato, cfr. por todos Almeida, 2021, pp. 327-346. Não nos parece que a integração de uma lacuna deste género implique a aplicação da norma supletiva constante do art. 799.º, n.º 1, o que reconduziria a questão ao problema inicial. É que a constatação de que há uma lacuna exige o processo prévio de interpretar o contrato, e se, da interpretação do contrato, se chegou à conclusão de que a diligência com que as partes contavam era a do bom pai de família, não haveria sequer uma lacuna. A constatação de que há efetivamente uma lacuna afasta necessariamente a sua integração por via do preceito supletivo. Note-se, aliás, que em Pinto, 1988, p. 459 se limita a integração por aplicação direta de norma supletiva aos negócios típicos (em sentido próximo, Lima & Varela, 1987, p. 226). Mais à frente, o A. admite que a boa-fé, que no art. 239.º desempenha uma função corretiva, pode justificar a não aplicação das normas supletivas (Pinto, 1988, pp. 460-461), o que também se poderia equacionar nestas hipóteses.

IV. Conclusões

Chegados ao final desta dissertação, falta sintetizar, numa fórmula simples e prática, a noção do critério do bom pai de família.

Assim, argumentamos que a avaliação da culpa de acordo com o critério do bom pai de família é aquela que, partindo das deficiências da vontade (na generalidade dos casos) e também das deficiências da conduta (nos casos de culpa na assunção, no domínio profissional, nas prestações excecionalmente difíceis e nas atividades de perigo) do agente, as compara com o que teria feito um bom pai de família inserido no(s) mesmo(s) grupo(s) de tráfego (delineado(s) de acordo com a(s) característica(s) relevante(s) do caso, segundo o entendimento do julgador), de modo a asseverar, conquanto não se exija o esgotamento da diligência, que a conduta foi, de um ponto de vista deontológico, ético-juridicamente correta.

Testemos esta noção, lembrando o primeiro caso apresentado na Introdução e tentando subsumir a nossa definição ao mesmo. Aí, o réu, funcionário sinaleiro, avisou a lesada para não tentar entrar no comboio em andamento, mas não utilizou o sinal sonoro nem brandiu a bandeira como lhe competia. Tratando-se de um profissional, tanto relevariam as deficiências da vontade como da conduta, pelo que o comportamento teria de ser diligente e competente. Já ao nível das características potencialmente relevantes para delinear os grupos de tráfego, elencaríamos a profissão, a experiência no exercício das funções, a perigosidade associada ao ato de tentar entrar num comboio em andamento e a provável falta de discernimento da lesada. Finalmente, recordemos que, para afastar o juízo de culpa, teria de resultar inequívoco que o comportamento do réu foi ético-juridicamente correto, segundo a fórmula que anteriormente esboçámos. Por outras palavras, pergunta-se se o funcionário sinaleiro ideal, com o mesmo grau de experiência e lidando com a mesma situação concreta (situação que acarreta especiais perigos e é passível de afetar o discernimento da lesada), teria tido uma atuação mais diligente e mais competente do que a do réu.

À luz destas considerações, é manifesto que o réu não atuou conforme o padrão legal. A possibilidade de um utente da via-férrea tentar entrar num comboio em andamento é um dos perigos que a profissão de funcionário sinaleiro comporta. Segundo o princípio da aceitação objetiva, de acordo com o qual a aceitação de funções implica a garantia de conseguir cumprir o padrão de cuidado da respetiva função, conclui-se que a conduta do réu não foi suficientemente diligente nem competente, porque não observou os deveres profissionais que lhe cabiam. Avisar a lesada para não entrar no comboio seria suficiente se no lugar do funcionário estivesse um outro utente, que por acaso tivesse presenciado a referida tentativa, mas não no caso de um profissional com as funções do réu. Na verdade, não só não resulta evidente que o comportamento foi

correto, como parece claro que o comportamento foi de facto errado, constituindo, portanto, uma atuação culposa.

Bibliografia

- ALARCÃO, R. (1983). *Direito das obrigações*, 1.^a ed. Coimbra.
- ALMEIDA, C. F. (2021). *Contratos*, vol. IV, 2.^a ed. Lisboa, reimpr.
- ALPA, G. (1991). *Responsabilità civile e danno*, 1.^a ed. Imola: il Mulino.
- ALPA, G. (1999). *Trattato di diritto civile. La responsabilità civile*, vol. IV. Milão: Giuffrè Editore.
- AMIGO, M. C. (1995). *Lecciones de derecho civil. Teoría general de las obligaciones y contratos*, vol. II, 1.^a ed. Madrid: McGraw-Hill.
- ANDRADE, M. A. D. (1966). *Teoria geral das obrigações*, 3.^a ed. Coimbra: Almedina.
- ATAÍDE, R. M. (2017). O cuidado entre a ilicitude e a culpa. *Revista de Direito Civil*, vol. II, pp. 837-846.
- ATAÍDE, R. M. (2020). Critérios de averiguação da culpa negligente. *Revista de Direito da Responsabilidade*, pp. 208-220.
- ATAÍDE, R. M. (2023). *Direito da responsabilidade civil*, 1.^a ed. Coimbra: Gestlegal.
- ATAÍDE, R. M. (2024). Culpa, risco e impossibilidade no direito português do não-cumprimento. *Revista de Direito da Responsabilidade*, pp. 606-635.
- BARBOSA, A. M. C. N. M. (2017). *Lições de responsabilidade civil*, 1.^a ed. Lisboa: Princípia.
- BARBOSA, A. M. C. N. M. (2023). Conceitos indeterminados e flexibilização do sistema: Considerações a propósito da negligência. *Revista de Direito da Responsabilidade*.
- BÉNABENT, A. (2003). *Droit civil. Les obligations*, 9.^a ed. Paris: Montchrestien.
- BIANCA, C. M. (1997). *Diritto civile. La responsabilità*, vol. V, 1.^a ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, reimpr.
- BUSSANI, M., SEBOK, A.J. & INFANTINO, M. (2022). *Common law and civil law perspectives on tort law*, 1.^a ed. Nova Iorque: Oxford University Press.
- CAENEDEGEM, R. C. van (2000). *Uma introdução histórica ao direito privado*, 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes.
- CALERO, F. J. S. et al. (2004). *Curso de derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por echos ilícitos*, 3.^a ed. Valência: Tirant Lo Blanch.
- CAMPOS, A. S. (2013). *Glosas abertas de filosofia do direito*, 1.^a ed. Lisboa: Quid Iuris.
- CAMPOS, F. S. et al. (2002). *Lecciones de responsabilidad civil*, 1.^a ed. Navarra: Aranzadi.
- CARBONNIER, J. (1998). *Droit civil. Les obligations*, tomo 4, 21.^a ed. Paris: Presses Universitaires de France.
- CHABAS, F. et al. (1998). *Leçons de droit civil*, tomo II, vol. I, 9.^a ed. Paris: Montchrestien.
- COELHO, J. G. P. (1906). *A responsabilidade civil baseada no conceito da culpa*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- CORDEIRO, A. M. (1997). *Da boa-fé no direito civil*, 1.^a ed. Coimbra: Almedina, reimpr.
- CORDEIRO, A. M. (2009). *Tratado de direito civil português. Direito das obrigações*, vol. II, tomo I, 1.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2017). *Tratado de direito civil português. Direito das obrigações*, vol. VIII, 1.^a ed. Coimbra: Almedina.

- CORDEIRO, A. M. (2022). Da interpretação criativa do direito. *Revista de Direito Civil*, n.º 4, pp. 669-685.
- CORDEIRO, A. M. (2023). Nas origens da propriedade e do direito subjetivo: De Roma ao *usus modernus*. *Revista de Direito Civil*, n.º 3, pp. 475-493.
- CORREIA, E. (1993). *Direito criminal*, vol. I, 1.ª ed. Viseu: Almedina, reimpr.
- COSTA, M. J. (2009). *Direito das obrigações*, 12.ª ed. Coimbra: Almedina.
- DIAS, J. F. (1995). *Liberdade. Culpa. Direito penal*, 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- ENGISCH, K. (2014). *Introdução ao pensamento jurídico*, 11.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T. & WOLFF, M. (rev. Nipperdey, H. C.). (1981). *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo I, vol. II, parte II, 39.ª ed. (tradução). Barcelona: Bosch.
- FARIA, J. R. (2020). (atual. Vasconcelos, M. P. & Pedro, R. T.). *Direito das obrigações*, vol. I, 2.ª ed. Porto: Almedina, 2020.
- GAUDAMET, E. (2004). *Théorie générale des obligations*, 1.ª ed. Paris: Éditions Dalloz.
- GIARDINA, F. (1993). *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, 1.ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore.
- GILISSEN, J. (2001). *Introdução histórica ao direito*, 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- GONÇALVES, L. C. (1931). *Tratado de direito civil*, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora.
- IBBETSON, D. (1999). *A historical introduction to the law of obligations*, 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- JORGE, F. P. (1999). *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, 1.ª ed. Coimbra: Almedina, reimpr.
- JUSTO, A. S. (2019). *Direito privado romano. Direito das obrigações*, vol. II, 7.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- KASER, M. (1999). *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LARENZ, K. (1958). *Derecho de obligaciones*, tomo I, 1.ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- LÉGIER, G. (2001). *Droit civil. Les obligations*, 17.ª ed. Paris: Dalloz.
- LEITÃO, A. M. (2009). *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, A. M. (2021). *Insolvência bancária e responsabilidade civil*, 1.ª ed. Lisboa: Almedina.
- LEITÃO, L. M. T. M. (2022). *Direito das obrigações*, vol. I, 16.ª ed. Lisboa: Almedina.
- LIMA, P. & VARELA, A. (1987). *Código civil anotado*, vol. I, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MACHADO, J. B. (1987). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2.ª reimpr.
- MALAURIE, P., AYNÈS, L. & STOFFEL-MUNCK, P. (2011). *Les obligations*, 5.ª ed. Paris: Defrénois.
- MARKESINIS, B. S. & UNBERATH, H. (2002). *The German law of torts*, 4.ª ed. Oxford: Hart Publishing.
- MARTINEZ, P. R. (2017). *Direito das obrigações. Apontamentos*, 5.ª ed. Lisboa: AAFDL Editora.

- MELLO, A. S. e (1989). Critérios de apreciação da culpa na responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 2, pp. 519-542.
- MONTEIRO, J. A. P. (2015). *Esforços e sacrifícios exigíveis no cumprimento contratual*. Coimbra.
- MONTEIRO, J. S. (2005). Rudimentos da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, pp. 349-390.
- MOREIRA, G. A. (s.d.). *Instituições do direito civil português*, vol. II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- NOBILI, C. (2001). *Le obbligazioni*, 1.ª ed. Milão: Giuffrè Editore.
- NOGUEIRA, J. G. (2024). Brevíssimas reflexões sobre o conceito e a forma da ilicitude civil. *Revista de Direito Civil*, n.º 1, pp. 73-108.
- OLIVEIRA, N. P. (2011). *Princípios de direito dos contratos*, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- PAULO, A. F. T. (2002). Ética moral e o direito da comunicação, *Direito e Justiça*, vol. 16, n.º 2, pp. 9-26.
- PINTO, C. A. M. (1988). *Teoria geral do direito civil*, 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª reimpr.
- PIRES, C. M. (2016). Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 105-136.
- PIRES, C. M. (2018). *Impossibilidade da prestação*. Lisboa: Almedina, reimpr.
- PROENÇA, J. B. (1997). *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina.
- PROENÇA, J. B. (2018). *Estudos de direito das obrigações*, 1.ª ed. Porto: Universidade Católica Edições.
- PROENÇA, J. B. et al. (2018). *Comentário ao Código Civil. Direito das obrigações. Das obrigações em geral*, 1.ª ed. Porto: Universidade Católica Editora, reimpr.
- RAMALHO, T. A. (2021). *Contratos*, 1.ª ed. Coimbra: Gestlegal.
- RAMALHO, T. A. (2023). Do direito civil ao seu processo: Sentido de uma implicação. *Revista Electrónica de Direito*, vol. 32, n.º 3, pp. 1-5.
- RÍO, J. M. L. & ACHIRICA, J. L. (2005). *Derecho de obligaciones*, vol. I, 1.ª ed. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- RODRÍGUEZ, J. L. C. (1999). *Derecho de daños*, 2.ª ed. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ-CANO, R. B. et al. (2001). *Comentarios al código civil*, 1.ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi.
- RODRÍGUEZ-CANO, R. B. et al. (2003). *Obligaciones*, 1.ª ed. Madrid: Bercal.
- SALVI, C. (2005). *La responsabilità civile*, 2.ª ed. Milão: Giuffrè Editore.
- SILVA, M. G. (2020). *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, vol. I. Lisboa: Imprensa FDUL.
- SLOTEDIJK, P. (2018). *Tens de mudar de vida*. Lisboa: Relógio d'Água.
- TAVARES, J. (1922). *Os princípios fundamentais do direito civil*, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora.
- TELLES, I. G. (1997). *Direito das obrigações*, 7.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- TERRÉ, F. et al. (2018). *Droit civil. Les obligations*, 12.ª ed. Paris: Dalloz.

- TUHR, A. (1999). *Tratado de las obligaciones*, tomo I, 1.^a ed. Madrid: Editorial Reus.
- VARELA, J. M. A. (1989). *Das obrigações em geral*, vol. I, 6.^a ed. Coimbra: Almedina.
- VAZ SERRA, A. P. S. (1957). Culpa do devedor ou do agente. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68.
- VAZ SERRA, A. P. S. (1959). *Responsabilidade civil*, 1.^a ed. Lisboa.
- ZIMMERMAN, R. (1992). *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, 1.^a ed. Cidade do Cabo: Juta e C. H. Beck, reimpr.

**O dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio
societárias e o papel da Inteligência Artificial na sua aferição**

Joana Isabel Martins Nunes

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria de Fátima Ribeiro

*“The greater our knowledge increases,
the greater our ignorance unfolds.”*

John F. Kennedy

Agradecimentos

Escrever uma Dissertação é uma jornada exigente, desafiante e, por vezes, esgotante, tornando-se evidente que não é um caminho que se consiga percorrer sozinho. Por isso, não poderia deixar de endereçar os meus mais profundos agradecimentos àqueles que acompanharam de perto o meu percurso.

À minha Orientadora, a Exma. Senhora Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, pelos incansáveis conselhos e inestimáveis sugestões. Por todo o tempo despendido e por me incentivar a ser mais e melhor. Uma verdadeira inspiração, à qual estarei eternamente grata.

À Faculdade de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa e aos seus incansáveis Docentes, pela excelência insuperável.

Aos meus pais, por serem um exemplo de resiliência e garra. Por verem em mim um potencial que nem sempre consigo reconhecer. Por me ajudarem a ver a luz ao fundo do túnel. É por vocês que dou o melhor de mim todos os dias.

Aos meus avós, que, apesar de longe, sempre aplaudiram as minhas conquistas e fizeram questão de estar presentes. Por me receberem sempre de braços abertos. Por colocarem o meu bem-estar acima do vosso. Guardo-vos num lugar especial no meu coração.

Ao meu irmão, um verdadeiro espírito livre, por me relaxar nos momentos de maior ansiedade e por me fazer ver que a vida é aquilo que quisermos que ela seja.

Ao Edu, por acompanhar os serões de escrita e pela paciência em ouvir as minhas reflexões, por vezes desordenadas e sem filtros.

Resumo

O presente estudo versa sobre o dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais, com especial enfoque numa das suas concretizações, o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias. Proceder-se-á a uma análise detalhada de outros ordenamentos jurídicos, que, a par da doutrina e jurisprudência nacionais, sustentarão as sugestões dirigidas ao legislador português, com vista a suprir a lacuna legislativa, através da previsão de um regime completo e coerente sobre esta matéria. Adicionalmente, serão consideradas as novas tecnologias como potenciais ferramentas de suporte à aferição das oportunidades de negócio enquanto pertencentes, ou não, à sociedade.

Palavras-chave: administrador; dever de lealdade; Inteligência Artificial; oportunidade de negócio; responsabilidade dos administradores.

Abstract

This study addresses the duty of loyalty of the directors of commercial companies, with a special focus on one of its aspects, the duty not to take advantage of corporate business opportunities. A detailed analysis of other legal systems will be carried out, which, together with national doctrine and jurisprudence, will support the suggestions addressed to the Portuguese legislator, with a view to filling the legislative gap by providing a complete and coherent regime on this matter. In addition, new technologies will be considered as potential tools to support the assessment of business opportunities as belonging, or not, to society.

Keywords: director; duty of loyalty; Artificial Intelligence; business opportunity; director's liability.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CIRE	Código de Insolvência e Recuperação de Empresas
CSC	Código das Sociedades Comerciais
EUA	Estados Unidos da América
IA	Inteligência Artificial
LSC	<i>Ley de las Sociedades de Capital</i>
Proc.	Processo
Sec.	Secção
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa

Índice

Introdução	7
I. Deveres legais gerais a que estão sujeitos os administradores das sociedades comerciais	8
1. Deveres fundamentais dos administradores	8
1.1. Dever de cuidado	9
1.2. Dever de lealdade	10
II. O dever de não concorrência	12
III. O dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias	14
1. Direito norte-americano	15
1.1. Defesas dos administradores	19
1.2. Responsabilidade do antigo administrador	20
2. Direito inglês	21
3. Direito espanhol	23
4. Ordenamento jurídico português	26
4.1. Reflexo da Inteligência Artificial no dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias	28
IV. Desvio, pelo administrador, em seu benefício ou de terceiro, de oportunidades de negócio societárias	32
1. Eventual responsabilidade do administrador	33
1.1. Papel da IA aquando da aferição da responsabilidade do administrador	36
Conclusão	40
Referências bibliográficas	41

Introdução

Entre a sociedade e os seus administradores existe uma relação fiduciária assente na confiança e na boa-fé, o que justifica a imposição de deveres legais de cuidado e de lealdade, conforme previsto no artigo 64.º do CSC. Em virtude desta relação, devem os administradores prosseguir o interesse social, colocando-o acima dos seus interesses pessoais e/ou de terceiros.

Entre as manifestações do dever de lealdade destacam-se a obrigação de não concorrência e o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio. Apesar de este último não encontrar consagração legal expressa no quadro legislativo português, é amplamente aceite pela doutrina. A ausência de um regime completo e coerente justifica a necessidade a um estudo de direito comparado, nomeadamente do direito norteamericano, inglês e espanhol, com o objetivo de preencher a lacuna legal através da inspiração em regimes legais que preveem e aplicam este dever e as consequências que da sua violação advenham.

A par da análise de direito comparado, proceder-se-á à distinção entre o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias e a obrigação de não concorrência, uma vez que, por estarem intimamente ligados e por este último se encontrar positivado no CSC, torna-se pertinente considerá-lo na formulação de uma proposta de regime para o dever em estudo.

Adicionalmente, dada a complexidade de precisão do conceito de oportunidade de negócio societária, será apreciado o potencial dos mecanismos artificialmente inteligentes, como a inteligência artificial, como eventuais aliados na definição deste conceito indeterminado. Esta abordagem permitirá a avaliação das vantagens e riscos da sua utilização, bem como das dificuldades que poderão surgir no que concerne à eventual responsabilização do administrador quando atua em conformidade com a conclusão do algoritmo.

Esta análise permitirá, assim, não só identificar as consequências da apropriação indevida de oportunidades de negócio societárias, mas também refletir sobre o papel que a inteligência artificial poderá vir a desempenhar na aferição deste dever.

I. Deveres legais gerais a que estão sujeitos os administradores¹ das sociedades comerciais

1. Deveres fundamentais dos administradores

Para que uma sociedade comercial consiga prosseguir o fim lucrativo, que constitui a razão da sua existência, é imprescindível a atuação de administradores que, em representação da pessoa coletiva, desempenhem os atos fundamentais à concretização desse objetivo. As funções que competem aos administradores encontram-se, de acordo com o tipo de sociedade em causa, nos artigos 252.º, n.º 1 e 405.º, n.ºs 1 e 2 do CSC.

Sobre estes administradores impendem deveres legais de atuação, que podem ser gerais ou específicos²⁻³, e, a existirem, deveres estatutários. Em nosso entender, e de acordo com Manuel Carneiro da Frada⁴ e Ricardo Costa⁵, o dever primeiro de qualquer administrador é o de, efetivamente, administrar.

Importa salientar que os deveres legais gerais vinculam não só os administradores designados de acordo com as formas previstas na lei, mas também os administradores de facto, “desde que se possam qualificar como tal em razão, desde logo, da prática de actos próprios do desempenho de funções de administração e na medida da compatibilidade das manifestações em causa dos deveres de cuidado e de lealdade”⁶. Estes últimos são indivíduos que, de forma transversal, autónoma e estável, exercem as funções de gestão corrente, ainda que não tenham sido formalmente nomeados administradores, por força de qualquer vício na deliberação de designação ou pela ausência de qualquer investidura formal de tais poderes.

No exercício das suas funções, os administradores, ao abrigo do disposto no artigo 64.º, n.º 1 do CSC, devem observar:

- a) “Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e
- b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos

¹ Doravante, adotar-se-á a presente expressão para designar os administradores e/ou gerentes das sociedades comerciais por quotas e anónimas, sendo estes os tipos societários que constituirão o objeto do presente estudo.

² Coutinho de Abreu, 2010, pp. 12-18.

³ No CSC, são deveres legais específicos o dever de não ultrapassar o objeto social, segundo o artigo 6.º, n.º 4 ou o dever de elaborar o relatório de gestão, de acordo com o artigo 65.º, n.º 1; no CIRE, o dever de apresentação da sociedade à insolvência, nos termos dos artigos 18.º e 19.º.

⁴ Carneiro da Frada, 2007.

⁵ Costa, 2011, p. 163.

⁶ Ibid., p. 166.

relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

No que concerne ao dever de cuidado, segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-07-2018⁷, “consiste na obrigação de os administradores cumprirem com diligência as obrigações derivadas do seu ofício-função, de acordo com o máximo interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente em circunstâncias e situações similares”. O dever de lealdade, por sua vez, “pode ser decomposto numa vertente positiva e outra negativa – na primeira, traduz-se no dever de prosseguir o interesse social, na perspetiva negativa, os administradores não devem prosseguir interesses pessoais ou de terceiros, em detrimento do interesse social”, concretizando-se em “deveres de *non facere*”⁸.

Estes deveres “representam *padrões abstratos de comportamento* que conformam caso a caso, como *normação da conduta devida*, a actuação dos administradores e gerentes *no exercício das suas funções*”⁹.

1.1. Dever de cuidado

De acordo com Coutinho de Abreu¹⁰, “os administradores hão-de aplicar nas actividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias”.

Este dever de cuidado concretiza-se em três vertentes: disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade. A lei não menciona a disponibilidade que é exigida, porém, em nosso entender, ela deve variar de acordo com as exigências de cada sociedade, mas tendo de ser “suficiente para uma eficaz vigilância sobre a organização e a actividade da sociedade”¹¹. No que concerne à competência técnica, acompanhamos Coutinho de Abreu¹², que defende que os administradores devem “possuir conhecimentos adequados (tendo em conta o objecto e a dimensão da sociedade, as funções e a especialidade do gestor)” e ser capazes “de os aplicar oportunamente”. Quanto ao conhecimento da atividade da sociedade, devem os administradores, no exercício das suas funções, “aceder à *informação* correspondente”, devendo produzi-la “eles mesmos ou solicitando-a”.

⁷ Ac. do TRL, 12-07-2018, proc. n.º 9003/08.6TBCSC.L2-1.

⁸ Câmara, 2007, p. 172. No mesmo sentido, surge o Ac. do TRG, 02-11-2023, proc. n.º 5543/21.0T8BRG-A.G1.

⁹ Costa, 2011, p. 164.

¹⁰ Coutinho de Abreu, 2010, p. 18.

¹¹ Ibid., p. 20.

¹² Ibid., pp. 20-23.

No âmbito do dever de administrar com cuidado, constatamos que há certa discricionariedade dos administradores, no sentido de optarem pela solução que melhor lhes parece seguir o interesse social. Neste espaço de livre apreciação dos administradores no exercício da função de administrar, o legislador português procurou consagrar no artigo 72.º, n.º 2 do CSC (“A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.”) “a regra segundo a qual as decisões dos administradores, no espaço da discricionariedade da gestão, se presumem correctas, cabendo a quem queira responsabilizá-los pelas consequências das mesmas provar que elas violaram algum dos deveres a que os administradores estão obrigados”¹³, regra essa que é conhecida nos EUA como *business judgement rule*. Esta norma surge, nas palavras de Carneiro da Frada¹⁴, para “preservar a autonomia do administrador”, estando “formalmente concebida como causa de exclusão da responsabilidade”, não se aplicando quando estão em causa violações de “prescrições ou proibições específicas fixadas na lei ou nos estatutos”.

1.2. Dever de lealdade

Antes de mais, revela-se necessário enfatizar a distinção entre o dever de administrar e o dever de lealdade, uma vez que “um administrador leal pode não administrar correctamente, e um bom administrador pode, pelo menos nalgum momento, não ser leal”¹⁵. Deste modo, verifica-se a existência de dois deveres distintos, os quais, contudo, devem ser cumpridos cumulativamente: o dever de cuidar da sociedade e do seu interesse social e o dever de o fazer com lealdade.

Isto posto, importa mencionar que o dever de lealdade encontra base na relação fiduciária que se estabelece entre a sociedade e o administrador, devendo aquele “prosseguir (como regra e em primeira linha) o fim (lucrativo)”¹⁶ da sociedade, assim como o seu interesse social.

A lealdade que aos administradores é exigida é um “efeito imediato e directo da natureza da relação”, “independente de previsão das partes nesse sentido”, e, por força das funções desempenhadas pelos administradores serem de particular exigência e por estar em causa a administração de património alheio ao próprio, não lhes poderia ser exigido nada menos do que uma “lealdade qualificada”¹⁷.

¹³ Duarte, 2018, p. 82.

¹⁴ Carneiro da Frada, 2007.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Costa, 2011, p. 181.

¹⁷ Carneiro da Frada, 2007.

Ademais, a lealdade que é imposta àqueles pelo artigo 64.º é devida à sociedade (“aos sócios, mas em modo colectivo”¹⁸), não obstante terem de ser atendidos os interesses dos sócios e outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, como os seus trabalhadores, credores e clientes, que têm ou podem ter interesses diferentes. Mas, então, coloca-se a questão de saber a qual sujeito se deve lealdade em caso de conflito de interesses.

Na perspectiva de Manuel Carneiro da Frada¹⁹, “a lealdade qualificada do administrador existe, propriamente, em relação à sociedade que serve”, não se dispensando, porém, “alguma lealdade para com outros sujeitos com os quais o administrador entrou em relação”, sendo esta uma lealdade comum. Nesta linha de pensamento, a “lealdade tem, sempre e à partida, de observar-se perante todos”, não podendo aquele “ser leal para com uns (...) e, com isso ou para isso, ser desleal com outros”. Assim, segundo o autor, a ponderação de interesses dos sujeitos somente importa no que toca ao dever de administrar e, caso haja conflito entre eles, apesar de ao administrador poder ser consentida a prossecução do interesse social, a violação do dever de lealdade para com terceiros é sempre geradora de responsabilidade civil.

Por outro lado, no entender de Rui Pinto Duarte²⁰, a lealdade dos administradores apenas é devida à sociedade e ao seu interesse, apenas relevando os demais interesses para a definição do interesse da sociedade, estando em causa uma “proteção meramente reflexa” daqueles.

Este dever geral de lealdade encontra concretizações no CSC, nomeadamente o dever de não concorrência, previsto nos artigos 254.º e 398.º, n.ºs 3 a 5 do CSC; nas sociedades anónimas, o dever de não efetuar negócios com a sociedade, salvo exceções, previsto no artigo 397.º do CSC, a proibição de atuar em conflito de interesses, entre outros. A par destes, entendemos que faria todo o sentido o legislador português considerar outras manifestações deste dever geral, particularmente o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias e, talvez, ponderar uma possível consagração exemplificativa de todos estes deveres no artigo 64.º.

No que respeita à *business judgement rule*, uma vez que no domínio do cumprimento do dever de lealdade não há qualquer discricionariedade, tratando-se de um “dever absoluto”²¹, ela nunca pode ser invocada para afastar a responsabilidade dos administradores em caso de violação de alguma das concretizações deste dever.

¹⁸ Menezes Cordeiro, 2006.

¹⁹ Carneiro da Frada, 2007.

²⁰ Duarte, 2018, pp. 84-85.

²¹ Costa, 2011, p. 185.

II. O dever de não concorrência

Como suprarreferido, o CSC, nos artigos 254.º e 398.º, prevê a proibição de os administradores levarem a cabo atividade concorrente com a da sociedade que administram. É, desde logo, importante esclarecer que esta proibição não é absoluta, não se exigindo exclusividade. Não se pretende, no entanto, insinuar a inexistência de quaisquer limitações ao exercício de atividade concorrente, uma vez que estas efetivamente existem. De facto, para que um administrador possa exercer tal atividade, é necessário que a sociedade que administra conceda o seu consentimento.

De acordo com Paulo Olavo Cunha²², esta restrição baseia-se, por um lado, na “concentração profissional que deve caracterizar a atividade do gestor” e, por outro, na “dedicação plena à condução dos negócios de uma empresa sem que o exercício dessa atividade possa ser afetado por quaisquer conflitos de interesses, que existem se o gestor se dividir entre duas empresas concorrentes”.

No âmbito das sociedades por quotas e anónimas, considera-se atividade concorrente qualquer atividade que esteja relacionada com as atividades efetivamente exercidas pela sociedade ou com aquelas que, embora não exercidas, tenham sido objeto de deliberação pelos sócios²³.

Chamamos à colação a obrigação de não concorrência, uma vez que esta e o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias podem coexistir numa mesma situação. Importa, no entanto, destacar que a violação de ambos os deveres não ocorre por conta do mesmo ato, uma vez que se trata de ações distintas. Por outras palavras, se um administrador aproveitar um negócio (ato primeiro) em que a atividade exercida é semelhante ao objeto social da sociedade que administra (ato segundo), teremos, em princípio, a violação de ambos os deveres supramencionados. Vejamos, caso o administrador de uma sociedade que explora um café tenha conhecimento da venda de um espaço na mesma cidade e o compra com intenção de abrir um outro café, este administrador está a violar não só o dever de não concorrência, uma vez que vai explorar um negócio que coincide com o objeto social da sociedade que administra, como viola o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio, uma vez que não levou à sociedade o conhecimento completo e verdadeiro que adquiriu sobre aquele negócio, que poderia ter explorado o espaço se e como lhe aprouvesse.

Assim, através da conjugação do ato de comprar o espaço e do ato de inaugurar um café concorrente, está aquele administrador em violação de deveres distintos, ainda que complementares.

²² Cunha, 2016, p. 144.

²³ Barreto Menezes Cordeiro, 2013a, pp. 761-762.

Por outro lado, estamos cientes de que existem situações em que não há coexistência destes deveres, confirmando uma certa autonomia entre os mesmos²⁴. Tal sucede quando um dos atos não é acompanhado pelo outro. Retomando o exemplo anterior, caso o administrador adquirisse o imóvel, mas ao invés de abrir um café concorrente, inaugurasse uma livraria, já não estaria em causa a violação da obrigação de não concorrência, mas apenas a violação do dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias, uma vez que a aquisição de tal espaço poderia revelar-se uma mais-valia, se fosse objetivo da sociedade expandir o negócio.

À luz do exposto, e de acordo com A. Barreto Menezes Cordeiro²⁵, entendemos que a proibição de concorrência e o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias são deveres complementares, nenhum absorvendo o outro, na medida em que existem situações em que há violação de um dos deveres, mas não do outro.

²⁴ Como exemplo, “a celebração de um negócio não prosseguido, deliberado ou a ser analisado que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos (...) pense-se num negócio que, não podendo ser descrito como concorrencial e não sendo conhecido da sociedade, se adequa na perfeição à atividade por esta desenvolvida” Barreto Menezes Cordeiro, 2013a, p. 762.

²⁵ Ibid., pp. 761-766.

III. O dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias

Como mencionado anteriormente, o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias não se encontra consagrado na legislação portuguesa. Não obstante, podemos subentendê-lo a partir de uma leitura adequada do artigo 64.º, n.º 1, al. b) do CSC, que concretiza o dever geral de lealdade.

Este dever está intimamente relacionado com a “confiança que no administrador foi depositada e nos princípios de honestidade e respeito”²⁶. Isso deve-se ao facto de estarmos perante uma relação fiduciária entre o administrador, na qualidade de fiduciário, e a sociedade, em que são atribuídos àquele poderes de gestão sobre bens alheios. Esta “incumbência é pautada pelo dever de prossecução dos interesses de quem lhes confia a gestão dos seus bens”²⁷.

Este entendimento é reiterado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-07-2018²⁸, que considera o “dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias (taking of corporate opportunities) e o dever de não concorrência (competition with the corporation)” “concretizações do dever de lealdade”, assentes numa “relação fiduciária, sendo a confiança o elemento essencial inerente à própria relação jurídica”.

Isto posto, o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias é o dever de um administrador, cuja função é cuidar do interesse da sociedade, comunicar àquela a existência de uma oportunidade de negócio, para que aquela decida se a quer explorar. Esta comunicação tem de ser completa e verdadeira, para que seja possível à sociedade tomar uma decisão plenamente informada. Importa, no entanto, questionar: caso a sociedade opte por não explorar a oportunidade, assistir-lhe-á, ainda assim, o poder de autorizar – ou impedir – que o administrador a venha a aproveitar, em benefício próprio ou de terceiros?

Constatamos, aqui, a presença de interesses conflitantes: de um lado, o interesse da sociedade; do outro, o do administrador. Apesar disso, o administrador deve prosseguir, em toda e qualquer situação, o interesse social, colocando-o acima de qualquer interesse pessoal ou alheio. Se agir de outra forma, estará a infringir este dever, essencial para a proteção do interesse social.

Considerando que em Portugal não existe apoio legal no que concerne ao desenvolvimento deste tema, é pertinente o recurso ao direito comparado, que vem a inspirar a doutrina e jurisprudência portuguesas.

²⁶ Ac. do TRL, proc. n.º 9003/08.6TBCSC.L2-1.

²⁷ Duarte, 2018, p. 75.

²⁸ Ac. do TRL, proc. n.º 9003/08.6TBCSC.L2-1.

Para tal, começaremos por compreender o que se entende por oportunidade de negócio societária.

1. Direito norte-americano

Também nos EUA os administradores (“*corporate directors*”) estão submetidos a um *duty of loyalty and fairness*, que nasce por força da relação fiduciária existente entre aqueles e a sociedade. Esta relação de fidúcia obriga os administradores a atuarem no melhor interesse da sociedade, uma vez que se encontram a administrar património daquela. Na medida desta imposição, devem os administradores abster-se de explorar oportunidades de negócio societárias em benefício próprio, sob pena de serem responsabilizados por tal violação dos seus deveres fiduciários.

Como manifestação deste dever surge a *Corporate Opportunity Doctrine*, que explora a proibição de um administrador desviar para si ou para terceiros uma oportunidade pertencente à sociedade. Para se poder apropriar de tal oportunidade, exige-se que o administrador comunique previamente à sociedade todas as informações completas e verdadeiras, permitindo que esta tome uma decisão informada sobre a possibilidade de o administrador aproveitar a oportunidade de negócio²⁹.

Sob tal prisma, ao longo dos séculos XX e XXI foram surgindo vários *tests* e critérios doutrinários e jurisprudenciais quanto ao que se entende por *corporate opportunity*, pelo que “não existe nos Estados Unidos uma sistematização clara e rigorosa deste instituto”³⁰. Entre esses *tests* destacam-se o *interest or expectancy test*, o *line of business test*, o *fairness test* e o *four-factor test*.

a) *Interest or expectancy test*

De acordo com o *interest or expectancy test*³¹, consideram-se pertencentes à sociedade os projetos relacionados com as suas atividades atuais efetivamente exercidas, excluindo-se aquelas de natureza meramente prospetiva³². Neste sentido, veda-se aos administradores o aproveitamento de oportunidades de negócio nas quais a sociedade tenha um interesse comercial ativo, decorrente de um direito ou de uma relação

²⁹ Adesanya, 2023, p. 20.

³⁰ Ribeiro, 2011, pp. 31-32.

³¹ Este *test* foi apresentado pela primeira vez no caso *Lagarde v. Anniston*, datado de 1900. Desde 1896, a sociedade *Anniston Lime & Stone, Co* encontrava-se em negociações com vista a adquirir um conjunto de propriedades onde se localizava uma valiosa pedreira de cal. Naquele ano, a sociedade era titular de 1/3 do terreno e tinha celebrado um contrato-promessa sobre outro 1/3. Em 1897, *John e Louis Lagarde*, foram nomeados administradores desta sociedade. Após esta nomeação, aqueles adquiriram, a título individual, os 2/3 do terreno, nos quais a sociedade tinha interesse. Diante esta realidade fáctica, o tribunal entendeu que os administradores violaram o dever de lealdade no que respeitava ao 1/3 abrangido pelo contrato-promessa, nada impedindo a compra do outro 1/3, uma vez que a sociedade não era titular de qualquer interesse ou expectativa juridicamente protegido.

³² Talley, 1998, p. 292.

contratual pré-existente³³. Incluem-se também as situações em que a sociedade detenha, pelo menos, uma expectativa, relativa a oportunidades com elevada probabilidade de evoluírem para uma relação contratual futura, em virtude de relações pré-existentes³⁴.

Para além disto, é também impedido ao administrador o aproveitamento de oportunidades de negócio que se revelem necessárias ou indispensáveis à prossecução da sua atividade comercial.

À luz do exposto, torna-se claro que este *test* é de interpretação bastante restrita, tornando-se pouco inclusivo e pouco protetor dos interesses da sociedade³⁵, o que provoca uma limitação do seu alcance às oportunidades de negócio que a sociedade tenha conhecimento efetivo ou razoável, nas quais possua um interesse atual ou uma expectativa fundada em relações contratuais pré-existentes³⁶.

b) *Line of business test*

O *line of business test*³⁷ é o *test* dominante na maioria das jurisdições dos EUA³⁸ e, segundo este, um administrador não pode aproveitar uma oportunidade de negócio que se insira na linha de negócios da sociedade que administra.

Uma oportunidade de negócio é abrangida pela *line of business* da sociedade quando se alinhe com as atividades atuais ou propostas da sociedade³⁹, não dependendo “da existência de uma “relação” prévia, juridicamente reconhecida”⁴⁰. Assim, segundo o Supremo Tribunal de Delaware, este *test* inclui no seu âmbito qualquer oportunidade de negócio que a empresa – tendo em conta os seus ativos, conhecimentos fundamentais, experiência prática, talentos e capacidade para exercer – possa razoavelmente explorar, tendo em conta a sua posição financeira⁴¹. Para que seja possível aferir se uma oportunidade de negócio se insere na *line of business* da sociedade é necessária uma ponderação pelo tribunal “de todos os aspectos que se mostrem relevantes, em cada caso concreto, para determinar se a sociedade poderia pretender aproveitar a oportunidade

³³ Adesanya, 2023, p. 17.

³⁴ Ibid., p. 17.

³⁵ Barreto Menezes Cordeiro, 2013b, p. 611; Ribeiro, 2011, p. 33.

³⁶ Adesanya, 2023, p. 17.

³⁷ Decisão *Guth v. Loft Inc.*, proferida no *Delaware*, em 1939. *Guth*, presidente da *Loft Inc.*, uniu-se a *Megargel* para constituir uma nova sociedade, que adquiriu parte da *National Pepsi-Cola Company*, por força de esta última se encontrar em dificuldades financeiras. A *Loft* entendeu que *Guth* havia violado os seus deveres fiduciários e intentou ação contra este. O tribunal concluiu que, de facto, ocorreu uma violação desses deveres, uma vez que a atividade comercial da sociedade adquirida por *Guth* coincidia com a linha de negócio da *Loft*. Além disso, a *Loft* tinha capacidade financeira para aproveitar a oportunidade de negócio e existia uma expectativa razoável, que não podia ser desconsiderada.

³⁸ Adesanya, 2023, p. 15.

³⁹ Ibid., p. 16.

⁴⁰ Barreto Menezes Cordeiro, 2013b, p. 615.

⁴¹ Adesanya, 2023, p. 16.

de negócio (nomeadamente, estratégias de gestão, técnicas de produção, capitalização), num horizonte temporal razoável”.⁴²

c) *Fairness test*

Nos termos do *fairness test*⁴³, uma oportunidade é considerada societária se a apropriação pelo administrador não satisfizer padrões éticos do que é justo e equitativo⁴⁴, “desde logo, se essa conduta do administrador é adequada, tendo em conta o que se espera de alguém a quem foi confiada a gestão dos interesses sociais”⁴⁵. Para essa avaliação, considera-se não só a atividade atual daquela, mas também a sua atividade prospetiva⁴⁶.

Devido à complexidade em definir o conceito de “justiça para a sociedade”, este *test* foi alvo de inúmeras críticas, por provocar grande insegurança jurídica, por adicionar novas camadas de confusão numa doutrina já por si obscura e por não fornecer orientações previsíveis⁴⁷.

d) *Four-Factor Test*

O *four-factor test* é fruto de várias evoluções do caso ***Guth v. Loft***. De acordo com este *test*, um administrador não pode apropriar-se de uma oportunidade de negócio quando (1) a sociedade possua capacidade financeira para a explorar; (2) a oportunidade se enquadre na linha de negócios da sociedade; (3) a sociedade demonstre um interesse ou expectativa legítima na oportunidade; e (4) a apropriação da oportunidade pelo administrador o coloque numa posição incompatível com os seus deveres fiduciários para com a sociedade.

Embora possa parecer um *test* bastante claro, o Supremo Tribunal de Delaware, no caso *Broz v. Cellular Information Systems, Inc.*, clarificou que, ainda que os administradores estejam sujeitos a deveres fiduciários para com a sociedade, eles também possuem direitos individuais que devem ser respeitados e salvaguardados. Assim, segundo aquele, os administradores podem apropriar-se de oportunidades de negócio quando, no caso concreto, (1) a oportunidade lhes for apresentada na sua capacidade individual e não como representantes da sociedade; (2) a oportunidade não for considerada essencial para a sociedade; (3) a sociedade não evidenciar qualquer

⁴² Ribeiro, 2011, pp. 33-34.

⁴³ Teve origem na decisão *Durfee v. Durfee & Canning*, proferida pelo Supremo Tribunal de Massachusetts, em 1948. Neste caso, o administrador da sociedade adquiriu uma participação social numa sociedade que fornecia bens àquela que *Durfee* administrava, vendendo-os a um preço superior aos praticados pelo mercado.

⁴⁴ *Durfee v. Durfee & Canning*.

⁴⁵ Ribeiro, 2011, p. 34.

⁴⁶ Adesanya, 2023, p. 18.

⁴⁷ Talley, 1998, p. 295.

interesse ou expectativa legítima na oportunidade; e (4) o administrador não tiver utilizado indevidamente os recursos da sociedade na prossecução ou exploração da oportunidade.

O *four-factor test*, tal como aperfeiçoado no caso supra mencionado, continua a ser aplicado nos tribunais norte-americanos, servindo de fundamentação para inúmeras decisões que, por sua vez, analisam e interpretam os vagos critérios ao caso concreto.

Um exemplo disso é o caso *Sorrento Therapeutics, Inc. v. Mack*⁴⁸, no qual o tribunal concluiu que *Anthony Mack* violou o seu dever de lealdade ao desviar oportunidades de negócio para outras sociedades que controlava, privando a sociedade *Scilex* (adquirida pela *Sorrento* em 2016) de prosseguir negócios nos quais tinha uma expectativa, tendo inclusive utilizado recursos daquela e conhecimentos que obteve no exercício das suas funções na usurpação das oportunidades.

Para alcançar tal conclusão, o tribunal analisou individualmente cada um dos fatores do presente *test*, os quais, estando cumulativamente verificados no caso concreto, não poderiam deixar de resultar na confirmação da violação dos deveres fiduciários.

No que concerne à viabilidade financeira, o tribunal, considerando que o *test Broz* incide sobre a capacidade da sociedade para prosseguir a oportunidade e não sobre a probabilidade de o decidir efetivamente fazer, decidiu não dar provimento ao argumento de *Mack*, que tinha por base o facto de a *Scilex* e a *Sorrento* não serem capazes de afetar recursos a novos projetos de desenvolvimento, uma vez que todo o seu dinheiro estava ligado ao desenvolvimento de um outro medicamento.

Relativamente à *line of business* e ao *interest or expectancy*, evidenciou-se, em sede de julgamento, que as oportunidades de negócio se inseriam na linha de negócios da *Scilex* e que esta estava interessada na sua prossecução, na medida em que incumbira *Mack* de procurar novas oportunidades de desenvolvimento de medicamentos, as quais este veio posteriormente a desviar para outras sociedades.

Ademais, ficou comprovada a existência de um conflito entre *Mack* e a sociedade, que tornava a relação fiduciária incompatível, face à conduta desleal do administrador.

Este caso é um exemplo claro de que os EUA, em especial Delaware, aplicam a *Corporate Opportunity Doctrine* recorrentemente e que a mesma vem sofrendo aperfeiçoamentos ao longo do tempo, consoante as exigências de cada caso concreto.

⁴⁸ *Scilex* era uma empresa farmacêutica que se centrava no desenvolvimento e aprovação de medicamentos contra a dor. No exercício das suas funções, *Mack* foi incumbido de procurar novas oportunidades de negócio. Por força da sua posição na sociedade, obteve informações e conhecimentos que o permitiram desviar as oportunidades de negócio para sociedades que o próprio controlava. Para esse fim, *Mack* utilizava ativos da *Scilex*, nomeadamente recursos financeiros, para custear viagens, e recorria a consultores da sociedade para realizar análises sobre as oportunidades de negócio.

1.1. Defesas dos administradores

Em sede judicial, os administradores tendem a invocar os seguintes argumentos em sua defesa face a acusações de apropriação indevida de oportunidades de negócio:

a) Rejeição da oportunidade por parte da sociedade

Por vezes, invocam a rejeição por parte da sociedade como forma de afastar a sua responsabilidade por ter aproveitado uma oportunidade de negócio considerada daquela.

Para que esta defesa seja aceite, é indispensável que o administrador tenha comunicado à sociedade, de forma honesta, toda a informação de que dispunha sobre aquela oportunidade de negócio em questão. A rejeição deve ser decidida por quem possua competência, independência e imparcialidade relativamente à oportunidade, sendo ainda essencial que o administrador tenha negociado aquela oportunidade em condições vantajosas e justas para a sociedade⁴⁹.

b) Incapacidade de a sociedade aproveitar a oportunidade de negócio

Em algumas situações, levanta-se a incapacidade legal ou financeira da sociedade para aproveitar a oportunidade de negócio. Na invocação desta defesa, o ónus de provar a incapacidade “(como a falta de trabalhadores qualificados, ou a recusa de terceiros em contratar com a sociedade)”⁵⁰ da sociedade para prosseguir uma oportunidade de negócio recai sobre o administrador.

Por caber aos administradores o dever legal de colocarem a sociedade numa situação na qual, financeiramente, consiga aproveitar uma oportunidade de negócio, não nos parece ser de aceitar este meio de defesa.

Ademais, é importante salientar que está em causa a capacidade financeira da sociedade para aproveitar a oportunidade e não a probabilidade de o decidir efetivamente fazer.

No que concerne à incapacidade legal, “não parece ser possível descrever essa oportunidade como societária: a pessoa coletiva está efetivamente impedida de a prosseguir”⁵¹, sendo nulo o negócio que viole tal proibição, por força do disposto no artigo 280.º do CC.

c) Oportunidade oferecida ao administrador pelas suas características pessoais e profissionais

⁴⁹ Adesanya, 2023, p. 9.

⁵⁰ Ribeiro, 2011, p. 39.

⁵¹ Barreto Menezes Cordeiro, 2013a, p. 776.

Por fim, é usual que um administrador chame à colação as suas características pessoais para que a oportunidade não se considere societária e, conseqüentemente, não se considere indevido o aproveitamento daquela. Neste sentido, se o administrador afirmar que a oportunidade de negócio lhe foi apresentada a título pessoal ou em condições alheias à sociedade, sem que tenha sido obtida “através da utilização de bens ou informações daquela”⁵², não estará obrigado a atuar na qualidade de representante da sociedade. Não obstante, revela-se desafiante “isolar os atributos pessoais do administrador”⁵³.

1.2. Responsabilidade do antigo administrador

A par da responsabilidade do administrador a prestar funções, a jurisprudência de Delaware tem admitido a responsabilidade do antigo administrador, tendo adotado medidas de precaução mais precisas para os deveres fiduciários daqueles.

No caso *Neurvana Med., LLC v. Balt USA*, o tribunal, apesar de reconhecer que, em regra, os antigos administradores não estão sujeitos a deveres fiduciários, entendeu que essa regra conhece exceções. No caso em apreço, *David Ferrera* exercia simultaneamente as funções de presidente do conselho de administração da *Neurvana* e de diretor de operações (COO) da *Balt USA*. O tribunal concluiu que, no caso concreto, *Ferrera* violou os seus deveres fiduciários ao participar em transações iniciadas antes do termo das suas funções, recorrendo a informações confidenciais e a conhecimentos obtidos no exercício do seu cargo, em detrimento da *Neurvana*.

De forma semelhante, no caso *Leased Access Preservation Association v. Ivan Thomas*, o tribunal considerou que o administrador, após ter-se demitido, violou os seus deveres fiduciários quando explorou uma oportunidade de negócio societária (no caso, a celebração de um contrato), utilizando, para isso, informações que obteve no exercício da sua função enquanto administrador da sociedade⁵⁴.

Neste sentido, é importante que os administradores das sociedades mantenham presente a ideia de que podem arcar com as consequências da violação dos deveres fiduciários, mesmo após cessação de funções enquanto tais⁵⁵.

⁵² Ribeiro, 2011, p. 38.

⁵³ Ibid., p. 38.

⁵⁴ Khokhar, 2023, p. 56.

⁵⁵ Batterson & Reinhardt, 2024.

2. Direito inglês

No Reino Unido, os administradores são equiparados a *agents* e *trustees*⁵⁶, pelo que estão sujeitos a deveres fiduciários e princípios de equidade que moldam a doutrina das oportunidades de negócio societárias.

No âmbito desta doutrina, o ordenamento jurídico inglês reconhece duas regras essenciais na satisfação do princípio de lealdade dos administradores, nomeadamente a *no conflict rule* e a *no profit rule*. Estas regras surgem no sentido de não permitir a um administrador, enquanto fiduciário, obter qualquer lucro ou colocar-se numa posição em que o seu interesse conflitue com o da sociedade que administra. Estes princípios encontram-se previstos na *Companies Act* 2006 na Secção 175, que veio tentar clarificar e unificar as decisões dos tribunais no que diz respeito à doutrina das oportunidades de negócio. Não obstante esta tentativa, existem aspetos que não ficaram clarificados, nomeadamente os limites da proibição de conflitos e o que se considera uma oportunidade de negócio, carecendo esta avaliação da ponderação dos tribunais no caso concreto.

Estes deveres vinculam não apenas os administradores no exercício das suas funções, mas também aqueles que já não administram uma sociedade, no respeitante à exploração de qualquer bem, informação ou oportunidade de que tenha tido conhecimento numa altura em que era administrador, segundo a Secção 170 (2) (a) do *Companies Act*.

A *no conflict rule* estabelece que um administrador deve evitar qualquer situação em que o seu interesse direto ou indireto tenha, ou possa ter, algum conflito com os interesses da sociedade. Neste sentido, uma oportunidade de negócio que pertença à sociedade não deve ser explorada pelo administrador se, por força dessa exploração, se criar um conflito entre o dever do administrador e o seu interesse⁵⁷ e em que não haja consentimento expresso e informado daquela⁵⁸. Releva mencionar o caso *Bhullar v. Bhullar*⁵⁹, uma vez que, *in casu*, o tribunal entendeu que os administradores devem sempre informar a sociedade de uma oportunidade de negócio, não valorando se a empresa teria ou poderia ter aproveitado aquela, ignorando o facto de aquela ter decidido não explorar uma oportunidade dessa natureza.

⁵⁶ Adesanya, 2023, p. 21.

⁵⁷ Khokhar, 2023, p. 35.

⁵⁸ Companies Act, sec. 175(4)(b). Interpretação *a contrario*.

⁵⁹ No caso em apreço, os administradores foram judicialmente responsabilizados pela aquisição de uma propriedade adjacente à sociedade que administravam, que lhes foi oferecida a título pessoal (sem que tivessem utilizado a sua posição fiduciária), sem que o negócio se relacionasse com a linha de negócios daquela.

Já a *no profit rule* prevê que um administrador não pode obter qualquer lucro ou vantagem em resultado da utilização da sua posição fiduciária⁶⁰, exceto se tal for expressamente previsto e autorizado. Em caso de violação desta regra, o administrador é considerado responsável pelos lucros que obteve.

Nesta senda, há violação destes princípios quando a exploração pessoal da oportunidade de negócio por parte do administrador é incompatível com o seu dever de lealdade para com a sociedade ou quando o administrador usa a sua “*fiduciary position*” para explorar a oportunidade de negócio societária⁶¹.

Na aplicação destes princípios, os tribunais não têm em consideração certos aspetos, nomeadamente se a sociedade poderia explorar a oportunidade de negócio⁶², se o administrador atuou de boa-fé, qual a situação financeira da sociedade, entre outros, não valorando qualquer defesa que se baseie nestas questões. Estes fatores são sistematicamente desconsiderados para desincentivar os administradores de privilegiarem os seus interesses pessoais em detrimento dos da sociedade, bem como para evitar a manipulação de informações sobre a situação financeira da sociedade⁶³.

No que concerne à relação entre estes dois princípios, é notório que as regras se relacionam, uma vez que se um administrador obtém um lucro com a sua posição fiduciária, coloca o seu interesse acima do seu dever fiduciário⁶⁴. No entanto, nem sempre é claro perceber qual das regras está a ser violada no caso concreto, provocando uma certa confusão⁶⁵, que resulta em jurisprudência incoerente.

Face a esta incoerência, existem diferentes entendimentos quanto à relação entre estes dois princípios⁶⁶. Por um lado, há uma corrente⁶⁷ que entende que a *no profit rule* é apenas uma sub-regra da *no conflict rule*; por outro, há quem entenda que se trata de princípios distintos, na medida em que a *no conflict rule* impede situações de conflito de interesse e a *no profit rule* impede utilizações indevidas do cargo de administrador com vista a obter vantagens.

Apesar do exposto, revela-se claro que a *Companies Act* realçou a *no conflict rule*, apenas fazendo uma breve menção à *no profit rule* no ponto 2 da Secção 175.

⁶⁰ No caso *Regal (Hastings) Ltd. v Gulliver*, os administradores da sociedade planearam expandir o negócio daquela através do arrendamento de salas de cinema a uma filial. Durante este processo, constatando a impossibilidade de capitalização desta última, optaram por subscrever participações sociais na mesma. Aquando da venda destas participações, a *Regal* e os seus administradores obtiveram lucros. O tribunal entendeu que os administradores violaram a *no profit rule*, ignorando o facto de a transação realizada por aqueles tenha sido de boa-fé.

⁶¹ Gelter & Helleringer, 2018, pp. 120-121.

⁶² Companies Act, sec. 175(2). A norma reforça que a violação do dever de lealdade ocorre independentemente de a sociedade ter tido capacidade para aproveitar a oportunidade de negócio.

⁶³ Adesanya, 2023, p. 26.

⁶⁴ Khokhar, 2023, p. 37.

⁶⁵ Gelter & Helleringer, 2018, p. 121.

⁶⁶ Khokhar, 2023, p. 38.

⁶⁷ Adesanya, 2023, p. 22.

Embora a *no conflict rule* e a *no profit rule* sejam de aplicação rigorosa, é possível que um administrador seja autorizado a aproveitar uma oportunidade de negócio⁶⁸. Para tal, o administrador deve comunicar todas as informações relevantes sobre a oportunidade aos restantes administradores⁶⁹, garantindo que se cumpre o quórum constitutivo sem que a sua presença e a de quaisquer interessados seja contabilizada. Além disso, a deliberação sobre o aproveitamento deve ser aprovada sem o voto daquele administrador ou sem que o mesmo seja considerado⁷⁰. Contudo, essa autorização não poderá ser concedida se os estatutos da sociedade a proibirem.

Relativamente aos antigos administradores, tem-se entendido que estes violam o dever fiduciário se se apropriarem de uma oportunidade de negócio societária que se encontra em desenvolvimento⁷¹. Esta avaliação é realizada com base em diversos fatores, como o interesse da sociedade em aproveitar a oportunidade, a possibilidade de o administrador se ter demitido para explorar a oportunidade ou a eventual utilização de informações obtidas em razão da sua posição na sociedade. Note-se, contudo, que o antigo administrador pode utilizar os conhecimentos ou experiências gerais adquiridos no decurso da sua atividade.

3. Direito espanhol

Em Espanha, vigora atualmente a *Ley de Sociedades de Capital*, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julho.

No capítulo III desta lei estão consagrados os deveres a que estão sujeitos os administradores. No artigo 227.º desvendamos o dever de lealdade, que impõe aos administradores uma atuação de boa-fé e no interesse da sociedade. Na aferição da lealdade é necessário ter em conta, exclusivamente, o interesse social, nunca devendo a prossecução deste interesse ser motivada por interesses alheios àquela⁷². Isto não significa que a atuação do administrador não possa mostrar-se prejudicial à sociedade, porque pode, o que não pode suceder é o administrador não escolher a ação que melhor sirva os interesses daquela⁷³.

Ao contrário do que sucede em Portugal, o artigo 228.º da LSC consagra diversas concretizações do dever de lealdade. Este não é um elenco taxativo, podendo identificar-se situações que não constam desta lista. Entre estas manifestações encontra-se o dever de adotar as medidas necessárias para evitar situações em que os interesses, próprios ou alheios, possam colidir com o interesse social e com os seus deveres para com a

⁶⁸ Companies Act, sec. 175(4)(b).

⁶⁹ Companies Act, sec. 175(5)(a).

⁷⁰ Companies Act, sec. 175(6).

⁷¹ Khokhar, 2018, pp. 54 -55.

⁷² Guilarte, 2015, p. 903; González, 2023, p. 37.

⁷³ Guilarte, 2015, p. 904.

sociedade⁷⁴. Este dever deve ser objeto de uma aplicação preventiva⁷⁵. Atente-se que o conflito de interesses não precisa de ser atual e não depende do prejuízo para a sociedade, bastando que haja a possibilidade de o administrador não atuar no interesse da sociedade, mas no interesse próprio ou alheio⁷⁶.

Este dever encontra desenvolvimento no artigo 229.º, que, de forma clara, menciona que o administrador deve evitar tirar partido das oportunidades de negócio da sociedade⁷⁷.

O dever de não aproveitar oportunidades de negócio societárias consiste numa abstenção⁷⁸, numa obrigação de *non facere*. Admite-se, no entanto, que o administrador se aproprie de uma oportunidade de negócio societária (caso em que existe um conflito direto), dependendo tal atuação de autorização, por parte do conselho de administração ou da assembleia geral⁷⁹. A comunicação da intenção de aproveitamento da oportunidade de negócio é também exigida se se tratar de conflito de interesses de pessoa relacionada com o administrador e operações intragrupo⁸⁰ (conflito indireto).

De acordo com o artigo 230.º da LSC, o regime do dever de lealdade e das suas concretizações, assim como o regime relativo à responsabilidade dos administradores em caso de violação destes deveres, é de natureza imperativa, não podendo ser afastado por cláusula estatutária⁸¹. Tal sucede, uma vez que, pelo facto de o dever de lealdade constituir um mínimo incontornável, deve ser sempre respeitado pelo administrador na sua relação com a sociedade⁸², não existindo qualquer margem a desvios.

Em suma, um administrador está sujeito ao dever de lealdade para com a sociedade, o que implica não poder aproveitar oportunidades de negócio pertencentes àquela. Não obstante, a imperatividade não é, no entanto, absoluta⁸³, sendo esse aproveitamento possível se o mesmo for consentido pelo órgão de administração, ou pela assembleia geral se a independência daquele não for assegurada ou os estatutos previrem a sua competência. Para que o administrador possa obter esta autorização, é indispensável a notificação das pessoas com competência para a conceder, devendo

⁷⁴ LSC, art. 228.º, al. e).

⁷⁵ Guilarte, 2015, p. 907; González, 2023, p. 170.

⁷⁶ Fernández-Peñaflor, Carlón & Climent, 2015, p. 15.

⁷⁷ LSC, art. 229.º, al. d); Fernández-Peñaflor, Carlón & Climent, 2015, p. 15.

⁷⁸ Fernández-Peñaflor, Carlón & Climent, 2015, p. 15; Guilarte, 2015, p. 907, p. 910.

⁷⁹ Constam do art. 230.º, n.º 2 da LSC os casos em que a atuação do administrador está sujeita a aprovação da assembleia geral e nenhum desses casos é o aproveitamento de oportunidades de negócio. Assim, conforme o mesmo artigo, o presente caso pode ser aprovado pelo conselho de administração, caso os estatutos não reservem a competência à assembleia geral, sendo-lhe atribuída uma competência residual, desde que a independência deste esteja salvaguardada, assim como a inocuidade para o interesse social, a execução em condições de mercado e a transparência do processo.

⁸⁰ LSC, art. 231.º e 231.º bis.

⁸¹ “Sin embargo, la opción de modificar el régimen del deber de lealtad haciéndolo más flexible a través de cláusulas incluidas en los pactos parasociales no tiene visos de prosperar. La razón no es otra que la inoponibilidad que dichas disposiciones tendrían”. González, 2023, p. 75.

⁸² González, 2023, p. 38.

⁸³ Ibid., p. 64.

comunicar-lhes a existência da oportunidade de negócio⁸⁴, bem como a intenção de a aproveitar⁸⁵. Quanto ao consentimento, este tem de dizer respeito ao caso concreto apresentado pelo administrador⁸⁶, não podendo tratar-se de uma autorização genérica, uma vez que a dispensa é concedida para casos individuais, exigindo-se um tratamento *ad hoc* para cada situação de conflito específica⁸⁷.

Concedida a autorização por quem tem competência para tal, há um levantamento da proibição de atuar, através da remoção da ilicitude da conduta no caso concreto, podendo o administrador, a partir daí, prosseguir a conduta desleal⁸⁸.

Idealmente o dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias é cumprido por parte dos administradores. No entanto, caso haja violação desse dever, é fundamental considerar o leque de soluções que os artigos 227.º, n.º 2 e 232.º da LSC estabelecem.

O artigo 227.º, n.º 2 da LSC prevê, por um lado, a obrigação de indemnizar a sociedade pelos danos causados ao património social e o dever de devolver àquela o enriquecimento injusto obtido pelo administrador. Segundo Paulo Ramirez⁸⁹, as ações em causa são independentes entre si, na medida em que “é possível a inexistência de danos, sendo exigível a restituição de eventual enriquecimento, bem como a situação oposta em que se verificam danos, mas, não havendo enriquecimento, nada há a restituir”.

O artigo 232.º da LSC, por sua vez, reconhece que a ação de responsabilidade prevista nos artigos 236.º e ss. é compatível com as demais ações disponíveis no ordenamento jurídico espanhol para fazer frente a comportamentos infratores do administrador.

No que respeita à responsabilidade dos administradores⁹⁰, há vários pressupostos a ter em conta: existir incumprimento do dever de lealdade por parte do administrador; não existir autorização expressa para aquela determinada atuação desleal pelo órgão competente; existir um dano ao interesse social ou um enriquecimento sem causa do administrador ou pessoa com ele relacionada em consequência do incumprimento do dever de lealdade; existir dolo ou culpa. Segundo o artigo 236.º, n.º 1 da LSC a culpa

⁸⁴ “Sobre el alcance de la comunicación, deberá incluir no solo la declaración de la existencia de conflicto, sino que irá acompañada de todos aquellos elementos que pudieran ser de interés para tomar el acuerdo oportuno sobre su posible permiso por la sociedad.”. González, 2023, p. 172.

⁸⁵ Guilarte, 2015, p. 912.

⁸⁶ LSC, art. 230.º, n.º 2.

⁸⁷ González, 2023, p. 73.

⁸⁸ Ibid., pp. 285-286.

⁸⁹ Ramirez, 2022, p. 173.

⁹⁰ LSC, art. 236.º, n.º 3. Segundo esta norma legal, a responsabilidade dos administradores é extensível aos administradores de facto, ou seja, àqueles que apesar de não constarem formalmente como administradores, administram, ainda assim, a sociedade.

presumir-se-á, pelo facto de o administrador ter agido em violação de um dever legalmente consagrado⁹¹, podendo o administrador fazer prova do contrário.

O artigo 236.º, n.º 2 da LSC estabelece que em caso algum pode o administrador exonerar-se da sua responsabilidade com base no facto de o ato ou acordo danoso ter sido adotado, autorizado ou ratificado pela assembleia geral.

A este respeito, Andrea Meijomil González⁹² entende que esta possibilidade se mostra complicada, uma vez que a sociedade devia estar consciente das consequências de autorizar tal atuação. Ainda assim, tendo decidido autorizá-la, não deveria o administrador ter de enfrentar quaisquer consequências que possam ter resultado dessa conduta, ainda que aquela possa ter causado prejuízo à sociedade, na medida em que não se trata de uma mera autorização, mas um verdadeiro instrumento de exoneração da responsabilidade.

Já quanto à devolução do enriquecimento sem causa à sociedade, é importante ter em vista dois aspetos: é pressuposto que haja obtenção de lucro pelo administrador e não é necessário que dessa atuação resulte um prejuízo para a sociedade⁹³.

4. Ordenamento jurídico português

Não obstante o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias não estar previsto no ordenamento jurídico português, a doutrina aceita pacificamente a sua existência enquanto manifestação do dever de lealdade. Destes contributos, destacamos Maria de Fátima Ribeiro, Pedro Caetano Nunes, A. Barreto Menezes Cordeiro e Coutinho de Abreu⁹⁴.

Perante esta lacuna, fica por esclarecer quais as oportunidades de negócio que devem ser tidas como da sociedade, pelo que a doutrina se debruçou sobre o tema, ainda que de modo divergente.

Na perspetiva de Maria de Fátima Ribeiro⁹⁵, pertencem à sociedade todas as oportunidades de negócio nas quais esta tenha manifestado o seu interesse ou que sejam adequadas à prossecução desse interesse, independentemente do contexto em que o administrador tomou conhecimento daquela⁹⁶. Além disso, não relevam as particularidades ou conhecimentos da pessoa do administrador, nem se a sociedade teria

⁹¹ González, 2023, p. 290.

⁹² Ibid., pp. 295-296.

⁹³ Bernabé, 2015, p. 3; Vidán & García-Villarrubia, 2024.

⁹⁴ Abreu, 2010, p. 27.

⁹⁵ Ribeiro, 2011, pp. 46-47.

⁹⁶ Não releva se o administrador conheceu aquela oportunidade de negócio no exercício das suas funções ou a título pessoal, salvo se estiver em causa a satisfação das suas necessidades básicas pessoais e/ou familiares.

capacidade financeira para a prossecução da atividade⁹⁷, sob pena de se “incentivar a falta de diligência dos administradores no exercício das suas funções”.

Pedro Caetano Nunes, por sua vez, entende que se deve questionar “quando é que o princípio da boa fé impõe que o administrador não se aproprie de uma oportunidade de negócio, por imperativos de lealdade para com a sociedade”⁹⁸, reconhecendo, nessa medida, quatro casos-padrão: “celebração de um negócio vantajoso de que se teve conhecimento por força do exercício de funções; / celebração de um negócio vantajoso com utilização de informação privilegiada ou de património ou de pessoal da sociedade; / prática de um acto isolado de concorrência; / e celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos relevantes”⁹⁹. Ademais, “a existência de obstáculos legais ao aproveitamento da oportunidade de negócio pela sociedade não afasta a imposição do dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias”¹⁰⁰, uma vez que aqueles devem “desenvolver todos os esforços no sentido (...) da remoção dos obstáculos legais”.

Em sentido semelhante, A. Barreto Menezes Cordeiro¹⁰¹, que reconhece três daqueles casos-padrão, apenas não destacando a prática de um ato isolado de concorrência.

Isto posto, com base nas sistematizações apresentadas pela doutrina, reconhecemos os seguintes casos-padrão:

- A celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinérgicos;
- A celebração de um negócio vantajoso de que se teve conhecimento por força do exercício de funções;
- A celebração de um negócio vantajoso com utilização de pessoal, bens ou informação que pertençam à sociedade.

Nos últimos dois casos mencionados, há uma atuação ilícita do administrador, que utiliza os seus conhecimentos decorrentes da sua atividade ou instrumentos que pertençam à sociedade que administra, para obter uma vantagem pessoal. O desvalor da conduta é tal, que não se exige que a oportunidade de negócio seja benéfica para a sociedade, bastando a atuação abusiva daquele.

⁹⁷ Caso a sociedade não tivesse disponibilidade financeira para explorar a oportunidade de negócio, caberia ao administrador “empregar toda a diligência na obtenção dos meios financeiros e na remoção de eventuais obstáculos legais”. Ribeiro, 2011, p. 47.

⁹⁸ Nunes, 2006, p. 100.

⁹⁹ Ibid., pp. 101-103.

¹⁰⁰ Ibid., p. 103.

¹⁰¹ Barreto Menezes Cordeiro, 2013a, pp. 761-763.

4.1. Reflexo da Inteligência Artificial no dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias

Revela-se claro que a determinação da oportunidade de negócio como pertencente, ou não, à sociedade é desafiadora, por não existir um conceito consagrado no ordenamento jurídico, subsistindo a discussão na doutrina, dependendo de uma análise cuidadosa no caso concreto. Deste modo, seria relevante compreender de que forma podem as novas tecnologias auxiliar esta aferição.

Antes disso, e não ignorando a discussão que existe por detrás desta figura, por força da ausência de uma noção exata, que provoca constrangimentos na compreensão do conceito, releva expor no que consiste.

A IA é entendida pelo Parlamento Europeu¹⁰² como “a capacidade que uma máquina tem para reproduzir competências semelhantes às humanas como é o caso do raciocínio, a aprendizagem, o planeamento e a criatividade”, permitindo “que os sistemas técnicos percebam o ambiente que os rodeia, lidem com o que percebem e resolvam problemas, agindo no sentido de alcançar um objetivo específico”, sendo “capazes de adaptar o seu comportamento, até certo ponto, através de uma análise dos efeitos das ações anteriores e de um trabalho autónomo”.

Neste sentido, esta tecnologia avançada pode vir a ser um excelente aliado na governação das sociedades, mitigando os problemas de agência inerentes à administração daquelas por parte de seres humanos. Por outras palavras, a IA pode auxiliar os administradores na prossecução dos interesses da sociedade, garantindo transparência na sua atuação.

Assim, e uma vez que a IA “não está sujeita aos enviesamentos causados pelas emoções humanas”¹⁰³, poderíamos questionar: será esta a solução para “erradicar os históricos e nefastos conflitos de interesses e quebras de lealdade dos administradores”¹⁰⁴?

De entre as várias características da IA, enfatiza-se a sua capacidade para analisar com celeridade grandes quantidades de dados com uma certa autonomia e a sua capacidade de autoaprendizagem¹⁰⁵.

Estas particularidades podem traduzir-se em ferramentas muito úteis na aferição do cumprimento, por parte dos administradores, do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias, no sentido de facilitar a identificação de uma oportunidade de negócio enquanto pertencente, ou não, à sociedade.

¹⁰² Parlamento Europeu, 2023.

¹⁰³ Ramos, 2023, p. 16.

¹⁰⁴ Ibid., p. 16.

¹⁰⁵ Ibid., p. 16.

De que forma podem desempenhar tal função? Se o objeto social da sociedade, bem como os negócios atuais e prospetivos daquela, forem inseridos numa base de dados, a IA poderá delinear, com maior precisão, a sua *line of business*. Assim, quando questionada sobre se uma concreta oportunidade de negócio cabe nesta linha de atividade, a IA poderá fornecer uma resposta mais objetiva, reduzindo quaisquer subjetividades nesta interpretação, oferecendo critérios claros para avaliar se um administrador pode explorar uma oportunidade.

Nesta perspetiva, não estaria em causa a integração ou substituição do órgão de administração, mas apenas a criação de uma ferramenta para o auxílio da determinação da aplicabilidade do regime do dever de lealdade, na eventualidade de a oportunidade de negócio se considerar societária.

Por ser capaz de tamanha análise de dados, a IA é capaz de identificar e comparar padrões¹⁰⁶ e fornecer respostas mais claras e precisas, primando pela “objetividade e imparcialidade”¹⁰⁷ e mitigando eventuais erros humanos, ajustando-se continuamente. Assim, criando uma base de dados rica em informação sobre a sociedade, será possível a este mecanismo artificialmente inteligente concluir se uma oportunidade de negócio será pertencente àquela, com base na sua linha de negócios atual e prospetiva. Vejamos de que forma.

Suponhamos que uma determinada sociedade tem como objeto social a exploração de um restaurante. Em determinado momento, o administrador da sociedade toma conhecimento do lançamento de um vinho requintado e manifesta interesse na constituição de um negócio de revenda daquele, beneficiando da sua rede de contactos no setor da restauração. Caso recorresse à IA para avaliar se essa oportunidade se enquadraria na linha de negócio da sociedade, é provável que aquela a identificasse como pertencente à sociedade, isto porque a comercialização de um vinho exclusivo poderia reforçar a atratividade do restaurante.

Numa outra perspetiva, o recurso à IA nesta matéria pode apresentar inúmeros riscos, uma vez que existe opacidade¹⁰⁸ no processo até à obtenção da resposta, devido à atuação autónoma e imprevisível da máquina, que “atua e aprende por si só”, de tal forma que o “resultado a que chega é, num certo sentido, *seu*”¹⁰⁹. A ausência de transparência no processo de formação da conclusão “justifica a analogia de “black boxes””¹¹⁰, por estarem em causa respostas possivelmente inacessíveis ou inexplicáveis.

¹⁰⁶ Sousa, 2020, p. 65.

¹⁰⁷ Ramos, 2023, p. 16.

¹⁰⁸ Barbosa, 2021, p. 22.

¹⁰⁹ Sousa, 2020, p. 62.

¹¹⁰ Ramos, 2023, p. 16.

Além disso, os administradores correm o risco de se basear em conclusões que não consideram realidades e perspectivas potencialmente relevantes para a sociedade explorar. Retomando o exemplo da sociedade que explora um restaurante, suponhamos que o administrador toma conhecimento da venda de um automóvel por um preço particularmente atrativo. Neste cenário, a IA tenderia a concluir que esta aquisição não configuraria uma oportunidade de negócio pertencente à sociedade, uma vez que não se relaciona diretamente com o seu objeto social. De facto, não parece existir qualquer relação entre o automóvel e a sociedade. Contudo, a realidade fáctica poderia alterar a perspectiva sobre esta relação. Suponhamos que, dado o crescimento e popularidade do restaurante, bem como diversas recomendações de clientes, os sócios começaram a considerar a criação de um serviço de entregas ao domicílio, tendo já partilhado a ideia com o administrador e até iniciado a procura por automóveis com uma boa relação qualidade – preço. Neste caso, ao contrário do que sucede na exposição anterior, a aquisição do automóvel revela-se uma excelente oportunidade para o desenvolvimento desta ideia de crescimento. Assim, tendo em consideração que o administrador sabia ou, pelo menos, deveria saber que aquele negócio era valioso para a sociedade, pode, eventualmente, considerar-se que se apropriou indevidamente de uma oportunidade de negócio societária.

Estas questões poderão levantar-se especialmente se os dados inseridos na base de dados da IA forem insuficientes ou não estiverem atualizados de acordo com a prospeção de desenvolvimento do negócio prosseguido, na medida em que, estando desnutrido de informação relevante, o mecanismo artificialmente inteligente revelar-se-á desajustado e sem qualquer utilidade, podendo, por vezes, causar prejuízos à sociedade.

Como veremos mais adiante, estas interrogações poderão suscitar discussão no que concerne à possível aplicação das consequências da violação dos deveres fiduciários por parte de um administrador que prossegue uma oportunidade de negócio por indicação, por parte da IA, de que aquela não pertence à sociedade.

IV. Desvio, pelo administrador, em seu benefício ou de terceiro, de oportunidades de negócio societárias

Os administradores estão sujeitos ao dever de lealdade para com a sociedade, previsto no artigo 64.º do CSC, não devendo, por isso, apropriar-se de oportunidades de negócio que se considerem societárias, priorizando o seu interesse pessoal face aos interesses daquela. Levanta-se, no entanto, a questão de saber se este dever pode ser afastado.

Pela análise dos ordenamentos jurídicos norte-americano, inglês e espanhol, conclui-se que todos preveem que o administrador possa apropriar-se de oportunidades de negócio societárias, desde que para isso peça autorização, através da comunicação dessa intenção à sociedade, acompanhada de todas as informações que possua sobre aquela.

Já no ordenamento jurídico português, podemos debruçar-nos sobre a obrigação de não concorrência que, embora não inclua expressamente o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias, lhe é em grande medida semelhante, por consistir igualmente numa manifestação do dever de lealdade. No âmbito deste dever, permite-se que o administrador prossiga atividade concorrente ao objeto social da respetiva sociedade se aquela prestar o seu consentimento, através de deliberação de sócios¹¹¹.

À luz do exposto, e dada a similitude de situações, quer com o direito internacional, quer com a concretização do dever de lealdade consagrada no CSC português, parece-nos que a apropriação de uma oportunidade de negócio societária por um administrador, para benefício próprio ou de terceiros com ele relacionados¹¹², deverá ser considerada válida se aquele obtiver autorização da sociedade, aquando da apresentação de todas as informações necessárias para a tomada de decisão, as quais devem ser verdadeiras e completas, sob pena de se desvalorizar a respetiva autorização e não se afastar a responsabilidade daquele. Para estes efeitos, o administrador também deve mencionar “o seu interesse na respetiva apropriação”¹¹³.

Através desta autorização, de acordo com Maria de Fátima Ribeiro¹¹⁴, que acompanhamos, nunca deve violar-se o princípio da especialidade do fim, previsto no artigo 6.º do CSC. Por outras palavras, a mencionada permissão de apropriação não pode violar o fim lucrativo característico das sociedades comerciais, sob pena de ser considerada nula, por força do artigo 56.º, n.º 1, alínea d) do CSC, e a oportunidade continuar a ser tida como da sociedade.

¹¹¹ CSC, art. 254.º, n.º 1 e 398.º, n.º 3.

¹¹² Nunes, 2006, p. 103.

¹¹³ Ribeiro, 2011, p. 48.

¹¹⁴ Ibid., pp. 48-49.

Em conclusão, os administradores não devem apropriar-se de oportunidades de negócio societárias no exercício das suas funções de gestão da sociedade, salvo se para isso forem autorizados.

Mas e após a cessação de funções, o administrador ainda deve lealdade à sociedade? Esta questão é debatida em outros ordenamentos, e em alguns deles, nomeadamente no ordenamento norte-americano e inglês, é amplamente aceite a sobrevivência de deveres acessórios de conduta, que, pela sua autonomia, não se extinguem aquando a extinção da relação jurídica principal.

Em nosso entender, e acompanhando Maria de Fátima Ribeiro¹¹⁵, esta solução é adequada, tendo em vista que a relação existente entre o administrador e a sociedade é uma relação fiduciária assente na confiança e na boa-fé, pelo que se justifica a extensão do âmbito desta obrigação para além da cessação de funções do administrador. Para além disto, e dado que se exige ao administrador uma lealdade qualificada, há criação de um “dever específico, acessório e pós-eficaz ou um dever de proteção de eficácia continuada, que justifique ser respeitado após a extinção do vínculo obrigacional primário”¹¹⁶.

1. Eventual responsabilidade do administrador

Na hipótese de um administrador violar o dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias, seja por omitir à sociedade a existência da oportunidade, seja por obter uma autorização que se revele inválida em virtude de um qualquer vício, tal conduta terá consequências.

Por um lado, entendemos que tal atuação poderá fundamentar a sua destituição com justa causa, nos mesmos moldes aplicáveis à violação da obrigação de não concorrência, por força da aplicação analógica dos artigos 254.º, n.º 5, 398.º, n.º 5 e 428.º do CSC.

Além disso, à semelhança do que sucede no ordenamento jurídico espanhol, e de acordo com a doutrina portuguesa, a atuação ilícita do administrador pode ainda conduzir à sua responsabilização perante a sociedade pelos danos a esta causados, com objetivo de colocar a sociedade na situação em que estaria se a conduta ilícita daquele não tivesse existido.

Apesar de a doutrina divergir quanto à norma que fundamenta a responsabilidade civil, entendemos que o administrador deve ser responsabilizado com base nos artigos 72.º e ss. do CSC¹¹⁷. Adotamos este entendimento, uma vez que, como sustenta Ricardo

¹¹⁵ Ribeiro, 2011, p. 49.

¹¹⁶ Pinto, 2022, p. 379.

¹¹⁷ Neste sentido, Ribeiro, 2011, p. 50; Costa, 2011, pp. 187-189. Em posição contrária, Menezes Cordeiro 2006, sustenta que “os deveres de cuidado (...) e de lealdade são mesmo normas de conduta”, pelo que, quando violadas, carecem de “apelo a outras regras (...) para determinar uma eventual responsabilidade civil” nos termos gerais do CC.

Costa¹¹⁸, o artigo 64.º, n.º 1 do CSC, ao “fornecer deveres-quadro”, torna-se uma “fonte da *conduta normativamente exigível* aos administradores”, pelo que “violar o dever geral de cuidado e/ou o dever geral de lealdade (...) é facto que reveste um carácter de *ilicitude*”. Neste sentido, quando um administrador, perante uma oportunidade de negócio, não a comunica à sociedade ou comunica-a sem todas as informações verdadeiras que possui, não atuando como um “gestor criterioso e ordenado”, há reprovação por parte do Direito, constituindo, assim, um “*fundamento autónomo* de responsabilidade”¹¹⁹.

No que concerne à jurisprudência¹²⁰, há uma tendência em admitir a responsabilidade nos termos dos artigos 72.º e ss. do CSC, cabendo ao administrador ilidir a presunção de culpa que recai sobre si, se quiser afastar a sua responsabilidade.

Apurada a responsabilidade civil do administrador, a sociedade pode optar pela reconstituição natural ou pela indemnização por equivalente, segundo os artigos 562.º e 566.º, n.º 1 do CC.

Quanto a esta opção, Maria de Fátima Ribeiro¹²¹ entende que “reveste especial importância a possibilidade de a sociedade optar pela reconstituição natural, uma vez que a esta luz a sociedade poderá exigir a transferência da oportunidade (a “entrada” da sociedade no negócio), bem como a entrega dos lucros entretanto obtidos ilicitamente pelo administrador, sempre que isso seja material e juridicamente possível, nos termos do artigo 566.º do Código Civil”, ou através da aplicação analógica do artigo 180.º, n.º 2 do CSC.

Quanto aos lucros a restituir¹²², discute-se na doutrina se a obrigação incide sobre a totalidade dos lucros ou se se limita ao lucro cessante da sociedade, isto é, ao lucro “que a sociedade teria podido obter com o aproveitamento, em seu benefício, do negócio indevidamente apropriado ou desviado pelo administrador”¹²³. Os defensores da primeira perspetiva sustentam que, se o administrador não for obrigado a restituir a totalidade dos lucros, a conduta ilícita poderia tornar-se compensatória, “caso tal fosse eficiente, por obter com isso lucros superiores”¹²⁴, não cumprindo a função de dissuasão. Quanto à segunda posição, entende-se que a restituição total dos lucros assumiria um carácter punitivo para o administrador, conferindo à sociedade um benefício imerecido.

¹¹⁸ Costa, 2011, pp. 187-189.

¹¹⁹ Ibid., p. 188.

¹²⁰ Ac. do TRL, 14-11-2023, proc. n.º 229/14.4T8FNC-O.L1-1; Ac. do TRL, proc. n.º 9003/08.6TBCSC.L2-1; Ac. do TRC, 09-01-2017, proc. n.º 473/13.1TBOHP.C11; Ac. do STJ, 30-09-2014, proc. n.º 1195/08.0TYLSB.L1.S1.

¹²¹ Ribeiro, 2011, pp. 50-51.

¹²² Por não consistir no objeto de análise do presente estudo, limitar-nos-emos a referenciar algumas questões pertinentes e certas posições doutrinárias sobre esta matéria. Cumpre, no entanto, salientar que o tema se reveste de notória complexidade, exigindo uma abordagem mais aprofundada do que a aqui contemplada.

¹²³ Ribeiro, 2011, p. 53.

¹²⁴ Carneiro da Frada, 2011, p. 69.

Neste sentido, Carneiro da Frada¹²⁵ entende que pode haver lugar à restituição dos lucros, através de uma indemnização punitiva, em “casos de grave censurabilidade da conduta”, nomeadamente “na execução de “negócios de confiança”, mediante os quais alguém [o administrador], em confiança, prossegue interesses alheios”. Ainda assim, o autor entende “que o enriquecimento sem causa é, à partida, a sede dogmática da resolução deste problema”.

Na hipótese de não ser possível a reconstituição natural, a sociedade terá direito a uma indemnização fixada em dinheiro, nos termos do artigo 566, n.º 1 do CC. Nesta indemnização, serão tidos em consideração quer os danos emergentes, quer os lucros cessantes. A prova do dano pode ser difícil para a sociedade, pelo que se aceita o recurso ao dano típico¹²⁶, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo. O recurso ao dano típico configura apenas uma “facilitação da prova do dano concreto”¹²⁷, pelo que, ainda assim, é permitido ao administrador “demonstrar a existência de um dano inferior ao que resulta dessas regras”¹²⁸.

Não obstante, se partirmos do pressuposto que todo o lucro que o administrador obteve com a conduta ilícita deve ser restituído à sociedade, “poderemos estar já no domínio do enriquecimento sem causa, uma vez que não já não se trata de repor o lesado na situação em que estaria sem a ocorrência da lesão”¹²⁹.

É de notar que, “se em muitos casos ao enriquecimento injusto do administrador corresponderá o empobrecimento da sociedade administrada, noutras situações poderá não ocorrer uma diminuição do património do lesado correlativa ao benefício do enriquecido”¹³⁰. **Essas situações incluem a ausência de dano para a sociedade, a dificuldade em comprovar o dano ou o facto de os lucros obtidos ultrapassarem os prejuízos causados.**

Nestes termos, cabe-nos equacionar o possível cúmulo entre o instituto da responsabilidade civil e o do enriquecimento sem causa¹³¹ (na medida em que exista um enriquecimento por intervenção, resultante de uma situação em que o administrador obtenha um “enriquecimento através de uma ingerência não autorizada no património alheio”¹³²), “afastando-se o entendimento de total subsidiariedade”¹³³ deste último em relação ao primeiro. Esta hipótese decorre do facto de a responsabilidade civil ter como

¹²⁵ Ibid., p. 67, p. 70.

¹²⁶ Ibid., pp. 93-94.

¹²⁷ Ibid., p. 94.

¹²⁸ Ibid., p. 94.

¹²⁹ Ribeiro, 2011, p. 55.

¹³⁰ Ramirez, 2022, pp. 169-170.

¹³¹ CSC, artigos 473.º e ss.

¹³² Menezes Leitão, 2024, p. 428; Ramirez, 2022, p. 176.

¹³³ Ribeiro, 2011, p. 56.

propósito a reparação de danos e o enriquecimento sem causa visar a supressão de enriquecimentos à custa alheia, desempenhando, por isso, funções distintas.

Não obstante, quando o lucro por intervenção supera o dano, reconhecem-se dificuldades na “delimitação (...) da fronteira entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa”¹³⁴.

No que concerne ao objeto da restituição, predomina na doutrina o entendimento de que aquele deve corresponder “ao valor do aumento patrimonial do devedor, numa concepção patrimonial do enriquecimento”¹³⁵. Por outras palavras, a restituição teria como limite a diferença entre a situação atual do administrador e a situação hipotética em que aquele se encontraria se não tivesse existido apropriação indevida de uma oportunidade de negócio societária.

Além deste limite, acresce outro, constante no artigo 479.º do CC, que limita a restituição do enriquecimento a tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido (neste caso, a sociedade). Neste contexto, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO considera que “o interventor deve restituir ao titular do direito o lucro da intervenção até ao limite do dano real sofrido por este, ou seja, do valor objectivo do uso ou dos bens objecto da intervenção”¹³⁶. Por este motivo, conclui que o enriquecimento sem causa não permite fundamentar “a obrigação de entrega, à sociedade, daquela parte dos lucros obtidos pelo administrador com a apropriação indevida da oportunidade de negócio societária que ultrapassem o valor do empobrecimento real”¹³⁷.

1.1. Papel da IA aquando da aferição da responsabilidade do administrador

Na aferição da responsabilidade do administrador é necessário que aquele haja violado o dever de lealdade, sendo para isso necessário que se tenha apropriado de uma oportunidade de negócio societária. Caso a IA tenha tido uma participação ativa na determinação da oportunidade enquanto pertencente, ou não, à sociedade, importa perceber as dificuldades que daí possam resultar.

Este mecanismo artificialmente inteligente pode levantar inúmeras questões no que concerne à avaliação da responsabilidade do administrador. Vejamos, se um administrador não aproveita uma oportunidade de negócio porque a IA lhe indica que aquela pertence à sociedade, à partida não existirão quaisquer problemas, porque aquele irá pedir, em princípio, autorização à sociedade para se apropriar daquela. No entanto, se lhe é indicado que a oportunidade não pertence à sociedade, poderão levantar-se

¹³⁴ Ibid., p. 57.

¹³⁵ Ibid., p. 57.

¹³⁶ Ibid., p. 58.

¹³⁷ Ibid., p. 59.

interrogações. Isto porque o administrador vai sentir-se na liberdade de se furtar à autorização a ser concedida pela sociedade, uma vez que uma ferramenta, em teoria, objetiva lhe deu a indicação de que aquela não seria necessária.

Relembrando o caso da sociedade que explora o restaurante, se o administrador, consciente do interesse da sociedade em criar um serviço de entrega ao domicílio, comprasse o automóvel a um preço especialmente atrativo sem informar a sociedade da existência daquele negócio, aquela poderia querer invocar a violação do dever de lealdade, na concretização do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias, por entender que a aquisição do veículo constituía uma ótima oportunidade para criar o serviço de entrega ao domicílio. Neste sentido, o administrador poderia vir a ser civilmente responsável, nos termos dos artigos 72.º ss. do CSC, e, eventualmente, destituído com justa causa, podendo ter de restituir eventuais lucros por intervenção.

Na perspetiva do administrador, por outro lado, não estaria em causa qualquer violação do dever de lealdade, uma vez que a IA lhe indicou que aquela oportunidade não pertencia à sociedade. Assim, importa questionar: poderá este administrador invocar, em sede de defesa, a ““decisão” tomada pelo sistema”¹³⁸ como fundamento para afastar as consequências jurídicas da alegada violação?

Na hipótese de ser acolhido este meio de proteção, poderia surgir um “eventual vazio de responsabilidade de danos ligados aos sistemas computacionais complexos de IA (*the responsibility gap*)”¹³⁹, dado que tal poderia resultar em situações em que um administrador se subtraísse ao cumprimento dos seus deveres, com fundamento num algoritmo que apresenta determinadas limitações.

Cabe ressaltar que, à luz da legislação vigente, não se afigura que o ordenamento jurídico esteja preparado para admitir este argumento, na medida em que não há um espaço de discricionariedade na conduta dos administradores quando perante o dever de lealdade¹⁴⁰. Isto não significa que o ordenamento jurídico não venha a estar preparado para acolher esta linha de defesa no futuro; apenas ainda não reflete esta inovação.

Ademais, considerando a realidade atual e os riscos que estes algoritmos ainda apresentam, não nos parece que constituam um mecanismo suficientemente fidedigno e confiável para justificar que um administrador se exonere à sua responsabilidade unicamente com base na sua conclusão. Não se descarta, no entanto, que, face ao elevado interesse e desenvolvimento de que estão a ser alvo, em breve venham a ser colmatadas todas as lacunas e riscos que da sua utilização advenham. Acreditamos veemente que

¹³⁸ Sousa, 2020, p. 64.

¹³⁹ Ibid., p. 63.

¹⁴⁰ No respeitante ao dever de cuidado, previsto no artigo 64.º do CSC, ao administrador já é atribuída alguma liberdade de conduta, vigorando a *business judgement rule*, prevista no artigo 72.º, n.º 2 do CSC (“A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”).

essas falhas venham a ser aperfeiçoadas e entendemos que fará todo o sentido a legislação refletir esse avanço, até porque as novas tecnologias são a chave para o futuro que se avizinha.

Por esta razão, consideramos essencial que o legislador português acompanhe atentamente as contínuas inovações tecnológicas, devendo considerá-las aquando da atualização do quadro legal, de modo a refletir tanto a realidade presente como os desafios futuros, dado o ritmo incessante da evolução das tecnologias digitais e dos mecanismos artificialmente inteligentes.

Em suma, estando o administrador consciente da imperfeição da tecnologia digital em causa e da possibilidade de esta não considerar certas realidades que poderiam revelar-se vantajosas para a sociedade, entendemos que, caso a ferramenta indique que a oportunidade não pertence à sociedade, o administrador deve, ainda assim, submeter essa questão à apreciação da sociedade.

Poder-se-ia, então, questionar a utilidade da IA, uma vez que sua conclusão não altera a obrigação do administrador de consultar a sociedade sobre a possibilidade de se apropriar da oportunidade de negócio.

No entanto, importa recordar que esta questão só se coloca quando a ferramenta indica que a oportunidade não é societária. Pelo contrário, quando indica que aquela pertence à sociedade, a conclusão constitui um elemento de confirmação de que o administrador deve, inequivocamente, obter a autorização da sociedade. Além disso, esse resultado pode servir como meio de prova de que o administrador violou os seus deveres fiduciários, impedindo-o de alegar que entendia que a oportunidade não era societária.

Por todas estas razões, concluímos que, neste momento, os mecanismos artificialmente inteligentes ainda não configuram uma ferramenta plenamente fiável para auxiliar na aferição do cumprimento do dever de lealdade. No entanto, acreditamos que, à medida que as falhas dos algoritmos sejam colmatadas, poderá justificar-se a sua utilização como um mecanismo de apoio na determinação da titularidade das oportunidades de negócio.

Conclusão

Os administradores, na qualidade de fiduciários, estão obrigados a privilegiar o interesse da sociedade que administram, abstendo-se de sobrepor a este quaisquer interesses pessoais e/ou de terceiros. Esta relação fiduciária, alicerçada nos princípios da confiança e da lealdade, veda expressamente a apropriação indevida, por parte dos administradores, de oportunidades de negócio societárias.

Este dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias, enquanto manifestação do dever de lealdade, tem sido amplamente estudado e aplicado nos tribunais norte-americanos, bem como na doutrina espanhola e britânica, encontrando-se consagrado nos respetivos ordenamentos jurídicos. Em virtude da influência que estes ordenamentos exercem no direito português, a doutrina nacional reconhece pacificamente a existência deste dever, ainda que o mesmo não se encontre expressamente previsto na nossa legislação.

Os diversos *tests* norte-americanos, destinados a aferir o carácter societário de uma oportunidade de negócio, têm servido de inspiração à doutrina portuguesa na elaboração de casos-padrão. Não obstante, face à ausência de uma solução ideal, levanta-se a seguinte questão: poderá a IA assumir um papel auxiliar na avaliação, pelo administrador, da natureza societária de uma oportunidade de negócio?

O presente estudo reveste-se de particular relevância no que concerne à violação do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio. Através da análise da solução legal aplicável à violação do dever de não concorrência, previsto no CSC, e do ordenamento espanhol, conclui-se que o administrador que violar esta obrigação pode enfrentar consequências como a destituição com justa causa, a responsabilização civil e a devolução dos lucros ilicitamente obtidos. A aplicação destas sanções poderá gerar controvérsia caso a conduta do administrador tenha tido por base uma conclusão da IA.

Face à lacuna no nosso ordenamento jurídico – que se encontra distante dos ordenamentos analisados –, consideramos que o legislador português deveria incorporar no artigo 64.º do CSC um elenco exemplificativo de manifestações do dever de lealdade, bem como prever consequências específicas para a violação do dever de não aproveitamento de oportunidades de negócio societárias.

Referências bibliográficas

- ADESANYA, O. (2023). *Corporate opportunity doctrine: An impediment to corporate innovation*. <https://ssrn.com/abstract=4597752>.
- BARBOSA, M.M. (2021). Dos *expert systems* aos *data systems* AI: Impacto ao nível da proteção de dados. *Revista Julgar*, n.º 45.
- BATTERSON, D.E. & REINHARDT, M. (2024). Fiduciary duties of former directors of Delaware corporations. *Newsletter Jenner & Block*. <https://www.jenner.com/en/news-insights/publications/fiduciary-duties-of-former-directors-of-delaware-corporations>.
- BERNABÉ, M.G.-V. (2015). *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 35. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?id=5962&forceDownload=true>.
- CÂMARA, P. (2007). O governo das sociedades e os deveres fiduciários dos administradores. In RIBEIRO, M.F. (coord.). *Jornadas Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira*. Almedina.
- CARNEIRO DA FRADA, M.A. (2007). A *business judgement rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 67, n.º 1. <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgment-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/>.
- CARNEIRO DA FRADA, M.A. (2011). *Direito civil – Responsabilidade civil – O método do caso*. Almedina.
- BARRETO MENEZES CORDEIRO, A. (2013b). Doutrina das oportunidades societárias (corporate opportunities doctrine) – Parte I: Introdução – Direito estado-unidense – Direito inglês. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. 5, n.º 3.
- BARRETO MENEZES CORDEIRO, A. (2013a). Doutrina das oportunidades societárias (corporate opportunities doctrine) – Parte II: Direito português. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. 5, n.º 4.
- COSTA, R. (2011). Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”. In DUARTE, R.P., VASCONCELOS, P.P. & ABREU, J.M.C. (eds.). *I Congresso Direito das sociedades em revista*. Almedina.
- COUTINHO DE ABREU, J.M. (2010). *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. 2.ª ed. Almedina.
- CUNHA, P.M. (2016). Limitações à atividade concorrente de gestores de sociedades comerciais. In *IV Congresso Direito das sociedades em revista*. Almedina.
- DUARTE, R.P. (2018). Os deveres dos administradores das sociedades comerciais. *Católica Law Review*, vol. 2, n.º 2. <https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2018.2004>.
- FERNÁNDEZ-PEÑAFLOR, E.G., CARLÓN, G.R. & CLIMENT, J.R.S. (2015). *Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil*. Uría Menéndez. https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679.

- GELTER, M. & HELLERINGER, G. (2018). Opportunity makes a thief: Corporate opportunities as legal transplant and convergence in corporate law. *Berkeley Business Law Journal*.
- GONZÁLEZ, A.M. (2023). Deber de lealtad y responsabilidad de los administradores. *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, Monografía n.º 52.
- GUILARTE, J.S.-C. (2023). La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad. In *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.
- KHOKHAR, F. (2023). Can a director exploit any or every corporate opportunity? *Asian Business Lawyer*, n.º 32.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2006). Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 66, n.º 2. <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/>.
- MENEZES LEITÃO, L.M.T. (2024). *Direito das obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações. 16.ª ed. Almedina.
- NUNES, P.C. (2006). *Corporate governance*. Almedina.
- PARLAMENTO EUROPEU (2023). O que é a Inteligência Artificial e como funciona? <https://www.europarl.europa.eu/topics/pt/article/20200827STO85804/o-que-e-a-inteligencia-artificial-e-como-funciona>.
- PINTO, J.M. (2022). A pós-eficácia das obrigações e a culpa *post pactum finitum*. *Revista de Direito Civil*, vol. 7, n.º 2.
- RAMIREZ, P.N.H.C. (2022). O dever de lealdade dos administradores de sociedades de capital e a obrigação de restituir o enriquecimento injusto ou sem causa – análise dos sistemas espanhol e português. *Revista Eletrónica de Direito*, vol. 28, n.º 2.
- RAMOS, M.E. (2023). Governança empresarial e gestão de risco de IA. In SOUSA, S.A. (coord.). *A proposta de Regulamento europeu sobre Inteligência Artificial: Algumas questões jurídicas*. Universidade de Coimbra.
- RIBEIRO, M.F. (2011). O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 20.
- SOUSA, S.A. (2020). Não fui eu, foi a máquina. In RODRIGUES, A.M. (coord.). *A Inteligência Artificial no direito penal*. Almedina.
- TALLEY, E. (1998). Turning servile opportunities to gold: A strategic analysis of the corporate opportunities doctrine. *Yale Law Journal*, vol. 108.
- VIDÁN, A.B. & GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2024). La prescripción de la acción de enriquecimiento injusto por deslealtad del administrador del artículo 227.2 LSC tras las SSTs 1512/2023 y 1517/2023. <https://tinyurl.com/44p6fv94>.

**A legitimidade ativa para propositura de ações coletivas para
tutela do consumidor**

Josefa Maria Ribeiro Mané

Sob a orientação do Professor
Doutor André Almeida Martins

Aconteça o que acontecer, tu, continua a estudar. / Mais dois anos. Depois, pego no diploma e acabou-se. / Não, não pares. Eu dou-te o dinheiro. Tens de continuar sempre a estudar. Fiz um risinho nervoso, depois disse: Obrigada, mas a certa altura acabou-se o estudo. / Para ti não. Tu és a minha amiga genial, tens de ser a melhor de todos, rapazes e raparigas.

Elena Ferrante (2014). *A amiga genial – Infância, adolescência*. Relógio d'Água, p. 249.

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor Doutor André Almeida Martins,
aos meus pais,
ao meu irmão e à Catarina,
à Francisca, à Inês, à Maria
e ao Francisco,
obrigada.

Resumo

A presente dissertação tem como objeto a legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas para tutela dos interesses coletivos dos consumidores no ordenamento jurídico português. O seu objetivo central consiste em analisar a particular configuração desse pressuposto processual, tendo em conta as inovações trazidas pelo Decreto-Lei n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro, que transpõe a Diretiva (UE) 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020. O estudo parte de um enquadramento geral da tutela popular, através de uma contextualização histórica do direito fundamental de ação popular, consagrado no art. 52.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa. Explorando as diferenças entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, traça-se uma distinção entre a ação popular e a ação coletiva, sublinhando a inadequação da primeira para a tutela dos interesses coletivos do consumidor. Propugnando pela admissibilidade da atribuição de legitimidade processual às associações e fundações defensoras dos interesses dos consumidores como forma de garantir a tutela jurisdicional efetiva dos consumidores, procura-se compreender a natureza jurídico-dogmática desse fenómeno, à luz dos institutos da representação e substituição processual. Por fim, analisa-se os requisitos legais estabelecidos para a atribuição de legitimidade processual a essas entidades. Destaca-se, nesse âmbito, a problemática do financiamento por terceiro dos custos processuais e as suas implicações na independência destas organizações.

Palavras-chave: Ação coletiva; interesses coletivos; acesso ao direito; tutela jurisdicional efetiva; legitimidade processual; defesa do consumidor; financiamento por terceiro dos custos processuais.

Abstract

The subject of this dissertation is the active procedural standing to bring representative actions for the protection of the collective interests of consumers in the Portuguese legal system. Its main objective is to analyse the configuration of this procedural prerequisite considering the innovations brought about by Decree-Law no. 114-A/2023 of December 5, which transposes Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020. The study starts with a general framework of popular actions through a historical contextualization of the fundamental right of popular action, enshrined in article 52, no. 3 of the Constitution of the Portuguese Republic. Exploring the differences between diffuse, collective and homogenous individual interests, a distinction is made between popular action and collective action, highlighting the inadequacy of the former for the protection of consumers' collective interests. While admitting the granting of procedural standing to associations and foundations as a way of guaranteeing effective judicial protection for consumers, an attempt is made to understand the legal-dogmatic nature of this phenomenon in the light of the institutes of procedural representation and procedural substitution. Finally, the legal requirements for granting procedural standing to these organizations are analysed. In this context, the problem of third-party litigation funding and its implications for the independence of these organizations are highlighted.

Keywords: Collective redress; collective interests; access to law; effective judicial protection; procedural standing; consumer protection; third-party litigation funding.

Lista de siglas e abreviaturas

Art(s).	Artigo(s)
CC	Código Civil
Cfr.	Confronte
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DECO	Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor
DL	Decreto-Lei
EOA	Estatuto da Ordem dos Advogados
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i>
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
LAP	Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, que regula o direito de participação procedimental e de ação popular
MP	Ministério Público
N.º(s)	Número(s)
P.(p).	Página(s)
Rel.	Relator
S(s).	Seguinte(s)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
Vd.	Vide
V. g.	<i>Verbi gratia</i>

Índice

Capítulo I – Considerações introdutórias	11
1. Razão da abordagem do tema	11
2. Sistemática	12
Capítulo II – A ação popular no Direito português	13
1. Justificação da tutela coletiva	13
2. Da previsão constitucional do direito de ação popular	15
3. Tipos de interesses prosseguidos pela ação popular	16
4. A ação coletiva para tutela dos interesses do consumidor e a sua incorreta recondução ao regime da LAP	19
Capítulo III – A legitimidade processual ativa	23
1. O conceito legal de legitimidade processual	23
2. A legitimidade popular como desvio ao esquema clássico da legitimidade processual	26
3. Natureza dogmática do direito de ação popular concedido às associações e fundações defensoras dos interesses dos consumidores	26
Capítulo IV – Critérios aferidores da legitimidade das associações e fundações à luz do DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro	30
1. Requisitos legais	30
1.1. Personalidade jurídica	31
1.2. Inclusão expressa, nos objetivos estatutários, da defesa dos interesses em causa no tipo de ação que se trate	34
1.3. O não exercício de qualquer tipo de atividade concorrente com empresas ou profissionais liberais	34
1.4. A independência e ausência de influência de pessoas que não sejam consumidores: em particular, a questão do financiamento de terceiros.	35
a) Considerações gerais sobre o financiamento privado de litígios	36
b) Reconhecimento a nível europeu do financiamento privado de ações coletivas e transposição da Diretiva (UE) 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho	39
Capítulo V – Conclusões	42
Bibliografia	44
Jurisprudência	46

Capítulo I – Considerações introdutórias

1. Razão da abordagem do tema

O presente estudo insere-se no contexto de um debate cada vez mais atual, onde, não raras vezes, uma única prática lesiva é suscetível de originar danos que se projetam na esfera de uma miríade de indivíduos, gerando exigências acrescidas para o sistema judicial tal como o conhecemos.

Neste contexto, os consumidores¹ surgem como sujeitos particularmente vulneráveis à ocorrência deste tipo de danos, uma vez que, movendo-se num mercado cada vez mais vasto, se tem vindo a verificar que práticas ilícitas por parte de grandes empresas espoletam danos que se refletem, de forma homogénea, na esfera dos consumidores dos bens ou serviços por elas disponibilizados.

Pense-se, por exemplo, na comercialização e distribuição de uma embalagem que não contém as quantidades exatas que figuram nos rótulos: o prejuízo de cada um dos consumidores individualmente considerados será bastante reduzido, mas, se tomarmos em consideração a produção e distribuição massificadas, podemos prever que se traduzirão em lucros bastante consideráveis para os fabricantes e distribuidores².

Perante o surgimento destes danos de massas, as estruturas clássicas do processo civil, projetadas sobre os alicerces de uma sociedade liberal-individualística, não se revelam convenientes à obtenção de uma resposta justa e eficaz, necessidade que se tem vindo a sentir de forma crescente.

Ora, a primordial vocação do processo civil é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos substantivos atribuídos pelo ordenamento jurídico, motivo pelo qual se mostra necessária a sua profunda reelaboração.

Face a esta constatação, a atividade legislativa a nível nacional e comunitário tem sido galopante, no sentido de construir mecanismos processuais inovadores que permitam a tutela coletiva destes danos. Isto tem conduzido à dificuldade de articulação dos diversos diplomas normativos que vão surgindo e, além do mais, a uma dificuldade crescente em conceber corretamente as novas figuras processuais.

A importância desta investigação revela-se ainda mais premente à luz da transposição da Diretiva (UE) 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020, através do DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro, que trouxe algumas mudanças ao panorama das *class actions* em Portugal.

¹ Para efeitos do presente trabalho, adotar-se-á a noção de consumidor estabelecida no art. 3.º, al. a) do DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro. Com efeito, será consumidor “qualquer pessoa singular que atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

² Martins, 1999, p. 19.

Embora já amplamente desenvolvidas em ordenamentos jurídicos como o norte-americano e o brasileiro, as ações coletivas em Portugal (e na maioria dos ordenamentos jurídicos de tradição continental) ainda se encontram numa fase de desenvolvimento embrionária.

Por isso mesmo, e face à multiplicidade de equívocos que têm vindo a surgir neste âmbito, propomo-nos a estudar a particular configuração do pressuposto processual da legitimidade processual ativa nas ações coletivas para tutela do consumidor.

Quem pode, à luz do Direito Processual Civil português, intentar ações coletivas para defesa dos direitos dos consumidores? Que requisitos devem observar essas entidades para que se possa atribuir essa legitimidade.

2. Sistemática

Em primeiro lugar, tentaremos perceber que tipo de interesses estão em causa no âmbito ações indemnizatórias para tutela do consumidor, indagando-nos sobre se os institutos tradicionais do Direito Processual Civil serão aptos à sua prossecução, ou se, ao invés, será pertinente construir instrumentos de tutela coletiva, como seja o aproveitamento da estrutura da ação popular.

Logo de seguida, veremos que entidades se encontram legalmente legitimadas à prossecução dos interesses dos consumidores em juízo. Terão legitimidade processual ativa apenas os consumidores concretamente lesados, à luz de uma visão clássica do processo civil, ou será válida a atribuição dessa legitimidade a outras entidades intermédias – situadas entre o Estado e o indivíduo –, que permitirão uma mais eficaz prossecução em juízo desses interesses?

Esta eventual atribuição transporta-nos para um outro problema, que se prende com a admissibilidade deste fenómeno, assim como a sua natureza dogmática.

Por fim, estaremos em condições de decifrar que tipo de exigências deverão cumprir estas entidades para que se possam considerar legítimas, debruçando-nos sobre os requisitos legais estabelecidos para o efeito.

Neste âmbito, o controverso contrato de financiamento por terceiro dos custos processuais merecerá particular atenção, na medida em que contende com os requisitos de independência que devem pautar a atuação destas entidades.

Capítulo II – A ação popular no Direito português

1. Justificação da tutela coletiva

O processo civil atual desenvolveu-se a partir de uma visão liberal-individualística, dominante desde o século XIX, segundo a qual este funcionaria como um meio para o desenvolvimento da autonomia privada do indivíduo, apartando-se o Estado e, por conseguinte, o juiz, de qualquer vocação garantística ou social.

Segundo esta visão, o processo funcionaria tão-somente como um expediente através do qual o indivíduo poderia ver as suas pretensões satisfeitas, recaindo sobre ele o monopólio da condução do processo.

Manifestação clara desta visão é o paradigmático princípio do dispositivo, que encontra vários afloramentos ao longo do CPC vigente³.

Por isso, a teoria geral do processo civil que, hoje, conhecemos assenta maioritariamente numa estrutura que opõe dois litigantes – Autor e Réu –, sendo as situações de pluralidade de partes, como nota Miguel Teixeira de Sousa, meras adaptações perante o regime-regra, que é o do processo como uma “luta a dois”⁴.

Importa compreender, desde já, que semelhante entendimento do processo não passa de uma opção político-legislativa, consonante com a época na qual foi forjado, não devendo por nós ser entendido como absolutizante, na medida em que admite readaptações às situações que reclamem um tipo de tutela diferente.

Foi, precisamente, a partir do século XX que se operou a transição para um modelo social do processo, perante a constatação de que a ideia de igualdade entre as partes processuais não passaria de uma mera ficção, sendo necessária a intervenção do Estado, na figura do Tribunal, para mitigar estas situações, assegurando-se uma igualdade substancial entre as partes⁵. Este movimento de acesso à justiça materializa-se no art. 20.º CRP, que assegura a todos o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

No entanto, com o desenvolvimento da sociedade industrial hodierna, assente numa economia de mercado, surge uma nova vaga de acesso à Justiça, fruto da massificação e complexificação das relações sociais, o que conduz a que uma infinidade de sujeitos possa ser afetada por uma mesma prática lesiva – são os chamados “danos de massas”, de que são exemplo fulcral os danos provocados aos consumidores.

³ Lebre de Freitas, 2013, p. 155.

⁴ Teixeira de Sousa, 2003, p. 61.

⁵ Teixeira de Sousa, 2003, p. 61.

Estas situações, bastante mais problemáticas, reclamam o abandono desta clássica morfologia do processo, exigindo o estudo de novas figuras jus-processuais, aptas a fazer face a estes novos tipos de direitos e interesses.

Pois se é certo que o Direito Processual Civil já contempla alguns institutos que, à partida, poderiam ser aptos a tutelar este tipo de situações, a verdade é que, perante estes danos, amplamente dispersos e fragmentados, as formas tradicionais de tutela se afiguram assaz insuficientes.

Por um lado, a hipótese de propositura de uma multiplicidade de ações individuais, para além de ser contrária aos princípios da economia e celeridade processuais, acarreta o risco de originar várias decisões contraditórias⁶.

Além disso, é notória a relutância psicológica, por parte dos lesados, em recorrerem ao sistema judicial: segundo uma lógica custo-benefício, as custas processuais, assim como os honorários de um mandatário judicial ou da assistência de peritos, seriam bastante superiores aos danos em causa (geralmente, bagatelares); e, face a um adversário experiente e informado, as vítimas, isoladamente, encontrar-se-iam numa posição de particular vulnerabilidade, dando-se o denominado fenómeno de “apatia racional”⁷.

Por outro lado, apesar de o CPC possibilitar a pluralidade subjetiva, seja através do litisconsórcio (arts. 32.º e ss.), seja através da coligação (arts. 36.º ss.)⁸, tais institutos não permitem tutelar de forma eficaz estes direitos de índole supraindividual, já que cremos que terão sido pensados para um número relativamente limitado de partes processuais – tanto do lado ativo, como do lado passivo –, e não quando em causa estão danos que se “pulverizam”⁹ na esfera de um número indeterminável ou de difícil determinação de sujeitos.

Nesse tipo de situações, é fácil prever que, na prática, o recurso a um litisconsórcio ou coligação multitudinários, desde logo, impossibilitaria a identificação desses mesmos titulares, necessária para efeitos de regular citação.

Para além disso, estas figuras, apesar da vantajosa economia de meios e custos, não permitem uma completa coordenação entre os interessados, sendo sempre admissível, como explica Miguel Teixeira de Sousa representação das partes por advogados distintos, utilização de argumentos próprios na fundamentação do pedido e celebração de transações separadas¹⁰.

⁶ Teixeira de Sousa, 2003, p. 85.

⁷ Silva & Reis, 2022, pp. 33-35.

⁸ Enquanto no litisconsórcio existe pluralidade de partes, mas uma única relação material controvertida, na coligação existe pluralidade de partes e, igualmente, várias relações materiais controvertidas que têm em comum a fonte de onde promanam. Para mais desenvolvimentos, *vd.* Amaral, 2024, pp. 127 ss.

⁹ Capelo & Cunha, 2023, p. 7.

¹⁰ Teixeira de Sousa, 2003, p. 86.

Naturalmente, perante um número quase irrestrito de partes processuais, estas características conduziriam a entraves na administração da Justiça que não podemos descurar, mormente ao nível do julgamento da causa, sobrecarregando a atividade dos Tribunais.

Ainda assim, e apesar destes constrangimentos, seria manifestamente injusto que tais práticas lesivas – que, as mais das vezes, se refletem em lucros avultados na esfera do lesante – redundassem numa situação de impunidade, devido apenas a uma desadequação estrutural do nosso sistema processual, urgindo, por isso, repensar a configuração clássica do processo civil, através do recurso a instrumentos de tutela coletiva, que permitam tornar efetivo o acesso à justiça, como comanda a lei.

2. Da previsão constitucional do direito de ação popular

Desde a versão originária, o legislador constituinte apercebeu-se da premência de consagrar, na Lei Fundamental, uma figura que permitisse a tutela em juízo destes direitos e interesses supraindividuais a que fomos fazendo menção, motivo pelo qual consagrou o direito de ação popular no art. 52.º n.º 3, inserido sistematicamente, desde a Revisão Constitucional de 1982¹¹, no capítulo atinente aos direitos, liberdades e garantias de participação política.

A ação popular é uma reminiscência da *actio popularis*, instituto originário do Direito Romano, onde se desenvolveu em virtude dos condicionalismos políticos daquele Estado. Ora, como explica José Robin de Andrade, existia, no sistema jurídico romano, uma interpenetração conceitual entre as ideias de Estado e Povo, verificando-se uma quase sobreposição entre os interesses dos dois, motivo pelo qual a defesa judicial do interesse público cabia aos cidadãos, enquanto portadores de um interesse cívico. Além disso, também se aponta a organização deficiente do sistema policial romano, o que conduzia à necessidade do concurso dos cidadãos na prossecução do interesse público¹².

Similarmente, no ordenamento jurídico português, a ação popular surgiu como um instrumento processual administrativo destinado à defesa das “coisas públicas”. Encontrava o seu fundamento na ideia de que, face a uma atuação deficiente da administração pública na prossecução do interesse público, deveria ser concedido aos cidadãos o direito de se substituírem a ela na defesa de bens dotados da característica de serem comuns a todos e insuscetíveis de apropriação individual (ambiente, saúde pública, qualidade de vida, etc.)¹³.

¹¹ Para uma exposição relativa às alterações ao texto do artigo ao longo das várias revisões constitucionais, *vd.* Miranda & Medeiros, 2017, pp. 748-750.

¹² Andrade, 1967, p. 7.

¹³ Gomes, 2008, pp. 254-255.

Apenas mais recentemente, e por via da Revisão Constitucional de 1997, se alargou ao âmbito do Direito Privado o elenco de bens aptos a serem protegidos por via da ação popular, enxertando-se, aí, os direitos dos consumidores. Assim, passam a ser objeto da ação popular, nomeadamente, “a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural”¹⁴.

Esta redação sinaliza que ao acolher-se, neste elenco, direitos de uma natureza jurídica diferente, se operou uma transição na perceção da finalidade da ação popular, convolvendo-a num instrumento de *civil justice*, e já não de *civic justice*¹⁵. Significa isto a tomada de consciência, por parte do legislador constituinte, da transformação da ação popular, não num instrumento de defesa da legalidade administrativa, exigência do direito de participação democrática, mas sim de tutela destes novos direitos e interesses de segunda geração que vão surgindo.

A LAP apresenta-se-nos como o diploma central em matéria de ações populares, que vem responder ao comando constitucional que incumbia à legislação ordinária a densificação desta matéria. Também na LAP se distingue, no seu art. 12.º, entre a ação popular administrativa e a ação popular civil e, tal como na CRP, figura-se, no art. 1.º, n.º 2, “a proteção do consumo de bens e serviços” no elenco de interesses materialmente abrangidos pela ação popular.

Antes de prosseguirmos, impõe-se uma excursão clarificadora pelos diferentes tipos de interesses que, atualmente, são tuteláveis por via da ação popular, já que é patente um grande desentendimento doutrinal quanto à definição conceptual destes.

3. Tipos de interesses prosseguidos pela ação popular

Os bens que integram a ação popular reconduzem-se a uma clássica configuração tripartida de interesses supraindividuais, no seio da qual se destrinçam os interesses difusos em sentido estrito, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos.

No que tange aos interesses difusos *stricto sensu*, estes dizem respeito a bens pertencentes a um conjunto disperso de sujeitos, de titularidade indivisível. Com efeito, é comum assinalar-se que em causa estão situações jurídicas “insuscetíveis de apropriação individual”¹⁶, porquanto “a fruição do bem por parte de um dos membros do

¹⁴ Note-se que a doutrina constitucional é consentânea no sentido de que esta enumeração é meramente exemplificativa. *Vd.* Miranda & Medeiros, 2017, p. 749.

¹⁵ Martins, 1999, pp. 102-103. De igual modo, *vd.* Ascensão, 2001, p. 68: “Há um acento individualístico evidente. Poderia referir-se à defesa de interesses gerais do consumo, à garantia da qualidade dos bens, por exemplo, mas a tendência que aquele acréscimo revela marca sem dúvida o sentido individualístico que se outorga à ação popular”.

¹⁶ Sérvulo Correia, 2005, p. 651.

grupo implica necessariamente a fruição por parte de todos, assim como a negação para um representa a negação para todos”¹⁷. Além disso, têm uma dimensão “irredutivelmente supra-individual”¹⁸.

Como se pode ver, estes interesses representam a superação de uma clássica dicotomia entre o interesse público e o interesse privado, exprimindo uma “realidade bastante mais complexa do que aquela que se polariza no Estado e no indivíduo”¹⁹.

A característica distintiva dos interesses difusos *stricto sensu* assenta no facto de os seus titulares apenas o serem por mera coincidência, *i. e.*, reportam-se a um “grupo inorgânico de pessoas, cuja composição é, em cada momento, ocasional e, por isso, não permite a identificação prévia dos respetivos titulares”²⁰. São exemplos de interesses difusos *stricto sensu* o direito ao ambiente, à saúde pública ou à qualidade de vida.

Diferentemente, os interesses coletivos destacam-se pela sua feição marcadamente organizatória, porque consistem numa classe ou categoria de sujeitos mais restrita, que se pode recortar em virtude de uma determinada qualidade. Por isso, carecem de um *ente esponenziale*, como uma associação, que permita a sua adequada representação. Aqui, incluem-se os direitos dos consumidores – em causa está uma “classe que é agregada em função de uma qualidade: ser-se consumidor e, mais ainda, consumidor de um concreto bem ou serviço”²¹.

Finalmente, e mais controversos, são os interesses individuais homogêneos, que consistem na refração individualizada dos interesses difusos *stricto sensu* e dos interesses coletivos. São, por isso, “interesses susceptíveis de individualização autónoma e de apropriação pelos respectivos titulares”²². Ou seja, trata-se de direitos individuais, mas que têm em comum o facto de partilharem a sua origem e de pertencerem, simultaneamente, e de forma homogênea, a uma pluralidade de sujeitos.

Ao aproveitar a estrutura da ação popular para a prossecução destes direitos de cariz individual, nomeadamente, para “requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização” (art. 52.º n.º 3 CRP), o legislador constituinte parece abrir caminho para uma visão menos altruísta da ação popular.

Dificuldades se erigem a propósito de determinar até que ponto se admitirá a tutela popular dos interesses individuais homogêneos, sem que se resvale para o âmbito de uma ação individual. Esta averiguação passa por compreender qual o grau de homogeneidade

¹⁷ Martins, 1999, p. 21.

¹⁸ Sérvulo Correia, 2005, p. 651.

¹⁹ Teixeira de Sousa, 2003, p. 34.

²⁰ Lebre de Freitas, 1998, p. 801.

²¹ Silva & Reis, 2022, p. 11.

²² Silva & Reis, 2022, p. 12.

exigido entre as diferentes pretensões materiais dos titulares destes interesses individuais homogêneos.

Será de considerar que em causa estará uma homogeneidade meramente qualitativa e não quantitativa, já que, como referem Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis:

“a sua dimensão individual torna praticamente inevitável na generalidade das situações a existência de diferenças a esse nível, mas também porque essa disparidade de feição quantitativa é também indiferente para a intenção normativa de sujeitar a uma disciplina unitária o feixe dos interesses pertencentes à mesma categoria”²³.

Esse também tem sido o entendimento perfilhado pelos Tribunais superiores. Por exemplo, no caso *DECO v. Volkswagen AG et al*²⁴, considerou-se, como critério orientador, a possibilidade de “abstração do lastro de individualização”, ou seja, “o alheamento ou afastamento de algumas particularidades respeitantes a cada um dos seus titulares”²⁵. Simultaneamente, o facto de o demandado “poder utilizar fundamentos de defesa específicos contra alguns dos representados pelo autor” poderá servir de indício relativamente à ausência desta homogeneidade que justifica o recurso à tutela popular.

Por último, e como alguma doutrina tem vindo a sustentar, é de questionar a autonomia da categoria dos interesses difusos *stricto sensu*. Parece-nos defensável que esta categoria de interesses resulta apenas de um “fenómeno de retração do Estado (fenómeno que possui múltiplos fatores, como a crise de representatividade do Estado e a crise do Estado-Providência)”²⁶, justificando-se a consagração da ação popular pela necessidade de construção de um “mecanismo acrescido de tutela jurisdicional como forma de suprir a omissão dos poderes públicos na proteção de tais bens e a inexistência de interesses individuais violados que impulsionem um interesse em agir em sua defesa”²⁷. Efetivamente, inexistente qualquer vínculo jurídico entre os titulares do interesse difuso *stricto sensu* – “o vínculo que [os] une (...) é uma circunstância de facto”²⁸⁻²⁹.

²³ Silva & Reis, 2022, pp 12-13.

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de julho de 2023, Rel.: Ferreira Lopes, Processo n.º 26412/16.0T8LSB.L2.S1, disponível em www.dgsi.pt.

²⁵ No mesmo sentido, *vd.* Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de junho de 2024, Rel.: Maria do Céu Silva, Processo n.º 14454/23.3T8SNT.L1-8; de 26 de maio de 2022, Rel.: Jorge Leal, Processo n.º 26412/16.0T8LSB.L2-2; de 24 de outubro de 2023, Rel.: Ana Mónica Mendonça Pavão, Processo n.º 7692/20.2T8LSB.L2-7 e Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2023, Rel.: Maria da Graça Trigo, Processo n.º 8334/21.4T8VNG.S1; de 8 de setembro de 2016, Rel.: Oliveira Vasconcelos, Processo n.º 7617/15.7T8PRT.S1. Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁶ Teixeira de Sousa, 2003, p. 39.

²⁷ Marques, 2023, pp. 809-810.

²⁸ Marques, 2023, p. 810.

²⁹ De modo semelhante, *vd.* Gomes, 2008, pp. 251-252: “Trata-se, assim, em rigor, de uma noção puramente adjectiva, na sua intenção e no seu resultado. O interesse difuso é o suporte procedimental/processual de um *interesse de facto* realidade insuficientemente subjectivável para alcançar o patamar de direito subjectivo – que pressupõe a apropriabilidade individual de um bem -, mas suficientemente tutelada pelo Direito e relevante para a comunidade para lhe ser veiculada uma *armadura* procedimental e processual que não deixa a sua tutela exclusivamente entregue às entidades com atribuições na matéria, e ao Ministério Público

Já no caso dos interesses coletivos, estamos perante “grupos, classes ou categorias de pessoas ligadas entre si por um vínculo jurídico de base”³⁰. Uma vez que assentes num vínculo jurídico, existe um suporte substantivo que justifica a sua consagração, não sendo unicamente um direito processual, motivo pelo qual adquirem “valia ou autonomia científica”³¹.

Aqui chegados, uma questão se suscita: será que a ação popular, primordialmente designada para a prossecução de interesses difusos em sentido estrito, também pode ter por objeto a tutela de interesses coletivos e respetivos interesses individuais homogêneos, na qual se insere a ação reparatória, tendente à obtenção de uma indemnização pelos danos provocados aos consumidores? Ou será este o meio por excelência de tutela dos interesses difusos *stricto sensu*, sendo a introdução dos direitos dos consumidores no texto constitucional uma incorreta recondução por parte do legislador constitucional a uma estrutura processual que não é aquela para a qual foi talhada?

4. A ação coletiva para tutela dos interesses do consumidor e a sua incorreta recondução ao regime da LAP

O facto de a CRP subsumir, desde 1997, a tutela dos interesses coletivos dos consumidores à estrutura da ação popular não permite concluir que estamos perante ações de todo em todo idênticas³².

No contexto jurisprudencial, tem-se vindo a admitir que a ação popular poderá servir a realização dos interesses coletivos e dos respetivos interesses individuais homogêneos, apenas na estrita medida em que se reflitam, simultaneamente, numa dimensão transindividual, que assuma particular relevância social. Por outras palavras,

“É indispensável que, considerados no seu conjunto, esses interesses assumam uma importância de ordem pública que exceda a mera soma ou agregação de um conjunto de interesses individuais pertencentes a uma mesma classe e que, ao mesmo

enquanto defensor da legalidade objectiva. (...) Falar em **interesses difusos** significa, portanto, enunciar uma **fórmula de consequências puramente adjectivas**, filiada numa **realidade substantiva** que corresponde a **interesses de facto**, e materializada num **mecanismo de extensão da legitimidade processual** que equivale à **legitimidade popular**. Por outras palavras, e pela negativa, o recurso à construção teórica do interesse difuso só ganha relevo perante a impossibilidade de, através da figura da legitimidade individual para a defesa de direitos subjectivos, almejar a tutela de uma situação que transborda o limiar da protecção subjectiva directa e pessoal”.

³⁰ Martins, 1999, p. 22.

³¹ Marques, 2023, p. 810.

³² Vd. Gomes, 2008, p. 254: “Na verdade, aquilo a que hoje chamamos de acção popular é um misto de realidades de cariz processual reunidas sob a égide de um mesmo regime, mas referentes a situações de diversa estrutura e natureza”.

tempo, sejam partilhados de forma homogénea e uniforme pelos membros da classe representada”³³.

Daqui se extrai que a figura da ação popular não pode ser pensada sem essa dimensão pública, relacionada com a importância axiológico-material dos bens jurídicos que se propõe a proteger. Por conseguinte, a tutela dos consumidores através da estrutura da ação popular apenas nos afigura viável quando, para além da proteção dos sujeitos que hajam sido concretamente prejudicados por uma determinada atuação, também estejam implicados interesses transindividuais, como sejam o consumo em geral e o bom funcionamento do mercado.

Ora, na maioria dos casos, é comum estar-se apenas perante interesses egoístas, sem que estes atinjam uma dimensão de ordem pública. Segundo Paula Costa e Silva “se todos os consumidores podem ser tutelados através das ações populares, nem todas as ações para tutela dos consumidores são ações populares – podem ser apenas ações coletivas”³⁴.

Parece-nos tão-só que a opção de recondução do legislador constituinte da tutela do consumidor ao regime da ação popular terá tido origem no simples facto de inexistir outro instrumento, no ordenamento jurídico nacional, que permitisse a eficaz prossecução destes interesses comuns a uma classe de pessoas³⁵.

No entanto, existem especificidades na LAP que parecem ter sido concebidas para a tutela de interesses difusos *stricto sensu* e que não parecem adequar-se totalmente quando estão implicados apenas interesses coletivos, já que estes últimos obedecem, como vimos, a outro tipo de finalidades, bastante mais egoístas.

Um exemplo disto é a atribuição de legitimidade processual ativa, no art. 2.º, n.º 1 LAP, a “quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos (...), independentemente de terem ou não interesse direto na demanda”³⁶. Esta tem sido uma questão que tem suscitado bastante controvérsia quando transposta para o âmbito dos interesses coletivos³⁷.

Obviamente, fará sentido atribuir legitimidade a qualquer cidadão quando estejam em causa interesses difusos que lhe permitirão, “ainda que de forma reflexa, o

³³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de março de 2024, Rel.: Nuno Ataíde das Neves, Processo n.º 30755/22.STBLSB.S1. Disponível em www.dgsi.pt.

³⁴ Ideia avançada por Paula Costa e Silva no Colóquio de Direito Civil, Comercial e Processo Civil, promovido pelo STJ, nos dias 23 e 24 de outubro de 2024.

³⁵ Silva & Reis, 2022, p. 11.

³⁶ Como se explica no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Novembro de 2016, Rel.: Alexandre Reis, Processo n.º 135/14.2T8MDL.G1.S1, nestes casos, “a lei permite que qualquer pessoa defenda interesses ou bens protegidos que não são apenas seus, mas de todos os neles interessados, pelo que o específico interesse processual do autor popular não é conexionado à existência de uma conexão substantiva entre o mesmo, individualmente considerado, e o bem tutelado, antes é originário, porque baseado na lei e radicado no direito fundamental dos cidadãos a participação na condução de assuntos públicos”.

³⁷ Neste sentido, vd. Marques, 2023, pp. 819-820.

aproveitamento de certo tipo de benefícios materiais ou morais associados ao bem público em causa”³⁸. Porém, no caso dos interesses coletivos, já será mais controverso reconhecer essa legitimidade a um cidadão que não tenha qualquer conexão substantiva com o bem em causa.

Aliás, permitir que qualquer pessoa, ainda que sem interesse direto na demanda, intente uma ação para prossecução de interesses coletivos alheios, sem a perspetiva de extrair qualquer tipo de benefício oriundo da procedência da ação, poderá ocasionar uma conduta processual descuidada por parte do autor, conduzindo ao proferimento de uma sentença que vinculará todos os interessados que não tenham exercido o seu direito de autoexclusão (previsto no art. 15.º LAP) e sem que tenham tido a oportunidade de fazer valer as respetivas pretensões em juízo³⁹.

Outro exemplo é o regime especial de preparos e custas para o autor popular, contemplado no art. 20.º LAP, que será mais pertinente quando diga respeito a uma atuação altruísta, para benefício da comunidade em geral, do que quando esta diga respeito à prossecução de um interesse egoísta⁴⁰. Caso contrário, a isenção de preparos e custas judiciais poderá propiciar utilizações abusivas do direito de ação⁴¹.

Enfim, o principal problema que parece presidir a grande parte das questões suscitadas ao nível da determinação da legitimidade processual ativa neste tipo de ações é a crença generalizada de que o regime a aplicar a estas duas realidades – *i. e.*, a tutela popular (destinada à prossecução de interesses difusos em sentido estrito) e a tutela coletiva (destinada à prossecução de interesses coletivos) – terá de ser unitário, quando, na verdade, se está perante duas figuras distintas, pelo que caberá ao intérprete-aplicador a tarefa de extrair uma espécie de duplo regime a partir desta aparente unicidade, sempre obedecendo ao comando constitucional vertido no art. 52.º, n.º 3, que, naturalmente, prevalece sobre a lei ordinária^{42,43}.

³⁸ Silva & Reis, 2022, p. 13.

³⁹ Esta é uma questão que tem sido bastante debatida e que se prende com o controlo da *adequacy of representation*, como, aliás, já é prática no Direito norte-americano, onde, não havendo uma atribuição prévia (*ope legis*) de legitimidade ao *representative plaintiff*, se realiza, então, uma averiguação *ad hoc* acerca da capacidade desse para proteger de forma justa e conveniente os interesses do grupo (*adequacy of representation*). Apesar de o regime da nossa LAP se inspirar nas *class actions* norte-americanas, este método de designação não foi transplantado para a nossa ordem jurídica, o que levanta alguns problemas. Note-se que, tendo qualquer cidadão isolado, automaticamente, legitimidade para instaurar uma ação popular, reforça-se, naturalmente e em contrapartida, o papel do juiz e do MP no controlo desse exercício. Cfr. Martins, 1999, p. 34.

⁴⁰ Ideia avançada por Paula Costa e Silva no Colóquio de Direito Civil, Comercial e Processo Civil, promovido pelo STJ, nos dias 23 e 24 de outubro de 2024.

⁴¹ Ressalvando-se sempre a possibilidade de indeferimento liminar do pedido perante a manifesta improbabilidade de procedência do pedido, prevista no art. 13.º LAP, ou, até, a condenação do demandante como litigante de má-fé, nos termos do art. 456.º CPC, cfr. Teixeira de Sousa, 2003, p. 255.

⁴² Silva & Reis, 2022, p. 13.

⁴³ Embora criticável, parece ser esta a solução pretendida pelo legislador português, com a criação de um regime duplo. Como realça Miguel Teixeira de Sousa em “A transposição da Diret. 2020/1828 pelo DL 114-A/2023, de 5/12: dúvidas e perplexidades”, [Em linha]: “o legislador português poderia ter aproveitado a transposição da Diretiva 2020/1828 para reformular o regime da Lei n.º 83/95. Ao invés,

Assim, e no que concerne à determinação da legitimidade processual ativa no caso das ações coletivas para tutela do consumidor, quando estejam em causa os interesses coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, consideramos despidendo recorrer às regras da LAP, pois existe, no nosso ordenamento jurídico, um diploma especificamente designado para este efeito, que é o DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro, que transpõe a Diretiva (UE) 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a ações coletivas para proteção dos interesses dos consumidores⁴⁴⁻⁴⁵.

Desprendemo-nos, portanto, de uma ideia, em parte veiculada pelo legislador constituinte, que reconduzia qualquer ação que implicasse os bens em causa ao regime da ação popular. Nestas matérias, apenas será de recorrer ao regime da ação popular em relação ao que não se encontre especificamente previsto nesse diploma, conforme se dispõe no art. 21.º do DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro.

Aliás, será esse DL que permitirá de forma mais eficaz atender ao desiderato do acesso efetivo dos consumidores à justiça, que tem vindo a adquirir renovada preponderância ao nível comunitário e nacional, perante a verificação de que as relações de consumo não se desenvolvem entre sujeitos iguais, mas antes que os consumidores se encontram numa posição de particular vulnerabilidade, pelo que “não pode bastar-se com a tutela oferecida pela garantia geral de acesso aos tribunais, exigindo antes vias mais abertas, mais simples, no acesso e com formas de justa composição dos conflitos”⁴⁶.

Nesta senda, o DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro, no seu art. 5.º, atribui legitimidade apenas às “associações e fundações, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda” e às “autarquias locais”⁴⁷.

Vejamos, então, quais são as questões particulares que têm emergido, ou poderão emergir, da atribuição de legitimidade às associações e fundações defensoras de interesses dos consumidores.

optou por criar dois regimes: um para a defesa dos interesses dos consumidores e outro para a defesa dos interesses difusos”.

⁴⁴ Ideia avançada por Paula Costa e Silva no Colóquio de Direito Civil, Comercial e Processo Civil, promovido pelo STJ, nos dias 23 e 24 de outubro de 2024.

⁴⁵ Este diploma será aplicado quando em causa estejam infrações em vários domínios, como sejam a proteção de dados, os serviços financeiros, as viagens e o turismo, a energia e as telecomunicações, conforme consta do Anexo I.

⁴⁶ Nabais, 2010, p. 495.

⁴⁷ Será, novamente, criticável, este duplo sistema estabelecido pelo legislador. Pense-se que, uma vez que a CRP atribui legitimidade a “todos”, o DL n.º 114-A/2023 não lhes pode retirar legitimidade, pelo que, se um cidadão isolado instaurar uma ação popular para defesa dos interesses dos consumidores, apenas se poderá aplicar a Lei n.º 83/95 e já não o DL n.º 114-A/2023. Miguel Teixeira de Sousa, “A transposição da Diretiva 2020/1828...”, *cit.*, p. 6 Acrescente-se que, na hipótese de propositura da ação popular por um cidadão isolado, tal apenas será admissível, na medida em que exista o tal interesse transindividual que a justifique, como a proteção do consumo em geral. Se estiver em causa apenas uma ação coletiva, o cidadão será parte ilegítima.

Capítulo III – A legitimidade processual ativa

1. O conceito legal de legitimidade processual

O estudo da legitimidade processual pressupõe uma clarificação relativamente à noção de partes processuais.

Naturalmente, serão considerados partes os sujeitos que intervêm no processo, estabelecendo-se, entre estes, uma relação processual. Por sua vez, esta relação processual desenrolar-se-á, tipicamente, entre dois polos: o polo ativo, que corresponde ao Autor; e o polo passivo, que respeita ao réu.

Frequentemente se esgrimem duas conceções quanto ao conceito de partes processuais. Por um lado, uma conceção formal, segundo a qual será parte no processo quem nele figurar, conforme o que se dispuser na petição inicial; e, por outro lado, uma conceção substancial, nos termos da qual serão parte no processo os sujeitos da relação jurídica substancial que é objeto no litígio.

Atualmente, é amplamente consensual que a relação processual se estabelece independentemente da existência da relação material. No fundo, a qualidade de parte terá apenas que ver com a posição que se ocupa no processo – serão partes aquele que intenta a ação e aquele contra quem a ação é intentada⁴⁸.

Questão diversa, e porventura mais complexa, será: estabelecida que esteja a relação processual e determinadas que estejam as partes processuais, que partes serão legítimas? Será apenas neste segundo momento que o tribunal irá descortinar o conceito de legitimidade processual.

No nosso processo civil, a legitimidade processual revela-se como um pressuposto processual⁴⁹, cujo preenchimento passa pelo apuramento da relação das partes com o objeto do pleito. Visa-se, desta forma, salvaguardar a eficácia da decisão, pois esta apenas poderá produzir o seu efeito útil se puder vincular os titulares dos direitos subjetivos sob apreciação. Por isso, procura-se, com a consagração da legitimidade processual, “assegurar que são partes processuais os sujeitos a que se destinam os efeitos da sentença, despacho, providência cautelar ou execução”⁵⁰. Caso contrário, a prolação de uma decisão consubstanciaria um injustificado dispêndio de atividade e recursos por parte do Tribunal.

⁴⁸ Sousa, 2022, p. 16.

⁴⁹ Entende-se por pressuposto processual um conjunto de requisitos de ordem formal ou processual que cumprem estar verificados para que o tribunal possa pronunciar-se sobre o mérito da causa. A exigência legal desses requisitos ou condições destina-se a garantir a idoneidade e a utilidade da decisão da causa. *Vd.* Ferreira de Almeida, 2019, p. 391.

⁵⁰ Pinto, 2018, p. 112.

Em bom rigor, considera-se legítimo autor o titular do direito subjetivo sobre o qual assenta a relação processual e legítimo réu a pessoa cuja esfera jurídica será atingida perante a procedência da ação, *i. e.*, o sujeito da obrigação.

Neste sentido, o CPC, no art. 30.º, n.º 1, apela ao critério do interesse direto (e não reflexo ou indireto) na determinação da legitimidade processual: “o autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse direto em contradizer”.

Nos números subsequentes, o legislador procura concretizar o conceito de “interesse direto”, sendo que, no n.º 2, prevê um critério prático, que se prende com a utilidade ou prejuízo derivados da procedência da ação. Requer-se, portanto, um juízo de prognose que permita perceber, em face da petição inicial, se a esfera jurídica da parte é ou não indiferente à procedência da ação⁵¹.

Por fim, no n.º 3, consagra-se um critério supletivo, segundo o qual “são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor”.

Com a introdução deste número no texto da lei, cessa a histórica querela, que opunha Alberto dos Reis a Barbosa de Magalhães quanto ao conteúdo e alcance do conceito de legitimidade processual. Discutia-se, à época, se, para o preenchimento deste pressuposto processual, seria necessária a subsequente produção de prova ou se bastaria o juiz com os factos apresentados pelo autor na petição inicial. Por outras palavras, deveria o juiz atender à efetiva existência da relação jurídica material (conceção objetivista) ou, pelo contrário, deveria partir do pressuposto de que tal relação existe, debruçando-se apenas sobre a versão dos factos trazida aos autos nos articulados iniciais (conceção subjetivista)⁵²?

É à segunda tese que a lei vem aderir, pelo que, hoje, é ponto assente que a apreciação da legitimidade processual se efetua *in status assertionis*⁵³.

Relativamente à efetiva existência da relação material controvertida, esta questão já se prenderá com a legitimidade substantiva ou legitimação, que, por sua vez, contenderá com o mérito da decisão, devendo ser averiguada pelo juiz em momento posterior à determinação da legitimidade processual das partes.

⁵¹ Pinto, 2018, p. 113.

⁵² *Vd.* Teixeira de Sousa, p. 73. O autor resume esta divergência doutrinal “à relevância ou irrelevância da impugnação do réu para essa aferição – nas teses que exigem a efetiva titularidade da situação subjetiva pelas partes, a legitimidade é apreciada pela posição das partes não só perante o objeto definido pelo autor, mas também pela defesa deduzida pelo réu de modo que a alegação e a prova pelo réu de que não é titular da situação subjetiva implica a ilegitimidade da parte – nas teses que requerem apenas a alegada titularidade da situação subjetiva das partes, a legitimidade é apreciada somente pela posição das partes perante o objeto delimitado pelo autor, pelo que a alegação e prova pelo réu de que não é titular da situação subjetiva determina a improcedência da ação, mas não a ilegitimidade da parte”.

⁵³ Sousa, 2022, p. 44.

Do exposto se compreenderá que as situações de ilegitimidade singular ocorrerão apenas no grupo circunscrito e puramente acadêmico⁵⁴ de casos em que se verifique divergência entre as pessoas identificadas pelo demandante como titulares da relação material controvertida e as pessoas que efetivamente figuram na lide⁵⁵. Embora teoricamente plausível, na prática, uma situação com estas feições apenas poderia resultar de uma flagrante desatenção da parte do autor⁵⁶⁻⁵⁷.

Surgem, por isso, na doutrina algumas vozes defensoras da dispensabilidade da legitimidade processual enquanto pressuposto processual, especialmente no âmbito da legitimidade singular. Neste sentido se pronunciou Miguel Teixeira de Sousa. Segundo este autor, a consagração do pressuposto processual da legitimidade singular é redundante em face da apreciação do mérito, porquanto

“A existência simultânea de um valor de admissibilidade pela legitimidade da parte e de um valor de procedência pela não fundamentação da ação conduz à necessidade da pressuposição de uma titularidade cuja única função é permitir a negação dessa mesma titularidade”⁵⁸.

Subscrevemos, assim, o entendimento de Paula Costa e Silva ao afirmar que, nesta formulação, o legislador se limita a estabelecer uma conexão puramente objetiva entre os sujeitos e o objeto da ação, acabando por não surtir qualquer efeito útil. Enfim, segundo a autora, a consagração deste pressuposto advém “da necessidade de justificar, não as situações em que litigam os titulares da relação material, mas aquelas em que estão em juízo os alegados não titulares da relação”⁵⁹. É o que acontece nos casos de legitimidade indireta ou quando em causa esteja a tutela de interesses difusos e coletivos⁶⁰.

Sendo a este último grupo de casos que nos vamos cingir, e pressupondo a legitimidade processual a titularidade (ainda que meramente aparente) da relação material controvertida, facilmente se depreende que a atribuição de legitimidade a associações e fundações defensoras dos interesses dos consumidores distorce esta configuração tradicional da legitimidade processual, já que estas entidades surgem em juízo em defesa de uma pretensão da qual não são titulares. Será este fenómeno admissível?

⁵⁴ Silva, 1992. 158.

⁵⁵ V. g., A arroga-se de um direito subjetivo perante B, que pretende fazer valer em juízo perante C.

⁵⁶ Santos Silva, 2002, p. 76.

⁵⁷ Se isto que acabámos de afirmar é válido para a ilegitimidade singular, diferentes considerações podemos tecer a propósito da ilegitimidade plural: é muito fácil conceber uma situação de litisconsórcio necessário (art. 33.º CPC) onde não constam da petição inicial todos os interessados na relação material controvertida.

⁵⁸ Miguel Teixeira de Sousa, “Observações críticas ...”, *cit.*, p. 77.

⁵⁹ Silva, 1992. p. 158.

⁶⁰ Lebre de Freitas & Alexandre, 2018, p. 92.

2. A legitimidade popular como desvio ao esquema clássico da legitimidade processual

Torna-se necessário estabelecer uma definição do pressuposto processual da legitimidade processual, distinta da titularidade da relação material controvertida, que permita abranger as situações em que a titularidade da legitimidade substantiva e da legitimidade processual não coincidem. Como se justifica que uma parte, que não é titular da relação material controvertida, possa procurar obter uma tutela favorável em juízo⁶¹?

Embora, nos termos n.º 3 do art. 30.º CPC, o critério primário para a concessão de legitimidade resida na titularidade da relação material controvertida, entendemos que terá sido o desígnio do legislador estabelecer, nesse preceito, um critério meramente subsidiário, aplicável apenas no caso de omissão legal de outro critério.

Isto que acabamos de afirmar resulta evidente da própria redação da lei, uma vez que, nesse artigo, se ressalva o núcleo de situações, casuisticamente aferidas, em que a lei admita esse desfasamento entre a titularidade da situação subjetiva e a presença em juízo (“na falta de indicação da lei em contrário”).

Será, portanto, a lei a definir, em primeira linha, quem são as partes legítimas para intentar a ação. Alguns exemplos desse reconhecimento pela lei de um interesse na tutela que não coincide com a titularidade de um direito subjetivo serão a legitimidade para intentar a ação de anulação fundada em impedimento dirimente (art. 1639.º, n.º 1 CC) ou a legitimidade para arguir a nulidade do título constitutivo de propriedade horizontal (art. 1416.º CC)⁶².

Similarmente, no art. 31.º CPC, atribui-se, inequivocamente, “legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares destinados à (...) proteção do consumo de bens e serviços” às associações e fundações defensoras dos interesses em causa.

⁶¹ Sousa, 2023, p. 5.

⁶² Sousa, 2023, p. 52.

3. Natureza dogmática do direito de ação popular concedido às associações e fundações defensoras dos interesses dos consumidores

Tem sido comumente debatido na doutrina qual a natureza deste direito de ação popular concedido às associações e fundações defensoras dos interesses dos consumidores.

Por um lado, há quem considere que estará em causa uma situação de representação processual. Desde logo, tal posição encontraria cabimento no texto da LAP, que estatui, no art. 14.^o, que o autor “*representa*, por iniciativa própria (...) todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa”⁶³.

No entanto, e como evidenciam Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis, é de duvidar do rigor dogmático da expressão da lei⁶⁴. A utilização do termo “representa” deverá ser entendida no sentido político ou sociológico⁶⁵ da palavra, e não no sentido técnico-jurídico, enquanto alusão ao fenómeno da representação processual.

Isto porque, na ação popular, apesar de a associação de consumidores atuar em defesa de uma pretensão da qual não é titular, esta atua pessoalmente e em nome próprio — é ela a parte processual, no sentido formal do termo. Por isso mesmo, será a associação o ponto de referência de todos os efeitos atinentes à relação processual (direitos, deveres, ónus e expectativas processuais), e não os consumidores. Diferentemente, na representação processual, o representante não litiga em nome próprio, mas sim em nome e no interesse dos representados, esses sim, partes processuais⁶⁶.

Quanto à doutrina da substituição processual, esta figura apresenta maiores proximidades com a realidade que analisamos. Na substituição processual, o autor age em nome próprio, em defesa de um direito alheio. Na sua esfera jurídica, produzir-se-ão apenas os efeitos processuais conexionados com a relação adjetiva, ao passo que os efeitos materiais estender-se-ão aos titulares da relação material controvertida⁶⁷. Parafraseando José Lebre de Freitas, “dada a conexão existente entre o interesse principal de um terceiro relativamente ao processo e o interesse dependente da parte, é esta admitida a litigar em nome próprio, mas por conta do terceiro, ainda que reflexamente também no seu próprio interesse”⁶⁸. É o que acontece, sem pretensão de

⁶³ Itálico nosso.

⁶⁴ Silva & Reis, 2022, p. 31.

⁶⁵ Marques, 2023, p. 821.

⁶⁶ Silva, 1994, p. 881.

⁶⁷ Silva & Reis, 2022, p. 31.

⁶⁸ Lebre de Freitas, 1998, p. 799.

exaustividade, na ação sub-rogatória ou na transmissão da coisa ou direito litigioso sem habilitação.

Igualmente, na ação coletiva, apesar de o interesse radicar nos consumidores, será a associação a responsável pela prossecução desse interesse em juízo. Todavia, para que possamos concluir estar na presença de um fenómeno de substituição processual, teremos de conferir se estarão verificados os apertados pressupostos tipicamente apontados para a sua admissibilidade: a existência de uma razão justificadora da intervenção do substituto; a vigência de um título legitimador da atuação de um terceiro sobre os interesses do substituído; e, por fim, que o substituto tenha um interesse juridicamente relevante na condução do processo em nome próprio⁶⁹.

Quanto ao primeiro pressuposto, remetemos para o ponto 1 do capítulo II do presente texto, onde já tivemos oportunidade de enunciar as razões justificativas da tutela coletiva. Também o segundo pressuposto se revela de simples preenchimento, pois a legislação vigente confere o título de legitimação necessário a estas entidades, seja por via do art. 3.º LAP, seja por via do art. 6.º do DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro.

Mais espinhoso nos apresenta o preenchimento do terceiro pressuposto. O interesse juridicamente relevante na condução do processo em nome próprio aprecia-se em função da “repercussão que o caso julgado formado na ação possa ter sobre a situação do substituto, repercussão que nunca seria alcançada se este figurasse na instância como simples representante”⁷⁰.

Ora, *prima facie*, poder-se-á entender que, nas ações coletivas, a associação de consumidores não possuirá um interesse juridicamente relevante no processo, medido através das vantagens ou benefícios advindos da procedência da ação, uma vez que o direito à indemnização que daí emerge pertencerá, nestas situações, aos consumidores lesados, e não à associação. Esta ideia encontra sustento na letra do art. 2.º LAP e no art. 5.º do D. L. n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro, que atribuem legitimidade a estes entes, “independentemente de terem ou não interesse direto na demanda”.

Ainda assim, este argumento não colhe, uma vez que a ausência de um interesse direto na demanda não significa que não exista algum interesse de outra ordem que devamos considerar. Sendo o escopo da associação normalmente definido no respetivo objeto social a defesa dos interesses dos consumidores, nomeadamente, através da propositura de ações coletivas, será, justamente, através desses comportamentos que a associação realizará o seu interesse, projetando-se “na ordem social como ente jurídico independente dos seus associados” e enquanto “projeto humano coletivo”⁷¹.

⁶⁹ Silva & Reis, 2022, p. 32.

⁷⁰ Silva, 1994, p. 886.

⁷¹ Silva & Reis, 2022, p. 36.

No entanto, este interesse da associação não será totalmente coincidente com o interesse dos consumidores concretamente visados, mas sim com o interesse da coletividade enquanto tal. No fundo, “o âmbito da associação é sempre maior do que a soma dos interesses de cada um dos membros do grupo que representa”⁷². Por isso, pelo menos em parte, a associação está a requerer tutela para situações jurídicas que excedem as dos substituídos.

Em suma, inexistindo uma total e completa correspondência entre a soma dos interesses dos consumidores e o interesse prosseguido pela associação de consumidores através da ação coletiva, não nos parece que se possa falar de uma substituição processual pura, apesar das notórias proximidades com essa realidade.

Além disso, e segundo os argumentos avançados por Miguel Teixeira de Sousa, no fenómeno da substituição processual, esta “não é necessariamente exercida no interesse dos substituídos, e, portanto, faz sobressair a posição do substituto processual”, motivo pelo qual o autor considera que esta configuração da posição do autor popular, “que posterga para uma posição secundária os titulares do interesse difuso” é inadmissível⁷³.

Também nota este autor que, ao nível do caso julgado, uma vez que a substituição processual tem como corolário a produção de caso julgado sobre o terceiro substituído (*in casu*, todos os consumidores lesados que não tenham exercido o seu direito de autoexclusão), uma construção que reconduzisse a legitimidade popular ao fenómeno de substituição processual não permitiria explicar a solução do art. 19.º, n.º 1 LAP, no qual se consagra a possibilidade de o caso julgado não vincular os titulares do interesse difuso nas hipóteses de improcedência do pedido por insuficiência de provas ou quando o julgador assim deva decidir, devido a motivações próprias do caso concreto (caso julgado *secundum eventum litis*)⁷⁴.

Enfim, parece-nos tão-só, e subscrevendo o posicionamento de José Lebre de Freitas que a tentativa de subsumir a legitimidade às figuras da representação e substituição processual terá a sua origem numa “visão individualista do direito, que nada consegue conceber fora do campo da relação jurídica e das situações subjetivas”⁷⁵. Enfim, consideramos estar perante aquilo que este autor denomina de “legitimidade originária específica”, um *tertium genus*, com laivos de legitimidade direta e de substituição processual⁷⁶.

⁷² Silva & Reis, 2022, p. 38.

⁷³ Teixeira de Sousa, 2003, p. 225.

⁷⁴ Teixeira de Sousa, 2003, p. 225.

⁷⁵ Lebre de Freitas, 2003, p. 18.

⁷⁶ Silva & Reis, 2022, p. 39.

Capítulo IV – Critérios aferidores da legitimidade das associações e fundações à luz do DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro

1. Requisitos legais

A atribuição de legitimidade popular a associações e fundações que não são titulares das pretensões materiais sobre as quais incide a discussão, justifica, em contrapartida, o estabelecimento de requisitos legais que permitam garantir a adequada representação institucional dos consumidores na ação, assegurando, assim, que a sua posição não seja prejudicada.

Esta não será a única forma de sindicância do exercício da atividade destas entidades, existindo outros mecanismos que permitem um controlo *a posteriori* da sua conduta processual. Trata-se, antes, de uma série de garantias prévias, que poderão servir de indícios quanto à idoneidade destas entidades para a tutela dos interesses que lhes incumbe proteger⁷⁷.

No entanto, a doutrina não tem poupado críticas ao legislador português, que, aquando da transposição da Diretiva (UE) 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho, concebeu duas formas diferentes de atribuição de legitimidade para a propositura de ações coletivas, consoante esteja em causa uma ação coletiva transfronteiriça⁷⁸ ou nacional. As primeiras estarão sujeitas a um crivo mais exigente, que passará por um procedimento administrativo de designação como entidade qualificada, realizado pela Direcção-Geral do Consumidor (art. 7.º DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro). Pelo contrário, as entidades que pretendam apenas intentar ações nacionais, estarão sujeitas apenas aos parâmetros do art. 6.º DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro⁷⁹.

Com efeito, e conforme se dispõe no art. 6.º, não será a qualquer associação ou fundação defensora dos interesses dos consumidores que será atribuída legitimidade popular, mas àquelas que cumpram, cumulativamente, os seguintes requisitos legais: (a) a personalidade jurídica; (b) a inclusão expressa, nas suas atribuições e objetivos estatutários da defesa dos interesses em causa no tipo de ação que se trate; (c) o não exercício de qualquer tipo de atividade concorrente com empresas ou profissionais

⁷⁷ Este modelo afasta-se do modelo das *class actions* norte-americanas, onde vigora um regime *ad hoc* de designação das entidades qualificadas para a propositura de ações coletivas, ou seja, não há lugar a qualquer tipo de designação prévia, sendo que a sua capacidade de representação será aferida pelo juiz, consoante este entenda que a entidade em causa é dotada desses atributos.

⁷⁸ Uma ação coletiva transfronteiriça consiste na possibilidade de entidades qualificadas designadas por outros Estados-Membros interporem ações coletivas transfronteiriças juntos dos tribunais nacionais.

⁷⁹ Para maiores desenvolvimentos, *vd.* Miguel Teixeira de Sousa, “A transposição...”, *cit.*, pp. 8-13.

liberais e (d) a independência e ausência de influência de pessoas que não sejam consumidores.

Com o estabelecimento deste leque minimalista de requisitos a serem observados pelas associações e fundações, podemos inferir que o legislador terá pretendido operar um alargamento da legitimidade popular no âmbito das ações coletivas nacionais, maximizando a abrangência das entidades legitimadas e assegurando, desta feita, uma maior e mais efetiva proteção dos interesses visados⁸⁰.

1.1. Personalidade jurídica

O art. 158.º, n.º 1 CC estipula que “as associações constituídas por escritura pública ou por outro meio legalmente admitido, que contenham as especificações previstas no n.º 1 do artigo 167.º, gozam de personalidade jurídica”. Assenta, por isso, a constituição destas pessoas coletivas num simples reconhecimento normativo dispensando-se, como se pode ver, qualquer tipo de reconhecimento por parte de uma autoridade pública⁸¹. Já a personalidade jurídica das fundações depende, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, do “reconhecimento, o qual é individual e da competência da autoridade administrativa”.

Discute-se, neste âmbito, se bastará às associações e fundações de consumidores, desde o momento em que são constituídas, a mera personalidade jurídica, ou se será necessária a verificação de alguns requisitos suplementares, no que concerne ao seu substrato pessoal ou material, como sejam o cumprimento de um tempo mínimo de atividade, ou o preenchimento de um número mínimo de associados⁸².

Estas pretensas exigências não são desprovidas de fundamento, uma vez que já podemos encontrar positivações das mesmas em alguns diplomas normativos.

Nas alíneas b) e c) do art. 32.º CVM, exige-se, no âmbito da ação popular para proteção dos interesses coletivos e individuais homogêneos dos investidores em instrumentos financeiros, que as associações de defesa dos investidores “contem entre os seus associados pelo menos 100 pessoas singulares que não sejam investidores profissionais” e “exerçam atividade efetiva há mais de um ano”.

Também no DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro, no seu art. 7.º, n.º 1, al. a), se exige que a entidade nacional que pretenda ser designada como entidade qualificada para efeitos de propositura de ações coletivas transfronteiriças noutros Estados-Membros deva “demonstrar que exerceu doze meses de atividade pública efetiva na proteção dos interesses dos consumidores previamente ao seu pedido de designação”.

⁸⁰ Teixeira de Sousa, 2003, p. 179.

⁸¹ É este um corolário da liberdade de associação, consagrada no art. 46.º, n.º 1 CRP. *Vd.* Teixeira de Sousa, 2003, p. 182.

⁸² Sousa Antunes, p. 16.

Subjacentes à consagração generalizada, *de jure constituendo*, destes requisitos adicionais estariam motivações relacionadas com a coerência do sistema e uma melhor representação dos consumidores, já que se poderá entender que uma associação que reúna estas características poderá ser mais competente para a prossecução em juízo dos interesses lesados – por um lado, por ter sujeitado a sua atividade a uma espécie de “período de prova”⁸³; e, por outro lado, devido ao preenchimento de um valor mínimo de representatividade dos consumidores.

Importa arredar os argumentos *supra* expostos, tarefa à qual nos ateremos doravante, dado que é nosso entendimento que não será de exigir, no âmbito das ações coletivas nacionais para tutela do consumidor, a observância de qualquer requisito adicional, para além dos expressamente consagrados na lei.

Entendemos que a consagração destas condições naqueles diplomas não poderá ser reconduzida a uma tentativa de estabelecer um regime geral, aplicável à generalidade das ações coletivas, mas, antes pelo contrário, ao estabelecimento de regras especiais, em virtude das especificidades técnicas desses domínios, que reclamam um recorte mais exigente e restritivo das entidades legitimadas à prossecução dos interesses em juízo. Ora, quando a lei nada dispõe, entender-se-á que, intencionalmente, se optou pela sua não imposição.

Por outro lado, parece-nos falaciosa a ideia segundo a qual estes critérios diretamente implicam com o modo de exercício da atividade da associação, ou seja, não nos parece que seja através do tempo de atividade ou pelo preenchimento de um determinado número de associados que se conseguirá assegurar esta aspiração a uma adequada atuação em juízo por parte da associação de consumidores, tendente a obter os resultados mais vantajosos para os consumidores lesados.

Como incisivamente denotam Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis, o regime da ação popular já se encontra apetrechado de figuras que permitem, de uma forma mais consequente, assegurar esta tutela preventiva dos interesses dos consumidores. Referimo-nos à possibilidade de indeferimento liminar da petição inicial em caso de manifesta improcedência do pedido formulado (art. 13.º LAP), da intervenção do MP no caso de o autor praticar no processo atos lesivos dos interesses em causa (art. 16.º LAP) ou da limitação do efeito do caso julgado em caso de improcedência do pedido por insuficiência de prova ou por decisão do juiz fundada em motivações próprias do caso concreto (art. 19.º n.º 1 LAP)⁸⁴.

⁸³ Silva & Reis, 2022, p. 47.

⁸⁴ Silva & Reis, 2022, pp. 47-48.

Aliás, mesmo que fosse de exigir o cumprimento desses requisitos, eles seriam sanáveis na pendência da causa, admitindo o ordenamento jurídico a legitimação subsequente, mediante a entrada de associados ou pelo decurso do tempo (art. 6.º, n.º 2 CPC)⁸⁵. O entendimento contrário apenas surtiria um efeito prejudicial para os interesses dos consumidores, não sendo de considerar admissível a absolvição da instância com base na falta de preenchimento de um pressuposto, que, entretanto, teria sido sanado. Com efeito, “o juiz já disporia dos mesmos meios para avaliar a conformidade do objeto social real com a finalidade protetora dos consumidores que teria tido se o requisito estivesse *ab initio* preenchido”⁸⁶.

Enfim, não só devemos considerar desnecessária a exigência do preenchimento destes dois requisitos, como também cremos que semelhante entendimento estaria ferido de inconstitucionalidade, por consubstanciar uma restrição dos direitos fundamentais de acesso à Justiça (art. 20.º, n.º 1 CRP) e de ação popular (art. 52.º, n.º 3 CRP), que não obedece aos pressupostos do art. 18.º CRP, relativos à necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. De facto, não se vislumbra qualquer outro interesse constitucionalmente consagrado que pudesse justificar a criação de tamanhos entraves no acesso à justiça dos consumidores, através da imposição de um número mínimo de associados ou de um tempo mínimo em atividade⁸⁷.

A jurisprudência também tem vindo a corroborar a nossa posição. A título de exemplo, no Acórdão de 7 de outubro de 2024, no âmbito de uma ação instaurada em defesa dos consumidores de um determinado tipo de combustível, devido a uma prática comercial desleal e restritiva da concorrência e publicidade enganosa, entendeu o TRP que “não se encontrando estatuído na LDC, nem na LAP qualquer outro requisito condicionador da legitimidade, não pode o aplicador da lei impô-lo”⁸⁸.

Para além destes argumentos, tem-se apontado que a LDC, no art. 17.º, n.º 2, opera uma tripartição, segundo a qual serão de âmbito nacional, regional ou local, as associações de consumidores que reúnam, pelo menos, e respetivamente, 3000, 500 ou 100 associados. Tal classificação terá, posteriormente, impacto no campo geográfico da sua atuação material, como se pode ver pelo disposto nos arts. 18.º, n.ºs 2 e 3 LDC⁸⁹.

Portanto, existe quem defenda que, de igual modo, as atuações adjetivas – nas quais se insere o direito de ação popular (art. 18.º, n.º 1, al. l) LDC) – deverão ser afetadas

⁸⁵ Lebre de Freitas, 2022, p. 564.

⁸⁶ Silva & Reis, 2022, p. 48.

⁸⁷ *Vd.* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de outubro de 2024, Rel. Eugénia Cunha, Processo n.º 17706/22.6T8PRT.P1.

⁸⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de outubro de 2024, Rel.: Eugénia Cunha, Processo n.º 17706/22.6T8PRT.P1. No mesmo sentido, *vd.* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de junho de 2024, Rel.: Maria do Céu Silva, Processo n.º 14454/23.3T8SNT.L1-8 e de 4 de dezembro de 2018, Rel.: Isabel Fonseca, Processo n.º 7074/15.8T8LSB.L1-1.

⁸⁹ Lebre de Freitas, 2022, p. 563.

por estas classificações, delimitando-se a extensão subjetiva da legitimidade da autora em função da sua inserção nestas categorias⁹⁰.

No entanto, e como se pode extrair a partir da leitura conjunta dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º LDC, parece-nos que, relativamente ao direito de ação popular, o legislador deliberadamente não terá restringido o âmbito de atuação da associação em função da sua designação, como fez em relação a outras alíneas do n.º 1 do mesmo artigo - nas quais se inclui, por exemplo, o “direito de participar nos processos de regulação de preços de fornecimento de bens e de prestações de serviços essenciais”, ou o “direito de antena na rádio e na televisão”.

Perante semelhante omissão, somos levados a concluir que

“Quando o legislador pretendeu efetivamente restringir a admissibilidade ou o âmbito das competências gerais das associações de defesa dos consumidores em razão da sua designação como nacional, regional ou local, não deixou de afirmá-lo de forma inequívoca”⁹¹.

1.2. Inclusão expressa, nos objetivos estatutários, da defesa dos interesses em causa no tipo de ação que se trate

Através desta alínea, procura o legislador assegurar que o escopo social da pessoa coletiva inclui a prossecução dos interesses coletivos dos consumidores.

Mais do que a inclusão expressa nos seus estatutos da defesa dos interesses em causa, exige-se que se comprove que a associação efetivamente exerce aquela atividade, demonstrando-se que o objeto social estatutário coincide com o objeto social real⁹².

Ainda assim, não será necessário que a proteção dos interesses dos consumidores seja o objetivo principal da atividade da associação – como se exige no art. 17.º, n.º 1 LDC e no art. 32.º, al. a) CVM –, mas apenas que conste, com suficiente clareza, no conjunto dos fins que visa prosseguir⁹³.

⁹⁰ Simplificando este raciocínio, *vd.* Silva & Reis, 2022, pp. 50 ss.: “só uma associação com mais de 3000 associados poderia representar todos os consumidores domiciliados em Portugal; só uma associação com, pelo menos, 500 associados poderia propor uma acção popular para representar os consumidores domiciliados em determinada região; e só uma associação com um número mínimo de 100 associados poderia propor uma acção popular para representar os consumidores domiciliados em determinada localidade”.

⁹¹ Silva & Reis, 2022, p. 56.

⁹² Silva & Reis, 2022, p. 45.

⁹³ Teixeira de Sousa, 2003, p. 185.

1.3. O não exercício de qualquer tipo de atividade concorrente com empresas ou profissionais liberais

Nesta alínea, está em causa a proibição do exercício, por parte das associações, de atividade do tipo empresarial, “destinada a remunerar investimentos e a angariar lucros para si própria, para os seus membros ou para terceiros”⁹⁴. É, em suma, vedado o exercício de qualquer atividade lucrativa por parte das associações, o que não significa, necessariamente, que estas atuem desinteressadamente, ou que a sua atuação não assuma qualquer relevância económica⁹⁵.

1.4. A independência e ausência de influência de pessoas que não sejam consumidores: em particular, a questão do financiamento de terceiros.

Na alínea d) do n.º 1 do art. 6.º do DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro, estabelece-se, inovadoramente, um requisito negativo, excludente da legitimidade das associações e fundações. Em princípio, a associação ou fundação será legítima se for independente, e será independente se, nos termos do n.º 2, “for exclusivamente responsável por tomar as decisões de intentar, desistir ou transacionar [sic] no âmbito de uma ação coletiva, tendo por princípio orientador a defesa dos interesses dos consumidores”⁹⁶.

Este preceito visa salvaguardar a independência das associações e fundações defensoras dos interesses dos consumidores e a inexistência de conflitos de interesses, na hipótese de celebração de um contrato de financiamento por terceiros dos custos processuais.

Concretizando, o art. 10.º DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro, veio estabelecer exigências relacionadas com a transparência do financiamento, incumbindo o demandante de um dever de revelação. Assim, a associação ou fundação defensora dos interesses dos consumidores deverá fornecer ao tribunal “uma cópia autenticada do acordo, redigido de forma clara, facilmente compreensível e em língua portuguesa”.

Neste âmbito, é de salientar um certo protagonismo conferido ao juiz, que, ao abrigo do seu dever de gestão processual (art. 6.º CPC), deverá sindicatizar o acordo e, em caso de inobservância das exigências legalmente estabelecidas, declarará a ilegitimidade

⁹⁴ Teixeira de Sousa, 2003, p. 189.

⁹⁵ Teixeira de Sousa, 2003, p. 188.

⁹⁶ Note-se que, aqui, o legislador quis dizer “transigir” – enquanto ato de celebrar uma transação – e não “transacionar”. Vd. Teixeira de Sousa, “A transposição...”, *cit.*, p. 18.

ativa do demandante, após convite à alteração ou rejeição dos termos do acordo de financiamento (art. 10.º, n.º 8 DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro).

Além disso, conforme se dispõe no n.º 9 do mesmo artigo, o MP, no papel de “zelador dos interesses dos consumidores”⁹⁷, pode sempre substituir-se ao demandante e prosseguir a ação; solução que já era, de resto, plenamente admitida por via do art. 16.º LAP.

As normas que acabámos de destacar vêm denotando uma crescente e irreversível abertura comunitária à admissibilidade dos acordos de financiamento privado de litígios, desde que dentro de alguns limites que se vão traçando⁹⁸.

a) Considerações gerais sobre o financiamento privado de litígios

Antes de mais, cumpre-nos tecer, *en passant*, algumas considerações de ordem geral relativamente à figura do contrato de financiamento por terceiro dos custos processuais.

Já tivemos oportunidade de refletir sobre os obstáculos financeiros com que se veem confrontados os consumidores isolados nas ações coletivas: as despesas conexas com um processo desta índole superam grandemente os ganhos advenientes da procedência da ação. Deparamo-nos com danos individuais reduzidos, e, em contraponto, com processos custosos, que requerem um elevado grau de especialização técnica, e que justificam, nomeadamente, a assistência de peritos (jurídicos e económicos)⁹⁹ e de mandatários judiciais altamente qualificados.

Embora tais considerações sejam mais evidentes para o consumidor individualmente considerado, não deixam de ser dignas de nota para as associações de consumidores. Pense-se que, tipicamente, as suas receitas advêm de quotizações de associados ou de atribuições gratuitas de terceiros. Isto, aliado à ausência de investimento público neste tipo de organizações, conduz a que estas, as mais das vezes, não disponham dos meios financeiros necessários para cobrir os encargos processuais¹⁰⁰.

Por sua vez, constitui trave-mestra do nosso Direito Processual o direito ao apoio judiciário, como forma de efetivar o acesso à justiça em caso de insuficiência económica. No entanto, os diplomas que regulam esse direito não permitem acautelar todas as despesas relacionadas com a ação coletiva: nos termos do art. 7.º, n.º 4 da Lei

⁹⁷ Capelo & Cunha, 2023, p. 58.

⁹⁸ Capelo & Cunha, 2023, p. 39.

⁹⁹ Note-se que a prova, tanto do dano, como do nexo de causalidade, é particularmente complexa neste tipo de ações.

¹⁰⁰ Silva & Reis, 2022, p. 69.

n.º 34/2004, de 29 de julho, que regula o acesso ao direito e aos tribunais, “as pessoas coletivas sem fins lucrativos têm apenas direito à proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário”, ficando de fora, então, as demais despesas relacionadas com a consulta jurídica. Além disso, os apertados requisitos quanto à prova da insuficiência económica (arts. 8.º, 8.º-A e 8.º-B da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho), conduzem a que o apoio judiciário não abranja a grande maioria das pessoas¹⁰¹.

Tampouco a isenção de preparos e de custas, prevista no art. 20.º LAP, se afigura uma solução suficiente para cobrir os custos da ação, uma vez que a parte mais significativa das despesas incorridas por parte do autor popular diz respeito à preparação da ação¹⁰².

Por isso mesmo, neste âmbito, tem-se vindo a edificar um novo mercado de prestação de serviços relativos ao Direito, que consiste na celebração de contratos de financiamento de litígios por terceiro (*third-party litigation funding*). Estes vêm adquirindo relevância em sectores onde os custos da propositura de uma ação se revelam particularmente elevados – paradigmaticamente, no caso da arbitragem internacional, mas, também, ao nível das ações coletivas.

Embora desprovido de tipicidade, a configuração mais frequente deste contrato – à luz do princípio da liberdade contratual, e enquanto expressão da autonomia privada dos contraentes (art. 405.º CC) – é a de um contrato oneroso e aleatório, celebrado entre a associação de defesa dos interesses dos consumidores e um terceiro alheio à relação material controvertida, nos termos do qual este último se compromete a arcar com os custos da interposição e condução da ação, na medida em que, em caso de procedência do pedido, possa quinhonar nos respetivos ganhos (*non-recourse funding agreements*). Em regra, costuma acordar-se que o terceiro financiador terá direito a “uma percentagem do montante pecuniário que resulte do eventual vencimento da causa”¹⁰³ ou a um múltiplo do valor financiado.

Nestes contratos, o terceiro financiador assume um risco considerável, uma vez que o retorno do seu investimento dependerá do desfecho da lide. Logo, é habitual que este, previamente à celebração do contrato, realize uma *due diligence*, onde procede a uma avaliação minuciosa do processo, nomeadamente, quanto à “probabilidade de sucesso e à capacidade de recuperação do montante decorrente da condenação em face do devedor da decisão final”¹⁰⁴ (*risk assessment*). Assim, a concessão de financiamento poderá ser interpretada como uma espécie de “certificação de qualidade”¹⁰⁵ da pretensão,

¹⁰¹ Salpico, 2021, p. 116.

¹⁰² Silva & Reis, 2022, p. 145.

¹⁰³ Carrera, 2018, p. 700.

¹⁰⁴ Gorjão Henriques, 2015, p. 578.

¹⁰⁵ Gorjão Henriques, 2015, pp. 589-590.

já que apenas perante uma segura probabilidade de sucesso é que o financiador assumirá esse risco.

Posto isto, e à primeira vista, estes contratos revelam-se como uma forma vantajosa de ultrapassar as várias dificuldades ao acesso à justiça dos consumidores, contribuindo, de uma forma geral, para o sucesso da ação¹⁰⁶ e para a igualdade substancial entre as partes do processo (art. 13.º CRP e art. 4.º CPC)¹⁰⁷. Pense-se que a alternativa à sua celebração seria a impossibilidade prática do exercício destes direitos dos consumidores, o que não se revela, de todo, condizente com o espírito do nosso sistema, que pugna pela operacionalidade das posições jurídicas que confere (*ubi ius ibi remedium*)¹⁰⁸.

No entanto, este mercado de financiamento dos custos processuais não é atualmente isento de controvérsia, já que pode suscitar reservas de diversa ordem. Não cabe no âmbito deste trabalho um desenvolvimento aprofundado acerca do debate doutrinal que se tem vindo a desenrolar em torno da admissibilidade destes contratos de financiamento. Diga-se, apenas, que as principais divergências orbitam em torno de várias ordens de razão, que nos cumpre tão-só elencar.

Desde logo, preocupações de ordem geral fazem relevar a natureza comercial deste contrato, orientado para o lucro do terceiro financiador, o que subverteria a motivação altruísta da ação popular, dando-se uma verdadeira “mercantilização da justiça”¹⁰⁹. Também, a existência de maiores incentivos à propositura de ações conduziria a um maior risco de surgimento de pretensões frívolas, dando lugar ao fenómeno de litigância excessiva e/ou abusiva¹¹⁰.

Aponta-se, também, que poderemos estar perante um negócio usurário, tendo em conta que a parte financiada se encontra, em regra, numa situação de debilidade financeira¹¹¹. Assim, seria o negócio anulável, em virtude da proibição de negócios usurários que consta do art. 282.º CC.

Para além disso, existe quem defenda que o contrato de financiamento por terceiro dos custos processuais permitiria ao terceiro financiador controlar indevidamente a conduta processual da parte financiada (sobretudo, quanto às decisões de desistir e transigir da ação), inquinando a independência que deve pautar a sua atuação em prol dos interesses dos consumidores. Poderá ainda dar-se o caso de existirem conflitos de

¹⁰⁶ Salpico, 2021, p. 119.

¹⁰⁷ Silva & Reis, 2022, p. 90 e Gorjão Henriques, 2015, p. 588.

¹⁰⁸ Salpico, 2021, p. 113.

¹⁰⁹ Otero, 2022, p. 722.

¹¹⁰ Gorjão Henriques, 2015, p. 590.

¹¹¹ Gorjão Henriques, 2015, p. 619.

interesses, por exemplo, na hipótese de o financiador ser concorrente do demandante ou ter uma relação especial com a parte demandada¹¹².

O acesso a informação confidencial do demandante por parte do terceiro financiador também tem suscitado alguma discussão, uma vez que este não se encontra vinculado, à semelhança do advogado, a um dever de sigilo (art. 92.º EOA)¹¹³.

Por fim, existe quem aborde o risco de comprometimento dos deveres deontológicos do advogado, como o dever de independência (art. 89.º EOA) e o dever de prosseguir os interesses legítimos do cliente (art. 97.º EOA). Além disso, a celebração de um acordo de financiamento consubstanciaria, segundo alguns, uma violação da proibição dos pactos *quota litis*, prevista no art. 106.º EOA.

b). Reconhecimento a nível europeu do financiamento privado de ações coletivas e transposição da Diretiva (UE) 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho

Estas inquietações não têm passado despercebidas ao legislador comunitário, que as tem vindo a receber, emanando orientações que permitam a sua mitigação. Ou seja, a tendência comunitária tem sido, não tanto a da inadmissibilidade destes acordos, mas a da sua regulamentação – quer ao nível do Direito Privado, quer ao nível do Direito Público –, com o objetivo de contrabalançar os exercícios irrestritos da liberdade contratual, sempre prezando pela proteção da parte contratual mais fraca¹¹⁴⁻¹¹⁵.

A Diretiva (UE) 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho, revela-se como um exemplo fundamental da aceitação comunitária dos acordos de financiamento, sendo que, no Considerando (52), se deixou espaço aos Estados-Membros para a implementação das suas diretrizes em conformidade com o seu Direito nacional (“na medida em que o direito nacional o permita”).

Parece-nos, então, que, fazendo um uso inapropriado da autonomia processual que lhe foi concedida, a opção do legislador português é merecedora de crítica, já que este terá, a nosso ver, cegamente transposto a Diretiva, articulando as figuras da legitimidade e do financiamento privado, sem adaptar as soluções ao paradigma vigente.

É que somos levados a crer que o legislador, com a introdução, na alínea d) do art. 6.º, n.º 1, de um requisito de legitimidade relativo à ausência de influência indevida

¹¹² Silva & Reis, 2022, p. 94.

¹¹³ Carrera, 2018, p. 714 e Capelo & Cunha, 2023, p. 52.

¹¹⁴ Silva & Reis, 2022, pp. 104-105.

¹¹⁵ Veja-se o estudo do *European Parliamentary Research Service*, “Responsible private funding of litigation”, onde se conclui que a aprovação de quadros reguladores de financiamento de litígios traria aumentos significativos de bem-estar.

e de conflitos de interesses, terá causado um desvirtuamento da figura da legitimidade processual ativa.

A determinação da legitimidade processual e a aferição acerca da influência do terceiro financiador deverão operar em planos distintos. Enquanto “a legitimidade processual – enquanto pressuposto processual – confere o poder de agir judicialmente, o financiamento assegura o exercício do direito de recorrer aos tribunais sob pena de denegação da justiça”¹¹⁶. No fundo, a legitimidade processual deverá dizer respeito a qualidades pessoais, intrínsecas à própria pessoa coletiva, ao passo que a influência do terceiro financiador é um fator meramente externo¹¹⁷.

Mais, enquanto a legitimidade processual se afere numa fase liminar do processo coletivo, o exercício da influência indevida por parte do terceiro financiador não poderá ser apurado apenas aquando da apresentação da cópia autenticada do acordo – deverá ser acautelada no decorrer de todo o processo. Com isto, queremos dizer que “a ausência de conflitos de interesses e a (in)dependência do autor podem não se detetar após a leitura das cláusulas do acordo de financiamento, revelando-se apenas numa fase mais tardia do processo”¹¹⁸.

Parece-nos que, embora não neguemos que seja imprescindível garantir a independência da atuação das associações e prevenir a ocorrência de conflitos de interesses através da introdução de determinadas limitações no conteúdo dos contratos ou através do exercício de um controlo judicial *a posteriori* tal apuramento não deverá, em circunstância alguma, relacionar-se com o pressuposto processual da legitimidade ativa, nem sequer com a validade do acordo de financiamento, mas tão-só com a ineficácia da instrução concretamente emitida pelo terceiro financiador¹¹⁹.

Mais, e como já se viu, a lei dispõe de mecanismos eficazes para assegurar a primazia dos interesses dos consumidores, desde a substituição da parte pelo MP na prossecução dos interesses dos consumidores (art. 16.º LAP), ou, ainda, a possibilidade de limitação, por parte do juiz, dos efeitos da celebração de um negócio processual lesivo dos interesses dos consumidores (art. 19.º, n.º 1 LAP)¹²⁰.

A negação da legitimidade processual a uma associação ou fundação cuja atuação não fosse independente teria apenas a consequência nefasta de impossibilitar o acesso à justiça dos consumidores e a sua adequada representação, sendo essa uma solução inadmissível no nosso sistema.

Em suma, e como rematam Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis:

¹¹⁶ Capelo & Cunha, 2023, p. 47.

¹¹⁷ Capelo, 2024, p. 255.

¹¹⁸ Capelo, 2024, p. 256.

¹¹⁹ Silva & Reis, 2022, p. 123.

¹²⁰ Capelo, 2024, p. 256.

“Seria dificilmente suportável à luz da coerência valorativa do Sistema que a parte deixasse de ter legitimidade para propor a ação popular por ter recorrido ao único meio que tornava a respetiva propositura economicamente tolerável ou, se se preferir, que a sua legitimidade dependesse da preservação dos condicionalismos fácticos e económicos que impossibilitassem o seu exercício”¹²¹.

¹²¹ Silva & Reis, 2022, p. 123.

Capítulo V – Conclusões

Com a transposição da Diretiva (UE) 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho, seria altura para uma completa reconfiguração do regime da ação popular, que, desde a LAP, e por imposição constitucional, vinha reclamando uma atualização, em face dos fenómenos de globalização e digitalização que vêm lesando cada vez mais os interesses coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.

Ao invés, o DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro, veio ocasionar a vigência de dois regimes díspares: um para a ação popular, quando esteja em causa a proteção de interesses difusos; e outro para a ação coletiva, para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores.

Cingindo o nosso estudo às ações coletivas tendentes à obtenção de medidas reparatórias dos danos provocados ao consumidor, vimos que esse diploma atribui expressamente legitimidade ativa às associações e fundações defensoras dos interesses dos consumidores e às autarquias locais.

No entanto, e face ao crescimento do número de ações coletivas que têm dado entrada nos tribunais nacionais, interpostas por associações de defesa dos interesses dos consumidores, várias questões se têm suscitado quanto à particular configuração do pressuposto processual da legitimidade ativa nesses casos, por esta residir em entidades intermédias, que não são titulares das pretensões materiais em discussão no pleito.

Concluimos pela admissibilidade deste fenómeno, uma vez que a titularidade da relação material controvertida consubstancia apenas um critério subsidiário para a determinação da legitimidade processual, aplicável na falta de previsão legal de outro critério. Atribuindo a lei, neste caso, legitimidade a estas organizações da sociedade civil, não deveremos admitir outra conclusão que não a da sua legitimidade.

Ainda assim, procurámos compreender a natureza dogmática deste fenómeno, tentando, infrutiferamente, subsumi-lo às clássicas figuras da representação e substituição processual. Defendemos, então, que, apesar de apresentar laivos de legitimidade direta e de substituição processual, será este um *tertium genus*, que não deverá ser compreendido à luz de uma visão tradicional e individualista do processo civil, reclamando o abandono da clássica morfologia à qual nos temos vindo a habituar.

Por fim, estudámos os requisitos legais que estas entidades devem observar para que se possa considerar verificado o pressuposto processual da legitimidade processual ativa, previstos nas várias alíneas do art. 6.º, n.º 1 DL n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro e constatámos que não cabe, em qualquer circunstância, ao intérprete-aplicador a formulação de requisitos suplementares, para além dos expressamente previstos na lei.

A introdução inovadora, na al. d), de um requisito negativo relativo ao financiamento de litígios por terceiros e do exercício de influência indevida pelas entidades financiadoras conduziu-nos a algumas reflexões acerca desta figura, e, embora admitindo a sua validade, concluímos pela errada recondução, por parte do legislador, ao pressuposto processual da legitimidade ativa, devendo operar tal exigência num plano diverso – o da ineficácia da instrução concretamente emitida por parte do terceiro financiador.

Bibliografia

- ALMEIDA, F. M. L. F. (2011). *Direito processual civil*, vol. 1, 3.^a ed. Coimbra: Almedina.
- AMARAL, J. A. P. (2024). *Direito processual civil*, 16.^a ed. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, J. R. (1967). *A acção popular no direito administrativo português*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, H. S. Class actions, group litigation & other forms of collective litigation (Portuguese report).
- ASCENSÃO, J. O. (2001). A acção popular e a protecção do investidor. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 11, pp. 65-75.
- CAPELO, M. J. (2024). Ações coletivas para defesa dos interesses dos consumidores –Primeiras impressões sobre a transposição portuguesa da Diretiva (EU) 2020/1828. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4045, pp. 250-264.
- CAPELO, M. J. & CUNHA, C. (2023). *Práticas anticoncorrenciais – Entre o public enforcement e a ação popular indemnizatória*. Coimbra: Gestlegal.
- CARRERA, I. (2018). O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: Em especial, os *non-recourse funding agreements*. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. X, pp. 689-724.
- CORREIA, J. M. S. (2005). *Direito do contencioso administrativo*. Lisboa: Lex.
- FREITAS, J. L. (1998). A acção popular ao serviço do ambiente. In *Ab uno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 797-809.
- FREITAS, J. L. (2003). A ação popular do direito português. *Sub Judice*, n.º 24, pp. 15-26.
- FREITAS, J. L. (2013). *Introdução ao processo civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- FREITAS, J. L. (2022). Regime da ação popular do art. 19 da Lei 23/2018. *Revista de Direito Comercial*, pp. 557-594
- FREITAS, J. L. & ALEXANDRE, I. (2018). *Código de Processo Civil anotado – Volume 1.º: Artigos 1.º a 361.º*, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- GOMES, C. A. (2008). O provedor de justiça e a tutela de interesses difusos. In *Textos dispersos de direito do ambiente*, vol. II, pp. 235-299. Lisboa: AAFDL.
- HENRIQUES, D. G. (2015). Third-party funding ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III-IV, pp. 573-624.
- MARQUES, F. P. (2023). Ação popular e private enforcement: Nova vida europeia de um velho instituto nacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LXIV, pp. 801-826.
- MARTINS, A. P. (1999). *Class actions em Portugal? Para uma análise da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto – Lei de participação procedimental e de acção popular*. Lisboa: Edições Cosmos.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2017). *Constituição Portuguesa anotada*, vol. I, 2.^a ed. revista. Lisboa: Universidade Católica Editora.

- NABAIS, J. C. (2010). O estatuto constitucional dos consumidores. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. 1., pp. 479-508. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- OTERO, P. (1999). A acção popular: Configuração e valor no actual direito português. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, pp. 871-893.
- OTERO, P. (2022). Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento (“*litigation funding agreements*”) de ações populares indemnizatórias: Um problema de abuso de direitos fundamentais. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 3-4, pp. 701-740.
- PINTO, R. (2018). *Código de Processo Civil anotado*, vol. I. Coimbra: Almedina.
- SALPICO, N. A. P. (2021). A operacionalidade do *private enforcement* do direito da concorrência – dissuasão, ações coletivas e *third-party litigation funding*. *Revista de Direito da Concorrência e Regulação*, pp. 103-141.
- SILVA, F. N. S. (2002). *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid Juris.
- SILVA, P. C. (1992). *A transmissão da coisa ou direito em litígio – um contributo para o estudo da substituição processual*. Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA, P. C. (1994). Comentário ao Acórdão de 9 de junho de 1994. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, pp. 871-893.
- SILVA, P. C. & REIS, N. T. (2022). *Private enforcement e tutela coletiva*. Coimbra: Almedina.
- SOUSA, M. B. S. (2022). *A ilegitimidade singular*. Coimbra: Almedina. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- SOUSA, M. T. (1983). Observações críticas sobre algumas alterações ao Código de Processo Civil. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 328, pp. 71-84.
- SOUSA, M. T. (2003). *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex.
- SOUSA, M. T. (2003). Reflexões sobre a legitimidade das partes em processo civil. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 1, pp. 3-13.
- SOUSA, M. T. (2024). A transposição da Diretiva 2020/1828 pelo DL 114-A/2023, de 5/12: dúvidas e perplexidades [em linha]. In *Blog do Instituto Português de Processo Civil*, 17 de fevereiro de 2024.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2016, Rel.: Oliveira Vasconcelos, Processo n.º 7617/15.7T8PRT.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de novembro de 2016, Rel.: Alexandre Reis, Processo n.º 135/14.2T8MDL.G1.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de julho de 2023, Rel.: Ferreira Lopes, Processo n.º 26412/16.0T8LSB.L2.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2023, Rel.: Maria da Graça Trigo, Processo n.º 8334/21.4T8VNG.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de março de 2024, Rel.: Nuno Ataíde das Neves, Processo n.º 30755/22.STBLSB.S1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de dezembro de 2018, Rel.: Isabel Fonseca, Processo n.º 7074/15.8T8LSB.L1-1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de maio de 2022, Rel.: Jorge Leal, Processo n.º 26412/16.0T8LSB.L2-2.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de outubro de 2023, Rel.: Ana Mónica Mendonça Pavão, Processo n.º 7692/20.2T8LSB.L2-7.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de junho de 2024, Rel.: Maria do Céu Silva, Processo n.º 14454/23.3T8SNT.L1-8.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de outubro de 2024, Rel.: Eugénia Cunha, Processo n.º 17706/22.6T8PRT.P1.

Do autoconsumo externo no IVA:

Os conceitos de “fins alheios” e de “fins da empresa”

Mariana Pereira da Costa Parente

Sob a orientação do Professor
Doutor Miguel Gonçalves Correia

Àqueles que, com a sua generosidade e o seu saber, me ensinaram, orientaram e iluminaram pelos caminhos do conhecimento; e àqueles que, com o seu amor imensurável e o seu apoio incondicional, me inspiraram e encorajaram. Aceitem a minha gratidão e reconhecimento para sempre.

Resumo

A presente dissertação analisa a tributação das operações de autoconsumo externo, em sede de Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), um tema crucial na operação do imposto, que, apesar da aparente simplicidade na sua conceção teórica, se revela de uma singular complexidade quanto à aplicação prática.

Embora a tributação do IVA assente, em regra, na onerosidade das transações, as operações de autoconsumo externo obedecem a uma lógica diferente. Com efeito, nos artigos 3.º e 4.º do Código do IVA, que transpõem para o ordenamento jurídico interno os artigos 16.º e 26.º da Diretiva IVA, a incidência do IVA é alargada a certas operações que, apesar de gratuitas, são assimiladas a transações onerosas e que, por isso, são tributáveis, em sede de IVA. Estas operações consistem, em termos gerais, na afetação gratuita de bens que fazem parte do património de uma empresa, assim como, com certas particularidades, de serviços, que concederam ao sujeito passivo o direito a deduzir o IVA suportado a montante, e que são, posteriormente, desviados para finalidades alheias à sua atividade económica. Trata-se de um mecanismo de correção do exercício do direito à dedução, que salvaguarda os princípios da neutralidade fiscal e da igualdade de tratamento e que assegura a sujeição da generalidade dos atos de consumo que o IVA pretende tributar, evitando consumos privilegiados e garantindo que o encargo financeiro do imposto seja suportado pelos consumidores finais, enquanto afirma o correto funcionamento do método do crédito de imposto, assente na técnica de liquidação-dedução.

Uma vez que a letra das normas que estabelecem os requisitos de incidência de tributação do autoconsumo externo não é clara, o objetivo central da investigação será delimitar a fronteira entre os conceitos de “fins alheios” e de “fins da empresa”, nos quais assenta este instituto.

Na concretização do nosso objetivo, a abordagem a este problema focou-se no levantamento da literatura existente sobre o tema e, numa vertente mais prática, na análise da jurisprudência relevante. Sendo o IVA um tributo de origem comunitária, estudamos o Direito da União Europeia, a sua transposição para o direito português, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais nacionais e a doutrina administrativa, dissecando os fundamentos do regime e o preenchimento que tem vindo a ser feito dos requisitos legais de tributação. Após uma abordagem expositiva sobre o estado da arte destas operações ficcionadas, interpretamos, à luz dos conhecimentos teóricos e dos entendimentos jurisprudenciais, tanto os elementos constituintes da estrutura do imposto (que são específicos deste regime especial de tributação e que formam uma nova cadeia de construção do mesmo), assim como os conceitos indeterminados envolvidos.

Feita a ponderação dos elementos e fundamentos deste regime de incidência objetiva específica, concluímos que o âmbito de incidência não é evidente, não se afigurando viável uma definição estanque dos conceitos indeterminados em estudo. Apesar da aparente clareza da letra da lei, não é inequívoca a fronteira entre os conceitos de “fins alheios” e de “fins da empresa”, no preenchimento dos requisitos de incidência de tributação do autoconsumo externo. Com o fim de alcançar uma solução de harmonização, que acompanhe a letra da lei e a correta interpretação que dela deve ser feita, propõe-se que a resposta apenas poderá ser alcançada através de uma ponderação casuística, alicerçada num conjunto de elementos norteadores que se procurou depurar do quadro normativo e jurisprudencial aplicável.

Palavras-chave: Autoconsumo externo; assimilação; operações ficcionadas; incidência presumida; fins alheios; fins da empresa; uso privado; nexo direto.

Abstract

This master thesis analyses the taxation of external self-consumption operations under the Value Added Tax (VAT). A crucial topic in the tax operation, which, despite the apparent simplicity in its theoretical conception, reveals a unique complexity in its practical application.

Even though VAT taxation is generally based on the onerousness of transactions, external self-consumption operations follow a different logic. Under the Constitution of the Portuguese Republic, in Articles 3 and 4 of the VAT Code, which transpose Articles 16 and 26 of the VAT Directive, the scope of VAT is extended. Particularly, it is established that certain operations, despite being free of charge, are assimilated to onerous transactions and, therefore, taxable under VAT. These operations generally consist of free allocation of goods that are part of a company's assets, as well as, with certain peculiarities, services that granted the taxpayer the right to deduct the VAT borne upstream, and which are subsequently diverted for purposes unrelated to their economic activity. It is a correction mechanism that safeguards the principles of fiscal neutrality and equal treatment. It ensures that general consumption, which VAT intends to tax, is subject to taxation, preventing privileged consumption. This way, the financial burden of the tax is borne by final consumers, ensuring the proper functioning of the tax credit method based on the liquidation-deduction technique.

Since the rules of law establishing the incident requirements of external self-consumption taxation are not clear, the central objective of the investigation will be to delineate the boundaries between the concepts of “non-business purposes” and “business purposes” – basic concepts upon which this subject is based.

To this end, the approach to this object of study focused on collecting the existing literature and, in a more practical aspect, on analysing relevant jurisprudence. As VAT is a community-origin tax, we studied the European Union Law, its transposition into Portuguese law, the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and national courts, and the administrative doctrine, examining the foundations of the regime, the fulfilment, and how the legal requirements for taxation have been met. After exposing the current state of these fictional operations, we interpreted both the key elements of the tax structure (specific to this special taxation regime) and the indeterminate concepts involved, using theoretical knowledge and legal interpretations. With this, considering the elements and foundations of this specific objective incidence regime, we conclude that the scope of incidence is not evident, and it does not seem feasible to clearly define the indeterminate concepts being studied. Despite the apparent clarity of the letter of the law, the boundary between the concepts of “non business purposes” and “business purposes” is not unequivocal in fulfilling the requirements for

the incidence of external self-consumption taxation. To find a solution that aligns with the law and its correct interpretation, it is proposed that the answer can only be reached through a case-by-case analysis, based on a set of guiding elements that were sought to be purified from the applicable normative and jurisprudential framework.

Keywords: External self-supply; tax assimilation; fictional operations; presumed incidence; non-business purposes; business purposes; private use; direct link.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac(s).	Acórdão(s)
AG	Advogado-Geral
Al(s).	Alínea
Art(s).	Artigo
AT	Autoridade Tributária
BT	Base tributável
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CCT	Contrato Coletivo de Trabalho
CF	Consumidor Final
Cfr.	Conferir
Cit.	Citado(a)
CIVA	Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado
Colect.	Coletânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia
CRP	Constituição da República Portuguesa
DIVA	Diretiva IVA
DL	Decreto-Lei
DP	Declaração periódica de imposto
DT	Dupla tributação
DUE	Direito da União Europeia
EM	Estado(s)-Membro(s) da União Europeia
<i>Et seq.</i>	<i>Et sequentia</i>
FD	Ficha Doutrinária
FDUCP	Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
i.e.	Isto é
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IRS	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LGT	Lei Geral Tributária
MC	Matéria Coletável
Ob.	Obra
OFC	Ofício Circulado
OJ	Ordenamento jurídico
P(p).	Página(s)
P. ex.	Por exemplo
Proc.	Processo

PT	Parecer técnico
RJ	Relação jurídica
SP	Sujeito(s) Passivo(s)
Ss.	Seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
VN	Volume de negócios
Vol.	Volume
Vs.	<i>Versus</i>
VT	Valor tributável

Índice

1. Introdução	10
1.1. A natureza do problema	10
1.2. Delimitação do objeto	11
1.2.1. Delimitação positiva	11
1.2.2. Delimitação negativa	11
1.3. Questões metodológicas	12
1.4. Estrutura	12
2. O conceito de autoconsumo externo	13
2.1. Regra de incidência objetiva específica	13
2.2. As formas de autoconsumo	13
2.3. O autoconsumo externo	14
2.3.1. O autoconsumo externo de bens	14
2.3.2. O autoconsumo externo de serviços	15
3. Os fundamentos da tributação do autoconsumo externo em sede de IVA	17
3.1. A gratuidade	17
3.2. A mecânica do IVA	18
3.3. A finalidade antiabuso	19
3.4. O princípio da neutralidade	20
3.5. O princípio da igualdade de tratamento	22
4. A tributação do autoconsumo externo	24
4.1. Requisitos de Incidência	24
4.1.1. A gratuidade	24
4.1.2. A prossecução de “fins alheios” vs. “fins da empresa”	28
4.1.3. A dedução do IVA suportado	34
4.2. Valor tributável	36
4.3. Facto gerador e exigibilidade	37
4.4. As dificuldades na tributação	38
5. A incidência do autoconsumo externo e o direito à dedução	39
5.1. Regras gerais do direito à dedução	39
5.2. “Nexo direto” vs. “fins alheios”	40
5.3. Património empresarial vs. património privado	42
6. Conclusões	44
Referências bibliográficas	46

1. Introdução

1.1. A natureza do problema

Este trabalho analisa o estado da arte da tributação do autoconsumo externo, em sede de IVA.

O propósito do IVA é tributar o consumo de bens e serviços e, em princípio, incide sobre operações onerosas. A sua mecânica assenta na correspondência entre a dedução do imposto suportado a montante e a cobrança do imposto liquidado a jusante. Como o direito à dedução, concedido aos SP, é exercido de forma prévia e imediata, é necessário garantir a coerência entre a afetação inicial dos bens (que lhe deram origem) e o seu uso real e efetivo.

Ocorrendo um desvio gratuito de bens empresariais para fins alheios, há um ato de consumo que o IVA tributa, por assimilação, em sede de autoconsumo externo. A grande vantagem desta figura é tributar tais operações gratuitas (que não estariam no âmbito de incidência do IVA), por assimilação a transações onerosas tributáveis, através de uma regra de incidência objetiva específica, assente numa presunção da existência de um consumo. Esta solução técnica, para funcionar, implica regras específicas relativamente aos elementos da estrutura do IVA, que formam uma nova cadeia de construção do imposto.

O tema tem merecido o escrutínio da jurisprudência e, pontualmente, da literatura, por não ter uma solução clara e por ser fonte de litígios na realidade das empresas. No entanto, apesar da sua complexidade, relevância prática, essencialidade e relação com os princípios estruturantes do IVA, não existe, até agora, na doutrina nacional, nenhum trabalho que aborde exaustivamente esta matéria.

O instituto do autoconsumo externo, além de prevenir o abuso, salvaguarda a neutralidade fiscal e a igualdade, enquanto assegura que não existem consumos privilegiados que escapem à tributação em IVA apenas por serem realizados por SP. A ficção estabelecida unifica critérios e corrige eventuais desvios na prática das deduções que não se venham a concretizar no destino real dos bens, impedindo que se consolidem.

Contudo, os requisitos de tributação são exigentes e levantam várias questões interpretativas na sua aplicação concreta, pois recorrem a conceitos indeterminados, que carecem de preenchimento. Portanto, é essencial aferir o racional jurídico subjacente à tributação destas operações ficcionadas, facilitar a sua qualificação e compreender o seu enquadramento legal, perante os objetivos que visam e a abordagem jurisprudencial e doutrinária sobre o tema.

Assim, a questão central a que se tentará responder com esta investigação é a seguinte: *Qual a fronteira entre os conceitos de “fins alheios” e de “fins da empresa” no preenchimento dos requisitos de incidência de tributação do autoconsumo externo?*

1.2. Delimitação do objeto

1.2.1. Delimitação positiva

O nosso tema central é a tributação em IVA das operações internas de autoconsumo externo. A análise incide sobre os seus fundamentos teóricos, requisitos de tributação, aspetos legais específicos e termos de aplicação, focando-se na distinção entre os conceitos de “fins alheios” e de “fins da empresa” em que assenta a sua caracterização e delimitação. Dada a sua dicotomia, relacionamos as regras de incidência do autoconsumo com o direito à dedução.

Sendo o IVA um imposto de matriz comunitária, articulamos o enquadramento europeu do tema com a sua transposição para o direito nacional e abordamos os atos legislativos europeus e nacionais, a jurisprudência (do TJUE e dos tribunais nacionais), a doutrina administrativa de relevo e a literatura existente sobre este regime tributário.

1.2.2. Delimitação negativa

Embora existam outras operações ficcionadas e modalidades de autoconsumo¹, dadas as suas peculiaridades e finalidades distintas, a análise de todas ficaria incompleta e superficial, face à dimensão limitada deste trabalho e à extensão do tópico, recomendando-se uma atenção especial aos detalhes de cada modalidade, em separado – razão pela qual optamos por nos focarmos na tributação das operações internas de autoconsumo externo.

Entre as operações excluídas do nosso âmbito de estudo, referimo-nos, designadamente, ao autoconsumo interno², ao autoconsumo intracomunitário

¹, ao caso específico dos imóveis², e à detenção de bens da empresa por um SP decorrente da cessação da atividade³.

¹ Cfr. arts. 17.º, 18.º, 21.º e 27.º da DIVA.

² Abordado em Punín, 2012; Van Der Wal, 2013; Swinkels, 2008; Van Doesum *et al.*, 2020.

¹¹ Para aprofundamento, *vide* Punín, 2012, pp. 17-20.

² V. Punín, 2012, pp. 347-380; e Acs. TJUE, de Jong, C-20/91; TJUE, Posnania Investment, C-36/16; TJUE, Wollny, C-72/05.

³ Sobre o tema, v. Punín, 2012, pp. 89-94; PT n.º PT27865; e Acs. TCAS, 7381/02; TCAN, 02790/11.6BEPRT; TCAN, 00351/12.1BECBR; CAAD, 558/2019-T.

Além disso, dada a abundância de estudos sobre o assunto e não se revelando basilar para responder à questão de investigação, não desenvolveremos a tributação das amostras e das ofertas de pequeno valor⁴. Expurgamos também do objeto deste estudo o Direito Comparado e a evolução histórica desta figura⁵ – são questões acessórias, atendendo às conclusões procuradas. Sendo uma questão pouco frequente, também não desenvolvemos o tratamento do autoconsumo quanto a entidades não lucrativas⁶.

1.3. Questões metodológicas

Neste estudo, consultaram-se monografias, artigos científicos e, como fontes legislativas, recorreu-se essencialmente à DIVA e ao CIVA. Sendo o IVA um tributo de inspiração europeia, analisaram-se as decisões do TJUE, a jurisprudência nacional e a doutrina administrativa de relevo sobre os termos da tributação do autoconsumo externo.

Quanto à redação, adotou-se o Manual de Estilo da Escola de Direito da FDUCP.

1.4. Estrutura

Para cumprir o propósito a que nos propomos, iniciamos o nosso excursus jurídico com uma introdução ao conceito de autoconsumo externo, detalhando e distinguindo as suas modalidades.

Subsequentemente, realizamos uma contextualização teórica dos fundamentos que sustentam a tributação, com o propósito de alinhar a sua aplicação prática com as finalidades visadas.

No capítulo seguinte, exploramos os aspetos legais do autoconsumo, aliando a sua vertente teórica e prática, de modo a entender o seu funcionamento e a interpretação a retirar. Além dos requisitos de tributação, analisamos os aspetos específicos que compõem este regime de tributação e as dificuldades associadas à sua vigência.

Por fim, relacionamos o funcionamento do direito à dedução e do autoconsumo e apresentamos as conclusões da nossa investigação.

⁴ FD n.º 12016/2017: a lei não sujeita ao instituto do autoconsumo certas utilizações gratuitas de bens por visarem fins inerentes à atividade empresarial. Aprofundado em: Laires, 2011; Coelho Moreira, 2014; Xavier de Basto, 2007; Lopes Courinha, 2009; Vasques, 2017, pp. 211 *et seq.*; Swinkels, 2008; Arnaldo & Silva, 2013 e Van Doesum *et al.*, 2020.

⁵ V. Vasques, 2017, p. 207; e Punín, 2012, pp. 23-29.

⁶ Vide Punín, 2012, p. 20.

Cada secção visa contribuir para uma compreensão abrangente e detalhada do tema, enfatizando a importância da coerência entre a legislação, os fundamentos teóricos e a sua aplicação prática.

2. O conceito de autoconsumo externo

Começaremos por procurar compreender em que consiste o autoconsumo externo.

2.1. Regra de incidência objetiva específica

As regras gerais de incidência do IVA pressupõem o exercício de uma atividade económica por um SP, agindo nessa qualidade – conjugando a incidência objetiva⁷ e subjetiva⁸ que tornam as operações tributáveis. Nas transações internas, são diretamente tributáveis as “transmissões de bens”⁹ e as “prestações de serviços”¹⁰, operações onerosas realizadas por um SP¹¹.

As operações de autoconsumo externo não se inserem nos conceitos *supra* mencionados, não sendo, em princípio, tributadas.

Porém, existem regras de incidência objetiva específicas que passam a sujeitar a IVA, através de uma ficção jurídica, tais transações gratuitas, realizadas por SP, por assimilação a operações onerosas tributáveis. Apesar de nem a DIVA nem o CIVA apresentarem uma denominação específica para tais operações, regulam-nas com elementos adequados às suas especificidades face ao regime geral, criando uma nova cadeia de construção da incidência.

2.2. As formas de autoconsumo

A doutrina¹² distingue duas formas de autoconsumo, conforme a operação transcenda ou não o âmbito da atividade económica da empresa.

As operações de autoconsumo interno¹³ ocorrem no interior da empresa e do seu processo produtivo, sem transcenderem a atividade empresarial. A afetação dos bens e serviços serve os seus fins intrínsecos, podendo envolver setores diferentes da atividade.

No autoconsumo externo, a afetação estende-se ao exterior da empresa e visa finalidades alheias que extravasam o objeto da sua atividade.

⁷ Arts. 2.º da DIVA e 1.º do CIVA.

⁸ Arts. 9.º da DIVA e 2.º do CIVA.

⁹ Arts. 14.º da DIVA e 3.º do CIVA.

¹⁰ Arts. 24.º/1 da DIVA e 4.º/1 do CIVA.

¹¹ Extravasam o nosso objeto, mas também estão sujeitas as importações e as operações intracomunitárias.

¹² É uma distinção meramente doutrinal, nem a DIVA nem o CIVA a fazem.

¹³ Limitamo-nos a esta breve delimitação de conceitos para perceber as diferenças entre o autoconsumo interno (arts. 18.º e 27.º da DIVA) e externo (arts. 16.º e 26.º da DIVA).

2.3. O autoconsumo externo

As operações de autoconsumo externo são verdadeiros atos de consumo que não podem ficar à margem do IVA e constituem manifestações de riqueza suscetíveis de serem tributadas noutros impostos diretos e indiretos¹⁴.

Em sede de IVA, a gratuitidade destas operações convoca a presunção de que a afetação de bens ou serviços, inicialmente atribuídos ao património empresarial (e que, por isso, conferiram o direito à dedução do IVA suportado), visou fins alheios, proporcionando uma vantagem indevida – um consumo privado livre de IVA. Perante o desvio da entidade que devia beneficiar do bem ou serviço, a ficção faz com que a tributação seja suportada pelo destinatário da operação, que atua na qualidade de CF.

2.3.1. O autoconsumo externo de bens

Os arts. 16.º da DIVA e 3.º/3, f) do CIVA assimilam as operações de autoconsumo externo de bens às “transmissões de bens” realizadas a título oneroso e tributáveis – embora não impliquem necessariamente uma troca da titularidade jurídica¹⁵, nem o recebimento de uma contraprestação.

Estas operações consistem na desafetação gratuita e definitiva, por um SP, de bens empresariais adquiridos com vista à realização da atividade económica da empresa, mas que são subtraídos ao património empresarial e destinados permanentemente a fins alheios (nomeadamente ao consumo final sem carácter empresarial e à satisfação de necessidades privadas do SP, dos seus trabalhadores, ou de terceiros¹⁶), quando, relativamente a esses bens ou aos elementos que os constituem, tenha havido dedução do IVA suportado na respetiva aquisição.

Assim, deduz-se da letra da lei que esta equiparação apenas se aplica se a afetação for definitiva e o bem deixar de estar disponível para finalidades produtivas permanentemente. Caso a afetação seja meramente temporária, não se preencherá a hipótese das normas em consideração.

Note-se que, a título excecional¹⁷, exclui-se destas normas de incidência a afetação gratuita de bens a amostras e ofertas de pequeno valor efetuada para os fins da empresa. Trata-se de bens não destinados a posterior comercialização, mas a fins

¹⁴ Sobre a dedutibilidade e a respetiva tributação nos impostos sobre o rendimento, *vide* Martins, Sá & Taborda, 2025; Vasconcelos Fernandes, 2024; e Cantista, 2001.

¹⁵ Ac. TJCE, Staatssecretaris Van Financiën, C-320/88: em princípio, uma entrega de bens exige a transmissão do poder de disposição sobre um bem corpóreo, “com as faculdades atribuídas ao proprietário”. No autoconsumo, há tributação, mesmo sem a efetiva transmissão do poder de disposição sobre o bem, apenas se exigindo uma mera afetação diferente da prevista.

¹⁶ Noiret da Cunha, 2004, p. 128.

¹⁷ Cfr. arts. 16.º da DIVA, 3.º/7 e 8 do CIVA e Portaria n.º 497/2008, de 24 de junho.

promocionais da atividade¹⁸. Também aqui a DIVA acaba por deixar a sujeição das ofertas na dependência de conceitos indeterminados e na discricionariedade dos EM¹⁹, que carecem de uma análise cuidada e de uma avaliação prévia do seu impacto, que não iremos aprofundar por razões de dimensão e propósito.

2.3.2. O autoconsumo externo de serviços

Por sua vez, o regime geral dos arts. 24.º da DIVA e 4.º do CIVA consagra uma definição ampla, negativa e residual de “prestação de serviços”, para assegurar a máxima generalidade do IVA e tributar as operações com substância económica²⁰ que decorrem da atividade económica de um SP, mas que não são “entregas de bens”, “aquisições intracomunitárias” nem “importações de bens”.

Não obstante, no autoconsumo externo de serviços (arts. 26.º/1 DIVA e 4.º/2 do CIVA), tributa-se, por assimilação ao conceito de “prestações de serviços a título oneroso”, duas realidades: o desvio ou a utilização temporária de bens empresariais, assim como a prestação de serviços gratuitos efetuados pela própria empresa para fins alheios.

Por um lado, a al. a) do art. 26.º da DIVA e a al. a) do n.º 2 do art. 4.º do CIVA tributam a apropriação gratuita e meramente eventual ou temporária²¹ de bens empresariais (que fazem e permanecem parte do ativo da empresa e afetos à sua atividade económica), em benefício próprio e privado do seu titular, de terceiros, ou, em geral, a fins alheios, quando tais bens ou os elementos que os constituem tenham conferido direito à dedução do IVA. Esta é uma modalidade residual, que engloba as transferências não abrangidas pelo autoconsumo externo de bens, embora tenha idêntico fundamento e o regime de tributação seja semelhante. Porém, ao depender da intenção que acompanha a afetação dos bens, pode ser difícil apreciar tal distinção.

Por outro lado, à semelhança dos bens, presume-se da gratuitidade de uma prestação de serviços pela empresa que esta visa fins alheios e, por isso, deve ser na mesma tributada. A al. b) do art. 26.º da DIVA e a al. b) do n.º 2 do art. 4.º do CIVA assimilam a operações tributáveis as prestações, efetuadas a título gratuito pela empresa, de serviços próprios da sua atividade económica, com vista às necessidades particulares do seu titular, do pessoal ou, em geral, a fins alheios à mesma.

¹⁸ Excluem-se as liberalidades sem qualquer conexão com os usos comerciais da atividade do SP: é necessário um intuito comercial e não um mero *animus donandi*.

¹⁹ V. Ac. TJUE, EMI Group, C-581/08.

²⁰ Xavier de Basto, 1991, pp. 172 e 173: uma qualquer atribuição patrimonial feita por um SP não pode, sem mais, ser considerada uma contrapartida de um serviço. Tem sempre de existir um serviço que represente o exercício de uma atividade económica.

²¹ Não se comprovando que a afetação dos bens foi definitiva e que o bem abandonou permanentemente os ativos da empresa, será um autoconsumo de serviços (cfr. art. 26.º, al. a) da DIVA e 4.º/2, a) do CIVA), que tributa o uso ou a cedência temporária dos bens, quando estes permanecem afetos à atividade empresarial. – Acs. TCAS, 07832/14; CAAD, 197/2019-T.

Nesta modalidade, a tributação ocorre independentemente de ter havido ou não dedução do IVA suportado a montante, uma vez que os serviços envolvem bens não corpóreos e, por isso, a reconstituição dos respetivos *inputs* (para saber se houve, em relação a cada um deles, dedução do IVA suportado) é excessivamente difícil.

Todavia, ao contrário do art. 16.º da DIVA (relativo aos bens), o art. 26.º/2 da DIVA dá aos EM a possibilidade de se absterem de transpor esta norma, desde que isso não conduza a distorções de concorrência – eventualmente, para simplificar os procedimentos de cobrança do IVA²² e conciliar a vontade de todos os EM²³. Como vimos, em Portugal, esta opção foi exercida.

²² Terra & Wattel, 2022, pp. 87 *et seq.*

²³ Não encontramos na literatura uma justificação clara para a norma ser opcional, mas não será de excluir que possa ter sido uma solução política para conciliar vontades e permitir que os EM que discordassem tivessem espaço para não a implementar, atendendo à unanimidade necessária para deliberar conforme o art. 113.º do TFUE.

3. Os fundamentos da tributação do autoconsumo externo em sede de IVA

Enquadrada a figura do autoconsumo externo, impõe-se analisar os princípios de IVA em que assenta a sua tributação.

3.1. A gratuitidade

O IVA é um imposto indireto que tributa, por razões de eficiência, o resultado das despesas dos CF²⁴, ou seja, o gasto em que estes incorrem na aquisição de bens e serviços como manifestações mediatas da sua capacidade contributiva.

É um imposto geral sobre o consumo (com um âmbito de incidência amplo que pretende abranger todas as formas de consumo privado) e de base transacional²⁵, assente na onerosidade, pois, geralmente, as operações económicas realizadas a título oneroso são geradoras de factos tributários.

Assim, a contraprestação desempenha um papel central na estrutura jurídica, na operação e na mecânica do IVA²⁶, sendo essencial para garantir que o encargo do IVA é suportado pelo CF e para evitar que existam consumos finais livres de tributação²⁷. É o *quantum* da contraprestação que define tanto o VT do IVA a liquidar pelo fornecedor ou prestador, como o montante do IVA suportado (eventualmente dedutível) pelo adquirente²⁸. Além disso, como o IVA não tributa meros pagamentos, é necessário um nexo direto entre a prestação e a contraprestação. Essa reciprocidade implica que o adquirente obtenha uma vantagem do fornecedor ou prestador e que a extensão dessa vantagem esteja relacionada com a contraprestação por si paga²⁹.

Porém, o autoconsumo externo é um caso excecional: o legislador estende a tributação do IVA, através de uma ficção que assimila operações gratuitas (realizadas sem contraprestação) a transações onerosas tributáveis. Atendendo ao seu carácter excecional, e por se basearem em consumos presumidos³⁰, estas normas de tributação devem ser interpretadas de forma estrita, em obediência a critérios restritos e limites razoáveis: só há tributação quando o incumprimento dos princípios

²⁴ Van Doesum *et al.*, 2020.

²⁵ A transação é o epicentro da edificação jurídica do sistema do IVA, que assenta numa forte relação de causalidade entre os seus elementos nucleares. *Vide* Correia, 2023.

²⁶ Correia, 2023.

²⁷ Coelho Moreira, 2014.

²⁸ Referimo-nos aqui à mecânica-base do imposto, abstraindo dos cenários de inversão do SP (*“Reverse charge”*). Fazemos também aqui somente referência aos princípios-base que sustentam a determinação do VT no IVA, subjetivamente determinado, abstraindo dos ajustamentos a este valor, para mais ou para menos, impostos pelo CIVA, ou à sua determinação, em casos particularizados, por métodos objetivos. Cfr. art. 16.º do CIVA.

²⁹ Stessens, 2023, p. 121.

³⁰ Blokland, 2011.

estruturantes do IVA seja tal que obrigue à sua correção através da extensão da incidência de tributação³¹.

3.2. A mecânica do IVA

Face ao alargado universo de contribuintes, o atual sistema fiscal é um sistema de massas tecnicamente complexo, assente nas declarações dos SP e, regra geral, na autoliquidação dos impostos. O IVA afina também por este diapasão.

O IVA assenta no mecanismo do crédito de imposto – um processo técnico de determinação do imposto a entregar ao Estado através da diferença entre o IVA liquidado nos *outputs* e o IVA dedutível suportado nas aquisições dos *inputs*, em determinado período³². Esta estrutura de liquidação-dedução previne a tributação em cascata e garante que o IVA é plurifásico e não cumulativo³³: a tributação flui ao longo de todas as fases do circuito económico, ficando distribuída pela generalidade dos intervenientes, mas só incide sobre o valor acrescentado por cada um, em cada fase da cadeia de produção, até acabar por ser suportado exclusivamente pelo CF, que não deduz. Simultaneamente, os SP não incorporam o custo do IVA na sua atividade económica: repercutem sobre os seus destinatários o IVA liquidado a jusante nas transações tributáveis dos seus *outputs*, e deduzem o IVA suportado a montante nas respetivas aquisições dos *inputs* utilizados no âmbito dessas mesmas operações tributáveis³⁴.

O direito à dedução³⁵ é, assim, um princípio basilar na estruturação do IVA, que garante a sua proporcionalidade com os preços dos bens e serviços, independentemente do número de transações antecedentes³⁶: o IVA é calculado sobre o preço de cada operação e só é exigível com a prévia dedução do imposto que inicialmente incidiu sobre o custo dos elementos constitutivos desse preço. Isto reafirma a neutralidade fiscal, ao prevenir que o IVA influencie preços diferentes de formas diferentes.

O direito à dedução só pode ser exercido por SP em relação aos ativos que tenham um nexo direto e imediato com a sua atividade produtiva³⁷. Todavia, como é

³¹ Punín, 2012.

³² Correia, 2023.

³³ O efeito cumulativo ocorre quando o imposto de fases anteriores é suportado pelo comprador que, por sua vez, o repercute no seu preço de venda, tornando-o num custo que é sucessivamente tributado nas etapas seguintes. Esta tributação em cascata sobrecarrega indevidamente o CF.

³⁴ O art. 1.º da DIVA estabelece a dedutibilidade como princípio estruturante inerente ao sistema do IVA.

³⁵ Arts. 167.º ss. da DIVA e 19.º ss. do CIVA.

³⁶ Acs. TJUE, Rompelman, C-268/83; TJUE, Elida Gibbs, C-317/94: os ativos tributáveis devem suportar a mesma carga fiscal, independentemente da extensão do circuito económico. Através da dedução do IVA suportado pelos SP, o IVA deve ser proporcional ao preço dos mesmos.

³⁷ Ac. TJUE, Danfoss e AstraZeneca, C-371/07.

exercido de forma plena³⁸ e imediata, há a necessidade de garantir que a dedutibilidade reflète a utilização real e efetiva dos ativos que lhe deram origem nessa atividade económica. Caso o SP tenha deduzido previamente o IVA suportado em ativos que inicialmente aloca ao património da empresa, mas que são posteriormente consumidos e destinados a fins alheios (não relacionados com a sua atividade económica), a dedução foi indevida. Por decorrência, a AT ficaria sem a receita do IVA correspondente ao valor acrescentado na fase em que ocorre o autoconsumo, pois o SP não liquidaria o IVA dessa operação gratuita e iria deduzir indevidamente o IVA suportado na compra.

O instituto do autoconsumo externo assegura³⁹ o correto funcionamento da mecânica do IVA, alinhando a correspondência⁴⁰ do direito à dedução do IVA suportado na compra dos *inputs* com a obrigação de contabilizar e cobrar o IVA liquidado a jusante na venda dos respetivos *outputs*. Este mecanismo corrige deduções indevidas, quando o destino real dos *inputs* não resulte afinal em *outputs* tributados⁴¹, evitando consumos não tributados.

3.3. A finalidade antiabuso

O sistema do IVA é complexo e, em alguns aspetos, propenso à fraude.

O método do crédito de imposto e o exercício prévio e imediato do direito à dedução proporcionam uma oportunidade para o abuso: quando o SP adquire bens e os afeta artificialmente a fins empresariais, mas com o verdadeiro propósito de os desviar para fins alheios⁴², beneficia indevidamente do direito à dedução prévia do IVA suportado e pode logo reivindicar o crédito do IVA suportado na aquisição, passando a deter o ativo sem IVA⁴³. Posteriormente, quando a utilização real e efetiva não é afinal coerente com a afetação inicial do mesmo, o SP consegue exonerar de IVA verdadeiros atos de consumo⁴⁴ – enquanto um CF, na mesma situação, teria de pagar, sem ter direito à dedução⁴⁵. Para evitar este resultado, a desafetação gratuita de um bem afeto à atividade empresarial que acaba por ser destinado a fins privados e alheios à empresa⁴⁶ é assimilada a uma operação onerosa e sujeita a IVA.

³⁸ Plena, ou seja, em relação à totalidade do IVA que incidiu sobre as operações a montante.

³⁹ Neste sentido, Ac. TJUE, Wollny, C-72/05.

⁴⁰ Inicialmente assegurada pelo mecanismo de autopolicimento dos SP, que só podem deduzir o IVA suportado, caso as despesas sejam tituladas por faturas. Vide Vasques, 2017, pp. 333 *et seq.*

⁴¹ Punín, 2012, p. 190.

⁴² Xavier de Basto, 1991, pp. 153 e 154.

⁴³ Recordar-se que o direito à dedução nasce no momento em que o imposto dedutível se torna exigível. Cfr. art. 22.º/1 e arts. 7.º e 8.º, todos do CIVA.

⁴⁴ Schenk *et al.*, 2015, pp. 108 *et seq.*

⁴⁵ Ac. TJUE, Hotel Scandic, C 412/03: o autoconsumo impede que as transações feitas por um SP fiquem livres de IVA, enquanto um particular teria de pagar IVA.

⁴⁶ Ac. TJUE, Kühne, 50/88; e Ac. TJUE, Mosche, C-193/91 – *ex vi* Vasques, 2017.

Contudo, a prevenção do abuso pode não ser totalmente eficaz, dadas as dificuldades de previsão das proporções de utilização privada dos bens, de controlo e de prova da sua utilização efetiva, sendo também complexa a identificação de irregularidades⁴⁷.

Ainda que a finalidade antiabuso não seja o seu objetivo principal e mais característico, estas normas operam como um segundo crivo de controlo do posterior destino dos bens e serviços, dissuadindo comportamentos de risco por parte dos SP e impedindo o abuso, mesmo que não sejam medidas infalíveis.

3.4. O princípio da neutralidade

O princípio da neutralidade⁴⁸ é um critério interpretativo e estruturante do sistema do IVA⁴⁹. Tal como visa e assegura a sua mecânica, o IVA deve ser um imposto neutro, sem interferência nas decisões dos agentes económicos, que devem ser motivadas apenas por considerações económicas e não fiscais, logrando a afetação eficiente de recursos em mercado.

Do ponto de vista da produção, o IVA não deve ser um custo nem um proveito para a atividade económica dos SP⁵⁰. No âmbito das suas operações comerciais tributadas, o direito à dedução total e imediata garante que o SP fica inteiramente desonerado do encargo financeiro do IVA – são meros cobradores do imposto, cuja cobrança não influencia os processos produtivos nem altera os preços, tratando todas as atividades por igual. Por sua vez, os CF não têm direito à dedução e é a si que cabe suportar o custo do IVA repercutido pelos SP – são os “contribuintes de facto”, detentores da capacidade contributiva que se pretende tributar.

Portanto, o instituto do autoconsumo externo certifica que a dedução do IVA só exonera o SP, agindo enquanto tal, e só quanto aos bens destinados e efetivamente usados para fins empresariais. Simultaneamente, garante que o IVA tributa a generalidade dos atos de consumo final uniformemente, sem interferir nas escolhas dos agentes do mercado e independentemente de quem consome.

Na vertente sistemática deste princípio⁵¹, é a própria dinâmica do IVA que conduz à tributação do autoconsumo externo de forma lógica, por condicionar a consolidação do exercício do direito à dedução à verificação do uso real dos ativos em atividades geradoras de IVA, certificando a correspondência entre a dedução inicial

⁴⁷ Swinkels, 2008.

⁴⁸ A neutralidade é um dos principais objetivos do sistema do IVA, reconhecida no Considerando 5 do Preâmbulo da DIVA (2006/112), por decorrência do art. 113.º do TFUE. O art. 1.º da DIVA prevê os elementos do imposto que os asseguram.

⁴⁹ Ac. TJUE, Fischer, C-283/95; Ac. TJUE, Gregg, C-216/97; e Ac. TJUE, AB SKF, C29/08; – *ex vi* Van Der Wal, 2013.

⁵⁰ Ac. TJUE, Fatorie, C-424/12: a atividade económica é tributável, independentemente dos seus resultados.

⁵¹ Vasques, 2017, p. 107.

do IVA pago a montante e a cobrança do IVA liquidado a jusante. Caso seja dado um destino diferente e alheio à atividade que originou o direito à dedução, tributa-se o autoconsumo para ajustar a dedução inicial indevida e garantir a tributação do respetivo consumo, em prol da equidade do sistema de IVA.

Já o TJUE⁵² tem, por vezes, construído a neutralidade como um corolário do princípio da igualdade de tratamento, entendimento com o qual não concordamos, pois a neutralidade esgota o seu alcance no domínio fiscal e só assegura a igualdade entre situações de concorrência: entre agentes económicos em concorrência entre si ou entre operações comparáveis que estes levem a cabo, no sentido em que bens e serviços semelhantes (em concorrência entre si) devem ser tratados de igual forma e estar sujeitos a tributação em iguais condições⁵³, independentemente de quem seja o produtor ou distribuidor⁵⁴, sem que o IVA tenha impacto nas decisões inerentes nem no preço praticado⁵⁵. Desonerando os SP do encargo económico do IVA, eliminam-se os estímulos à concentração empresarial, pois o IVA apenas recai sobre o valor acrescentado em cada fase, não havendo discriminação face à integração vertical das empresas. A neutralidade do IVA apenas elimina distorções de concorrência, salvaguardando a igualdade entre operadores necessariamente em concorrência e atividades comparáveis no mercado. Os fornecimentos que não sejam semelhantes não se enquadram no âmbito de aplicação deste princípio, mas são na mesma visados pela tributação do autoconsumo externo.

Consequentemente, a tributação do autoconsumo externo, além de prevenir o exercício indevido do direito à dedução e corrigir o desvio de recursos empresariais para outros fins não estritamente empresariais, evita distorções no funcionamento do mercado. Todavia, mais do que apenas promover a neutralidade entre transações equivalentes entre concorrentes (exigindo a existência de mercado), esta tributação garante a equidade no tratamento de transações equivalentes, mesmo quando não haja concorrência direta. Portanto, o princípio da neutralidade não é suficiente para sustentar a figura do autoconsumo externo. É também necessário o controlo do princípio da igualdade, que vai além do mercado e da concorrência. O IVA deve ser neutro “em relação à concorrência entre SP”⁵⁶, mas não só.

As potenciais vantagens que o sistema formalmente concede aos SP resultariam numa distorção relativamente a quem adquirisse os mesmos bens e serviços na qualidade de CF (que suportaria o IVA sem direito à dedução)⁵⁷, pelo que

⁵² Acs. TJUE, *Cimber Air*, C-382/02; e TJUE, *Abbey National*, C-169/04.

⁵³ Acs. TJUE, *Gregg*, C-216/97; TJUE, *Linneweber*, C-453/02; e TJUE, *Akritidis*, C-462/02.

⁵⁴ Van Der Wal, 2013.

⁵⁵ Ac. TJUE, *Enkler*, C-230/94.

⁵⁶ Vide Stessens, 2023, p. 99 e Van Abswoude, 2022.

⁵⁷ Celorico Palma, 2017, pp. 56-57 e 161.

o autoconsumo garante a uniformidade no consumo e evita a concorrência desleal entre agentes económicos, prevenindo a erosão fiscal e assegurando os objetivos e a integridade do sistema de IVA⁵⁸. Como fato tributável, obriga o SP a liquidar IVA quando presta serviços ou dispõe de bens da empresa gratuitamente para fins alheios, confirmando a tributação devida de todos os consumos finais e que as deduções só se consolidam quando os bens são efetivamente usados na atividade económica inicialmente declarada, corrigindo abusos e deduções indevidas.

Em suma, neste âmbito, o autoconsumo externo evita que se tratem situações similares de mercado de forma diferente, pois a carga tributária que recai sobre os CF deve ser homogénea, independentemente dos canais pelos quais os bens e serviços tenham chegado ao seu poder.

3.5. O princípio da igualdade de tratamento

O entendimento do TJUE de restringir a igualdade às situações de concorrência é, de facto, “profundamente redutor”⁵⁹. O princípio da igualdade de tratamento possui dignidade constitucional⁶⁰, conteúdo próprio e o seu alcance transcende as exigências da neutralidade: exerce maior controlo e resolve problemas onde a neutralidade não chega. A capacidade contributiva é uma manifestação deste princípio e comporta a vertente da generalidade, na medida em que todos são obrigados a pagar impostos, e da uniformidade, pois o critério de repartição deve ser igual para todos⁶¹.

Este princípio geral de DUE veda discriminações artificiosas e injustificadas⁶² e garante que todos os agentes económicos⁶³, em situações materialmente comparáveis, da perspetiva do consumidor médio⁶⁴, devem suportar um encargo fiscal equivalente. Nesta comparação, a referência é a realidade económica⁶⁵ da substância dos factos, para alinhar o tratamento fiscal, independentemente da forma ou classificação jurídica.

A tributação do autoconsumo externo garante a igualdade entre um SP e um CF, ou seja: entre o SP que afeta um bem ou fornece serviços da empresa (adquiridos

⁵⁸ Vasques, 2017.

⁵⁹ Vasques, 2017, pp. 105-116.

⁶⁰ Art. 13.º da CRP.

⁶¹ Monteiro, 2018.

⁶² Acs. TJUE, *Idéal Tourisme*, C-36/99; e TJUE, *Klensch*, C-201/85 e 202/85: proíbe-se a desigualdade de tratamento entre situações comparáveis, a não ser que haja uma justificação objetiva e razoável.

⁶³ Acs. TJUE, *Marks & Spencer*, C-309/06; e TJUE, *Rank Group*, C-259/10 e C-260/10: sendo dispensável a concorrência entre si.

⁶⁴ Ac. TJUE, *Rank Group*, C-259/10 e C-260/10: ofertas similares do ponto de vista do CF têm características análogas (em função da utilização), satisfazem as mesmas necessidades e as diferenças têm pouca relevância nas suas escolhas.

⁶⁵ Van Abswoude, 2022.

no âmbito da sua atividade económica sobre os quais deduziu IVA) para fins alheios e privados, por um lado, e o CF que adquire bens ou serviços similares⁶⁶ (e suporta o encargo financeiro do IVA devido⁶⁷, pois não goza do direito à dedução⁶⁸), por outro.

Embora não estejam em concorrência, o SP, que beneficia gratuitamente dos ativos do seu negócio para fins privados, encontra-se na mesma situação que os particulares que têm de pagar IVA, sem direito a deduzir. Ambos atuam como CF e realizam operações homogêneas, do ponto de vista da realidade económica: verdadeiros atos de consumo equivalentes que manifestam uma capacidade contributiva que o IVA pretende tributar de forma igual, independentemente da sua forma, de quem seja o fornecedor ou prestador ou da mera ausência de contraprestação.

O objetivo é impedir consumos privilegiados à margem de tributação e que os SP obtenham vantagens indevidas, em comparação com um CF normal. Caso realize despesas pessoais, o SP deve ser tratado como qualquer CF, em prol da justiça fiscal. Caso contrário, haveria uma discriminação desproporcional e inconstitucional de consumos similares, sem qualquer justificação. Tal situação beneficiaria o SP, que estaria a desviar indevida e gratuitamente recursos empresariais livres de IVA para fins privados e estranhos à atividade produtiva⁶⁹, face aos demais agentes, que não teriam essa vantagem, mesmo sendo igual o destino final dado aos bens e serviços⁷⁰.

Assim, a tributação do autoconsumo externo salvaguarda a uniformidade de tributação de todos os atos de consumo e assegura o funcionamento da mecânica do IVA. Na sua ausência, não se tributariam certos atos de consumo e haveria desigualdades entre operações semelhantes⁷¹.

⁶⁶ Neste sentido, v. Acs. TJUE Enkler, C-230/94; TJUE, Fillibeck, C- 258/95; TJUE, Fischer e Brandenstein, C-322/99 e C-323/99; TJUE, Hotel Scandic, C-412/03; e TJUE, Posnania Investment, C-36/16.

⁶⁷ Ac. TJUE, de Jong, C-20/91; e Seeling, C-269/00.

⁶⁸ Ac. TJUE, Enkler, C-230/94; e Filliberk, C-258/95.

⁶⁹ Ac. CAAD, 6/2011-T.

⁷⁰ Noiret da Cunha, 2004, pp. 113-114

⁷¹ Celorico Palma, 2005, pp. 49- 52.

4. A tributação do autoconsumo externo

À luz dos fundamentos teóricos, analisamos, nesta secção, o preenchimento dos pressupostos e as especificidades legais deste regime.

4.1. Requisitos de incidência

Em termos gerais, as operações de autoconsumo externo são tributadas por assimilação a transações onerosas, caso se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos⁷²:

- 1) a operação deve realizar-se a título gratuito;
- 2) a operação deve ter em vista as necessidades particulares do titular da empresa, do seu pessoal ou de terceiros, ou, em geral, servir fins alheios à atividade económica da empresa;
- 3) e os bens devem encontrar-se afetos ao património da empresa, tendo originado o direito à dedução, total ou parcial, do IVA suportado nos *inputs* adquiridos e inicialmente destinados à realização das operações tributáveis que se enquadram na atividade económica do SP⁷³.

Assim, a tributação do autoconsumo externo (cfr. arts. 16.º e 26.º da DIVA) assenta essencialmente em duas características estreitamente ligadas: da gratuitidade da operação, presume-se que a afetação dos bens e serviços visa fins alheios à empresa.

Por sua vez, associa-se o terceiro requisito que se refere ao direito à dedução e evita consumos não tributados, dado que esta tributação ajusta deduções indevidas que não refletem o uso real e efetivo dos recursos que lhes deram origem.

4.1.1. A gratuitidade

Ao contrário do que acontece nas operações onerosas (em que vigora um princípio de generalidade na tributação), as operações de autoconsumo, por serem gratuitas, são tributadas excecionalmente e de acordo com limites razoáveis. A extensão da tributação ocorre se for necessário salvaguardar os princípios fundamentais do sistema do IVA e as condições em que atuam os agentes económicos.

⁷² Punín, 2012; Vasques, 2017; e Ac. CAAD, 305/2014-T.

⁷³ Ressalvando-se que o art. 26.º/1, b) da DIVA não exige explicitamente a dedução do IVA suportado a montante.

Tanto a incidência objetiva⁷⁴ como subjetiva⁷⁵ do IVA assentam no conceito de “atividade económica”, ao qual é inerente uma finalidade lucrativa de obtenção de benefícios: deve ser remunerada e capaz de gerar receita continuamente, mesmo que não origine necessariamente lucro⁷⁶. O duplo teste desenvolvido pelo TJUE preconiza que, em regra, as operações sujeitas a IVA devem ser realizadas a título oneroso e no exercício de uma atividade económica do SP⁷⁷.

Contudo, no autoconsumo externo, tributam-se excecionalmente operações realizadas a título gratuito⁷⁸ por um SP, por se presumir que, dada a gratuitidade, satisfazem necessidades alheias aos fins comerciais da empresa – nomeadamente, do respetivo titular, dos seus trabalhadores ou de terceiros. Atuar a título oneroso é, de facto, uma condição subjetiva⁷⁹ para se considerar alguém SP (podendo realizar operações gratuitas apenas ocasionalmente), mas não é afinal requisito essencial da incidência objetiva⁸⁰ do IVA: o autoconsumo externo é uma regra de incidência objetiva específica, que assimila operações gratuitas a transações onerosas tributáveis.

Portanto, importa, primeiramente, perceber em que consiste a gratuitidade de uma operação em concreto para depois averiguar os restantes requisitos.

Por um lado, a gratuitidade refere-se à ausência de uma contraprestação específica – característica comum a todas as modalidades de autoconsumo. Por outro, uma operação é onerosa caso implique prestações recíprocas que mantenham entre si um nexo direto⁸¹ e quando seja possível identificar o destinatário da prestação⁸².

No Ac. Kuwait Petroleum, C-48/97, o TJUE esclareceu que o fornecimento de brindes (em troca de selos promocionais dados na compra de combustível, sem qualquer custo adicional) era gratuito, por não haver nexo direto com o valor dos

⁷⁴ Arts. 2.º da DIVA e 1.º do CIVA.

⁷⁵ Caso se considere que não há atividade económica ou que o prestador não é SP (cfr. arts. 9.º da DIVA e 2.º do CIVA), não há tributação.

⁷⁶ Para aprofundamento, consultar Vasques, 2017, pp. 129-139 e 195-205.

⁷⁷ Ac. TJUE, Gemeente Borsele, C-520/14: não basta que uma operação seja onerosa para ser uma atividade económica, é necessário que a atividade consiga cobrir os custos operacionais, numa perspetiva *ex ante*, para que se considere económica e que a contrapartida seja uma remuneração da prestação.

⁷⁸ Ac. TJUE, Hong Kong, C-89/81: uma atividade habitualmente realizada a título gratuito não é económica e, por isso, quem a exerce exclusivamente não será SP e estará excluído da incidência do IVA.

⁷⁹ Punín, 2012, p. 48: entidades que realizem apenas operações gratuitas não são SP de IVA e, portanto, as suas operações não são tributáveis. A não tributação não decorre diretamente da gratuitidade, mas do facto de não serem efetuadas por um SP. Para tributar o autoconsumo, o fornecedor ou prestador deve, primeiro, agir na qualidade de SP. Sobre o conceito de SP, ver Vasques, 2017, pp. 159-165.

⁸⁰ Noiret da Cunha, 2004, p. 128 e Punín, 2012, pp. 48 *et seq.*

⁸¹ Acs. TJUE, Tolsma, C-16/93; e TJUE, Apple & Pear, C-102/86: o preço deve ser a contrapartida efetiva da prestação, para que haja um nexo direto entre prestações recíprocas. A retribuição é recebida pelo prestador e é o contravalor efetivo da prestação, sendo que a falta de uma implica a ausência da outra.

⁸² Acs. TJUE, Mohr, C-215/94; e TJUE, Landboden-Agrardienste, C-384/95: As prestações devem ser trocadas entre pessoas com uma relação jurídica entre si, identificando-se com rigor quem delas retira vantagem.

vales e porque o preço do combustível era o mesmo, independentemente de o cliente ter aceitado ou não os *vouchers*. Adicionalmente, os itens permitiram deduzir o IVA suportado (por integrarem o marketing da empresa para promover vendas), mas a oferta em causa extravasava o estritamente necessário para os fins empresariais. Por isso, foi tributada em sede de autoconsumo.

A análise da gratuitidade também permite delimitar o autoconsumo externo e distingui-lo de outras operações afins⁸³.

No Ac. Hotel Scandic, C-412/03⁸⁴, o TJUE esclareceu que o autoconsumo externo abrange apenas operações totalmente gratuitas, excluindo operações onerosas, em que haja uma contrapartida real e efetivamente paga pela prestação em causa, ainda que seja meramente simbólica⁸⁵ ou inferior ao custo do bem ou do serviço fornecido.

O Ac. TJUE, Finanzamt Saarbrücken, C-288/19 confirmou que o autoconsumo não se aplica se houver uma contrapartida efetivamente paga. Não sendo gratuita, a prestação não é um autoconsumo.

No âmbito das relações laborais, surgem dúvidas quanto às prestações fornecidas aos funcionários pelo empregador – assumindo que este atua sempre como SP, no decurso e para efeitos da sua atividade económica⁸⁶ e, por isso, deduz o IVA das despesas com os benefícios⁸⁷. A questão é determinar se os benefícios são remuneração pelo trabalho prestado (configurando uma prestação onerosa tributável⁸⁸) ou se são prestações gratuitas, eventualmente, tributáveis como autoconsumo externo. Será, p. ex., gratuita se o benefício for excessivo face a um valor normal no comércio⁸⁹. Poderá ser um autoconsumo, também, quando o empregador decide livremente oferecer o benefício sem qualquer obrigação executória, quando o trabalhador não tem escolha entre a prestação ou um salário superior, ou quando o uso privado do benefício não depende do trabalho prestado – nem da quantidade nem da qualidade.

O Ac. TJUE, Fillibeck, C-258/95 reconheceu que uma proporção do trabalho realizado pelo trabalhador pode ser uma remuneração por uma prestação do seu empregador. Todavia, a decisão do caso não foi nesse sentido: a prestação de transporte aos funcionários pelo empregador era gratuita, uma vez que tanto o

⁸³ Extravasa o nosso objeto, mas aprofundado em Punín, 2012, pp. 61-73 e Skinderyté, 2015.

⁸⁴ Para aprofundamento, *vide* Vieira de Almeida & Associados, 2021.

⁸⁵ Ac. cit.: Se o Estado entender necessário tributar os benefícios fornecidos a um preço irrisório para evitar a evasão, deve recorrer às cláusulas antiabuso apropriadas e não distorcer o conceito de autoconsumo.

⁸⁶ Mesmo que a concessão dos benefícios não seja uma atividade económica *per se*, os funcionários contribuem para a atividade empresarial.

⁸⁷ Sobre o tema, *vide* Blokland, 2011.

⁸⁸ Punín, 2012, p. 21.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 96.

trabalho a realizar como os salários eram constantes e independentes do uso do transporte.

A FD n.º 9664 dispõe igualmente que os serviços de transporte oferecidos por uma empresa de transporte interurbano aos seus funcionários e familiares, conforme estipulado num CCT, eram uma operação gratuita tributável, nos termos do art. 4.º/2, b) do CIVA.

Contudo, estas decisões não podem ser adotadas por analogia, dado que tudo se altera mediante as circunstâncias: p. ex., haverá um nexo direto quando o empregador retém parte dos salários, em contrapartida de cada utilização privada de fornecimentos por si prestados. Os benefícios em espécie, se forem regulares, vinculados ao trabalho ou dados a todos os trabalhadores, são entregas onerosas, pelo nexo direto existente entre prestações recíprocas.

Foi nesse sentido que decidiu o TJUE, no Ac. AstraZeneca UK, C-40/09: o SP entregava vales de compra⁹⁰, adquiridos por ele, mediante a renúncia pelos funcionários a parte do seu salário – podiam escolher entre o dinheiro e os benefícios em espécie. Neste caso, já foi estabelecido um nexo direto entre o fornecimento dos vales e a parte do salário de que os colaboradores abdicavam: os empregados pagavam efetivamente uma contrapartida pelos vales recebidos. Também foi relevante a escala, pois o sistema de *vouchers* era extenso e não apenas incidental. Portanto, os vales eram prestações em espécie⁹¹ dadas aos trabalhadores, a título oneroso e, por isso, tributáveis nos termos gerais. Note-se que a renúncia ao salário foi a contrapartida dos benefícios fornecidos, mas o trabalho prestado não o seria necessariamente.

Os Acs. TJUE, *Naturally Yours*, 230/87; TJUE, *Empire Stores*, C-33/93; e TJUE, *Bertelsmann*, C-380/99 abordaram benefícios em espécie dados pelo empregador que constituíram fornecimentos onerosos, em troca de uma contraprestação dos trabalhadores – não sendo autoconsumos externos⁹². A *Naturally Yours* vendia os seus produtos a um preço reduzido às funcionárias, como recompensa por reuniões que organizavam. A *Empire Stores* vendia, a preço de custo, artigos promocionais a clientes que apresentassem potenciais clientes – se não os apresentassem, não recebiam nada. A onerosidade assentava num vínculo direto entre a entrega do artigo e a apresentação de clientes. A *Bertelsmann* entregava

⁹⁰ Quanto à qualificação dos vales, consultar: Corput, 2010, pp. 365-369.

⁹¹ Blokland, 2011: O TJUE assumiu implicitamente que os funcionários recebiam o seu salário e, depois, compravam os benefícios. Embora o salário não pague IVA (art. 10.º da DIVA), os benefícios em espécie (embora integrem a remuneração do trabalho) podem estar sujeitos para impedir consumos finais isentos de IVA.

⁹² Nos termos gerais do art. 73.º da DIVA, o VT reflete o valor subjetivo da contrapartida efetivamente recebida, não sendo, regra geral, estimado por critérios objetivos.

brindes a membros dos seus clubes em troca da angariação de novos clientes, assumindo os custos de transporte – a entrega era onerosa, perante o nexo direto entre a entrega dos brindes (prestação principal) e o transporte (prestação acessória) e a angariação de clientes (contrapartida).

Ademais, em certas atividades económicas, o SP pode realizar prestações acessórias⁹³ gratuitas, que devem ser tratadas como um todo com a prestação principal.

O TJUE, no Ac. Deco Proteste, C-505/22 decidiu que, num sistema de assinatura, a entrega gratuita pelo SP de presentes a novos subscritores de revistas era uma prestação acessória da prestação principal (a entrega das publicações periódicas associadas à assinatura), devendo ambas as prestações ser tributadas como um todo nos termos gerais. Apesar da gratuitidade da prestação acessória, não houve autoconsumo.

Em suma, a tributação do autoconsumo externo exige, primeiramente, que a operação em concreto seja gratuita, acionando a presunção ilidível de que as operações gratuitas servem fins alheios à atividade empresarial e constituem, em princípio e se preenchidos os restantes pressupostos, atos de consumo que devem ser tributáveis. Por sua vez, as prestações onerosas, fornecidas mediante remuneração, não são autoconsumos.

4.1.2. A prossecução de “fins alheios” vs. “fins da empresa”

O autoconsumo externo tributa o desvio indevido de ativos empresariais⁹⁴ (que, perante tal afetação inicial, foram desonerados do IVA suportado na aquisição) para fins alheios à atividade económica da empresa, constituindo um ato de consumo final, que gera uma utilidade e uma vantagem na esfera privada de alguém.

Havendo dúvida sobre o destino efetivo⁹⁵ dos ativos empresariais e demonstrada a gratuitidade da operação realizada por um SP, presume-se que esta serve “fins alheios”. Contudo, esta presunção é ilidível⁹⁶ mediante prova de que, não

⁹³ Acs. TJUE, CPP, C-349/96; e TJUE, Comissão/França, C-76/99: a prestação acessória não constituiu um fim em si mesma para os destinatários, mas um meio de beneficiar da prestação principal nas melhores condições. No seu conjunto, ambas formam uma operação única.

⁹⁴ Punín, 2012, p. 61.

⁹⁵ Sabendo-se, a situação é tributada de acordo com a realidade dos factos.

⁹⁶ Arts. 342.º/1 do CC, 74.º/1 da LGT e 100.º/1 do CPPT: o ónus da prova dos factos constitutivos de direitos recai sobre quem os invoque. O Ac. TCAS 682/11.8 BELRA reforça que, tratando-se de uma norma de incidência, os factos constitutivos nela previstos têm de ser demonstrados pela AT, que não pode tributar a situação com base numa presunção que não seja devidamente indiciada. No Ac. TCAS, 1728/07.OBELSB, estabelece-se que, para a AT alegar a prossecução de fins alheios, não eram suficientes meras afirmações conclusivas.

obstante a gratuidade e ponderando as circunstâncias específicas de cada caso, a operação visa “fins estritamente empresariais” e não é um autoconsumo externo.

Assim, os critérios em função dos quais se preenchem os conceitos indeterminados de “fins alheios” e de “fins da empresa” são cruciais para analisar o autoconsumo externo.

Dada a sua importância na tributação do autoconsumo externo, o requisito relativo à prossecução de “fins alheios” é mencionado de forma expressa, mas tanto a DIVA como o CIVA são absolutamente omissos quanto à sua delimitação conceptual e só adiantam uma enumeração exemplificativa, ao referirem as necessidades privadas do SP titular da empresa, do seu pessoal ou de terceiros.

Em termos gerais, tratamos de fins estranhos à atividade produtiva e diferentes do propósito legal de obtenção dos benefícios que motivam a prática empresarial. No seu sentido comum, poder-se-ia pensar que nenhuma operação comercial tem fins alheios (sem prejuízo de certas situações limite), pois é fácil demonstrar uma qualquer conexão com a atividade do SP⁹⁷.

Porém, o conceito de “fins alheios” é amplo e deve ser entendido num sentido técnico específico, ao englobar todas as ofertas que não sejam essenciais para manter a continuidade das operações da empresa que originam a liquidação de IVA a jusante. Portanto, vigora uma interpretação restritiva: não basta uma qualquer conexão com a atividade empresarial, é necessário provar-se a “indispensabilidade das despesas para a normal continuidade do processo produtivo”⁹⁸.

Ainda assim, há casos em que as circunstâncias especiais (em que é exercida certa atividade e em que é realizada certa prestação gratuita) podem justificar que se considere que uma operação, apesar de gratuita, se torna necessária para a atividade empresarial do SP que a realiza (p. ex., para os seus empregados ou contactos comerciais) e que, por isso, visa estritamente a satisfação de “fins da empresa”. Nessa situação, não há um autoconsumo sujeito a IVA⁹⁹.

Tendo em conta a complexidade da sua interpretação controvertida, ambos os conceitos devem ser preenchidos, atendendo às circunstâncias de cada caso concreto. Além da doutrina, a jurisprudência tem vindo a densificar os termos desta distinção, apontando diretrizes interpretativas, embora não haja uma interpretação uniforme aplicável a todas as situações.

⁹⁷ Arnaldo & Silva, 2013: no limite, todas as ofertas visam incrementar o VN ou a visibilidade da empresa.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

O Ac. TJUE, Kuwait Petroleum, C-48/97 esclareceu que, quando a operação é gratuita e o SP tenha deduzido o IVA suportado, não é decisivo que a transmissão ocorra para os fins da empresa¹⁰⁰, mas sim que não ocorra para fins alheios.

O Ac. TJUE, Mitteldeutsche Hartstein-Industrie, C-528/19 estipulou que a realização de obras numa estrada aberta ao público feitas pelo SP, a título gratuito, em benefício de um município não era um autoconsumo, pois a operação visava estritamente fins da empresa: além de conferir um benefício ao SP, tinha uma relação direta e imediata com a sua atividade económica tributável. A reparação da estrada foi feita para suportar o tráfego de veículos pesados usados pelo SP, no âmbito da sua atividade e as despesas das obras integravam os elementos do custo das operações efetuadas a jusante pelo SP, que eram, por sua vez, tributadas. A estrada não era utilizada pelo município para fins privados – só estava acessoriamente aberta à circulação pública, o que não se opunha à prossecução dos fins empresariais. Porquanto, não ocorreu nenhum consumo final privilegiado contra os princípios do sistema.

Na FD n.º 3024, a AT concluiu que uma cedência de convites para uma sala de espetáculos respondia a necessidades diretas da empresa, por consistir numa obrigatoriedade legal e num uso normal de comércio, no setor da atividade em causa¹⁰¹.

No Ac. CAAD, 356/2023-T, decidiu-se que a operação não se destinava a fins alheios, pois, apesar de gratuita, respondia a uma situação específica e excecional (o período da pandemia COVID-19) para assegurar a viabilidade do negócio.

Em suma, a gratuidade não implica automaticamente um autoconsumo tributável. É necessário averiguar o destino e a realidade económica subjacente.

Novamente, as prestações realizadas pela empresa em benefício dos seus trabalhadores podem gerar dúvidas neste âmbito, pois podem atender, simultaneamente, a fins empresariais (p. ex., para melhorar o desempenho) e a interesses privados dos funcionários¹⁰². A análise complica-se, especialmente, quando os funcionários não pagam diretamente um preço pelos benefícios, mas os custos para o empregador também não podem ser exclusivamente atribuídos ao uso privado.

¹⁰⁰ Ac. TJUE, Kuwait Petroleum, C-48/97: a exclusão das ofertas e amostras de pequeno valor de tributação (por visarem necessidades da empresa) deixaria de ter sentido se a 1.ª parte do art. 16.º da DIVA não tributasse afetações gratuitas que o SP efetua para fins da empresa.

¹⁰¹ Coelho Moreira, 2014: neste entendimento da AT, a diferença entre o conceito de “fins alheios” e de “conformidade com os usos comerciais” é relevante. Não pode inferir-se, do mero preenchimento do critério de “conformidade com os usos comerciais” (usado pela AT no caso concreto), um critério geral para a subsunção ou não ao conceito de “fins alheios”.

¹⁰² Blokland, 2011

No Ac. TJUE, Fillibeck, C-258/95 discutiu-se o uso dominante no caso de uma empresa que fornecia transporte gratuito¹⁰³ aos trabalhadores, entre as suas casas e os vários locais de trabalho das obras. O TJUE conclui que, sendo o benefício pessoal dos trabalhadores meramente eventual, acessório e secundário em relação às necessidades diretas do negócio na prestação, não havia autoconsumo. Embora se presumisse que o transporte gratuito pudesse satisfazer necessidades privadas dos funcionários (cabendo-lhes a escolha do local em que habitavam e do meio de transporte que usavam), a prestação era essencial para as necessidades específicas da empresa, por aconselharem que o transporte fosse assegurado pela mesma, atendendo às circunstâncias concretas do caso, nomeadamente, às mudanças frequentes de locais de trabalho, às distâncias longas e de difícil acesso, à necessidade da presença diária e pontual dos trabalhadores, à inexistência de alternativas que não comprometessem a atividade comercial, à alta rotação dos assalariados, às questões logísticas, ao facto da prestação permitir organizar melhor o trabalho e até ao facto de o transporte estar previsto em CCT. Assim, a prestação não foi tributada em sede de autoconsumo.

O Ac. TJUE Danfoss e Astrazeneca, C-371/07 avaliou o fornecimento gratuito de refeições pela empresa aos trabalhadores e a contactos comerciais, no decurso de reuniões realizadas nas suas instalações. Em termos gerais, presumia-se que a oferta servia as necessidades privadas dos destinatários, que escolhiam onde, quando e o que comer. Porém, havia dados objetivos do caso que provaram que o uso empresarial era dominante e que as refeições serviam fins estritamente profissionais e que as exigências da empresa impunham que o fornecimento fosse proporcionado pelo empregador. Em concreto, provaram, p. ex., que o fornecimento ocorria somente quando as reuniões se prolongassem durante dias inteiros, com participantes de diferentes locais e que não havia escolha relativamente aos alimentos oferecidos, tendo como único propósito garantir a celeridade das reuniões, sem interrupções nem constrangimentos.

Na mesma linha interpretativa, no Ac. GEAES, C-607/20, o TJUE sentenciou que a oferta de vales de compras aos funcionários como recompensa também não era tributável em sede de autoconsumo, pois a vantagem que os funcionários obtinham com o uso pessoal dos vales era secundária e meramente acessória à satisfação das necessidades da empresa de, nomeadamente, recompensar e melhorar o desempenho dos funcionários mais meritórios e eficientes, bem como de otimizar o funcionamento e a rentabilidade da empresa.

¹⁰³ Ac. TJUE, Fillibeck, C-258/95: o transporte era gratuito, pois tanto o trabalho como a remuneração laboral eram idênticas, quer a prestação ocorresse ou não. O trabalho não era uma contrapartida em espécie.

Por sua vez, no Ac. BCR Leasing, C-438/13¹⁰⁴, o TJUE ponderou o tratamento a dar a bens que, por incumprimento dos clientes, não foram recuperados pela empresa após o termo dos contratos, sem ter sido recebida qualquer contrapartida. O TJUE decidiu que esta situação não podia conduzir à tributação em sede de autoconsumo, pois, além de não ter havido qualquer cedência dos bens (estes ficaram com os locatários devido ao seu incumprimento faltoso e não a uma decisão da empresa), a essência da atividade da empresa era a locação de bens, pelo que esta falha integrava os riscos do negócio e não era uma afetação a fins alheios. As mercadorias estavam aplicadas apenas para fins comerciais, que acarretam riscos¹⁰⁵.

O Ac. TCAS, 07832/14 não aplicou o art. 3.º/3, f) do CIVA à afetação de equipamentos a uma estratégia de marketing que permitia o uso dos serviços do portal da empresa, por julgar que, apesar de gratuita, estava em conexão com os fins da empresa, isto é, com o desenvolvimento da sua atividade e a satisfação das suas necessidades. Isto bastou para que não se concluísse pela afetação dos bens a fins alheios, mesmo que as intenções não se tenham esgotado no projeto da empresa.

O Ac. TCAS, 18/11.8BELRA também não aplicou o art. 3.º/3, f) do CIVA num caso em que se provou que os bens foram efetivamente vendidos pela empresa, a título oneroso, para sucata e a clientes, pois “conhecendo-se o destino dado aos bens, não é necessário fazer apelo à presunção (...)”.

No Ac. TCAS, 1907/09.5BELRS, o tribunal decidiu que a cessão gratuita de posição contratual num contrato de leasing não visava fins alheios, pois procurava aliviar a empresa de custos que não podia suportar. Face à situação difícil em que se encontrava, foi uma decisão de gestão em linha com a finalidade de uma sociedade lucrativa.

Inversamente, há exemplos na jurisprudência em que não se ilide a presunção nem se comprova o uso empresarial efetivo e a lei tributa fornecimentos presumidos em sede de autoconsumo externo, como medida preventiva para evitar que ocorram deduções indevidas de IVA em ativos que, apesar de úteis às atividades empresariais, possam ser usados para fins pessoais e alheios, fora dos limites dessas atividades económicas e que possam resultar em consumos privilegiados. Assim, as operações prosseguem fins alheios quando se destinam diretamente ao consumo final não empresarial, sem se excluir a possibilidade de prosseguirem, simultaneamente, um interesse comercial indireto.

O Ac. TJUE Finanzamt X, C-207/23 abordou transmissões gratuitas de calor entre empresas para uso próprio (p. ex., para secar madeira e aquecer campos) nas

¹⁰⁴ Ac. cit.

¹⁰⁵ Punín, 2012, pp. 206 *et seq.*: De sublinhar que esta decisão pode eventualmente incentivar os SP a abusar do sistema – p. ex., efetuando registos falsos de bens ficticiamente “desaparecidos”.

suas atividades económicas tributadas e que conferiam direito à dedução. Todavia, o TJUE decidiu que estas operações gratuitas, mesmo que pudessem beneficiar indiretamente a empresa prestadora, tinham como principal objetivo auxiliar as operações económicas de outras entidades. Foram tributados como autoconsumos externos, por não almejarem o interesse direto do SP transmitente.

O Ac. TJUE *Cookies World*, C-155/01 analisou uma prestação de serviços de locação de automóveis. Dada a gratuitidade, presumiu-se que, em princípio, os carros se destinavam ao uso pessoal, embora a decisão não indicasse que os bens eram efetivamente usados para tal fim. A presunção apenas não foi ilidida. A despesa não se relacionava diretamente com a atividade normal do SP e os bens, mesmo que utilizados para fins empresariais, podiam também ser afetos a fins pessoais (dos empregados, p. ex.), criando um potencial cenário de benefícios pessoais indiretos.

No Ac. CAAD, 6/2011-T abordou-se o fornecimento gratuito, por um parque de diversões, de bilhetes sob acordos comerciais com agentes e no quadro de atividades de responsabilidade social corporativa assim como de refeições a funcionários e parceiros. A AT logrou prova de factos objetivos que abalaram a veracidade da contabilidade do SP e indiciaram fortemente a existência do facto tributário a que se reporta o art. 4.º/2, b) do CIVA, passando a caber ao SP o ónus da prova quanto à inexistência de fins alheios¹⁰⁶. Decidiu-se que as prestações gratuitas a entes que prosseguissem fins sociais (mesmo que pretendessem publicitar a empresa e as suas ações de responsabilidade social) visavam fins alheios e não o estrito cumprimento do seu objeto social. Por isso, o prestador pagou IVA¹⁰⁷. A operação não era indispensável ao funcionamento da empresa – seria se, p. ex., não a realizar colocasse a empresa numa posição de subalternidade perante os concorrentes que fizessem tais ofertas¹⁰⁸.

No Ac. CAAD, 305/2014-T, aplicou-se o art. 3.º/3, f) do CIVA em relação a bens que, após a empresa mudar de objeto social, foram desviados para uso não empresarial, pois o SP não fez prova de que tinham sido efetivamente vendidos e não afetos a fins alheios.

Ora, quando a linha entre o uso empresarial e privado é ténue, a jurisprudência, nomeadamente a do TJUE, determina o uso dominante, identifica em que consiste a atividade da empresa e em que medida as operações são essenciais à prossecução dessa atividade. Contudo, apesar de fornecer algumas diretrizes, a jurisprudência

¹⁰⁶ Ac. CAAD, 6/2011-T: não foi feita prova dos efetivos destinatários dos bilhetes nem das refeições, embora fossem prestações necessárias ao funcionamento e que beneficiavam diretamente o negócio e aumentavam a sua visibilidade.

¹⁰⁷ Arnaldo & Silva, 2013.

¹⁰⁸ *Ibid.*

não aponta uma solução inequívoca, apenas bases interpretativas. Tratamos de conceitos indeterminados que, perante as dificuldades interpretativas, devem ser preenchidos caso a caso.

Nesse preenchimento, a doutrina¹⁰⁹ alerta para a importância de se analisar a concreta posição relativa do SP enquadrada na realidade empresarial em que se insere, a sua intenção e a indispensabilidade da operação para o negócio e para a prossecução, normal funcionamento e desenvolvimento da atividade da empresa, em termos subjetivos – atendendo, p. ex., ao clima económico vivido no momento concreto, às práticas normais do setor, à sua situação perante os concorrentes, na situação fáctica em que se encontram, ou à fase de desenvolvimento do projeto.

Ademais, uma finalidade alheia está vinculada a “liberalidades puras”, ou seja, a meras cortesias não imperativas. Os fins empresariais concretizam-se em “liberalidades remuneratórias ou condicionadas”¹¹⁰, que, além de essenciais para as necessidades da empresa, devem gerar um benefício próprio da atividade¹¹¹, sendo meramente acessórias as vantagens que terceiros possam retirar¹¹².

Ao ocuparem uma área cinzenta, certas operações gratuitas, cujas despesas tanto podem ser pessoais como empresariais, presumem-se consumos próprios que visam fins alheios, exceto se se provar que pretendem fins da empresa, daí a necessidade imperiosa de ponderar as circunstâncias e o contexto concreto de cada caso, o acordo das partes e os termos da lei, bem como os objetivos e as finalidades de cada ato¹¹³.

4.1.3. A dedução do IVA suportado

O direito à dedução do IVA suportado na compra dos *inputs* deve estar coerentemente ligado à obrigação de entregar o IVA liquidado na venda dos respetivos *outputs* e constitui um direito que apenas os SP podem beneficiar, quando estiverem em causa operações no quadro da sua atividade económica tributável.

A tributação do autoconsumo externo, em princípio, só se justifica se o direito à dedução do IVA suportado tiver sido previamente exercido pelo SP na aquisição dos recursos afetos à atividade empresarial e que sejam, posterior e indevidamente, desviados para fins alheios aos que foram inicialmente destinados.

¹⁰⁹ *Ibid.*: se a posição subjetiva do SP indicar que omitir uma oferta já oferecida pelos concorrentes seria uma desvantagem competitiva que comprometeria a sua atividade, então, este poderá, sem ser tributado em autoconsumo, descortinar outro tipo de ofertas sem ter de se cingir a imitar os concorrentes.

¹¹⁰ Punín, 2012, pp. 57 *et seq.*

¹¹¹ Punín, 2012, pp. 206 e 207: pode existir uma ligação funcional intrínseca entre a venda de certos produtos (p. ex., alimentares) e a cessão dos instrumentos necessários para garantir a sua qualidade, ou para fomentar a sua comercialização, nas melhores condições de consumo.

¹¹² Conclusões AG Léger ao Ac. TJUE, Fillibeck, C-258/95.

¹¹³ Ac. TJUE, Cofidis, C-340/22.

Contudo, nem sempre é explicitamente exigido que tenha havido dedução. Quanto aos bens, a ficção só opera se tiver sido deduzido o IVA suportado, pois os *inputs* associados reconstituem-se com facilidade, permitindo averiguar tal exigência. Pelo contrário, nas prestações de serviços a título gratuito, os arts. 26.º/1, b) da DIVA e 4.º/2, b) do CIVA não exigem explicitamente que o IVA suportado a montante tenha sido deduzido para haver tributação, dada a dificuldade de identificação e reconstituição dos *inputs* envolvidos em cada prestação em concreto¹¹⁴ – prevalece o argumento da simplicidade, embora o regime possa levar a situações de DT¹¹⁵.

Portanto, no domínio dos serviços, pode questionar-se se o art. 26.º/1, b) da DIVA visa também corrigir a eventual dedução inicial do IVA suportado a montante nos respetivos *inputs*, visto que não exige explicitamente que tal IVA tenha sido deduzido¹¹⁶.

No domínio dos bens, importa apurar se basta que o IVA incorrido na aquisição gere o direito à dedução ou se é necessário que tenha havido dedução efetiva.

Por um lado, da letra dos arts. 16.º e 26.º/1, a) da DIVA decorre apenas a exigência de que os bens “tenham conferido direito à dedução” – não impõe a dedução efetiva.

Por outro lado, os princípios da neutralidade e da igualdade sugerem que a ficção apenas deve operar quando o SP tenha deduzido efetivamente o IVA suportado (ao ter afetado o bem ao património empresarial), já que só nesse caso se libertaria os bens de IVA e se geraria uma vantagem indevida em relação ao CF normal, que adquire o bem pagando IVA. Caso contrário (se bastasse que o IVA fosse dedutível sem ter sido exercido o direito), gerar-se-ia uma DT ao tributar na mesma o autoconsumo.

Nas Conclusões do AG Ruiz-Jarabo Colomer ao Ac. TJUE, Hotel Scandic, C-412/03 reiterou-se que se o SP não tivesse deduzido o IVA pago na aquisição do bem e fosse novamente tributado pelo autoconsumo, originar-se-ia uma DT, incompatível com o sistema. Por isso, a norma que tributa o autoconsumo tem caráter restritivo e só se aplica se a dedução tiver sido efetiva. Além disso, tendo sido deduzido, a liquidação do imposto evita que um facto tributável (um consumo final) deixe de ser tratado como tal – razão pela qual a DIVA condiciona a tributação do autoconsumo à dedução prévia e efetiva do imposto pago.

¹¹⁴ Blokland, 2011 e Arnaldo & Silva, 2013.

¹¹⁵ Se não houver dedução inicial do IVA e o autoconsumo for tributado, ocorrerá uma DT: o SP já suportou o IVA ao comprar os *inputs* sem deduzi-lo e é novamente tributado a jusante, em sede de autoconsumo, tributando-se a mesma realidade duas vezes.

¹¹⁶ Blokland, 2011.

O Ac. TJUE, Kühne, C-50/88¹¹⁷ reafirmou que a DIVA tributa o uso privado de bens empresariais apenas quando se tenha exercido efetivamente o direito à dedução do IVA. Por um lado, evita-se a não tributação do consumo privado de bens empresariais e, por outro, evita-se uma DT. Acrescentou, ainda, que não será assim se, apesar de não ter deduzido o IVA na compra, o SP tiver depois deduzido o IVA suportado nos serviços de manutenção – se, p. ex., o SP deduziu 50% do IVA total suportado com o bem, o IVA devido posteriormente incidirá sobre 50% do VT. Portanto, não há tributação do uso privado quando o IVA a montante não foi deduzido, mas há na medida em que o uso incluía serviços sobre os quais o IVA foi deduzido¹¹⁸.

Nesse sentido, o Ac. TJUE, Mohsche, C-193/91 reforçou que a DIVA tributa o uso privado de um bem empresarial, mas não tributa a parte relativa a prestações de serviços de manutenção ou exploração do bem que não tenham possibilitado a dedução do IVA a montante pelo SP. A “utilização privada” só é tributável a título excecional e a expressão deve ser entendida de modo estrito, incluindo apenas o uso do bem propriamente dito e não outras despesas acessórias efetuadas em conexão com tal uso.

Por sua vez, o OFC n.º 49424 clarificou que as reparações feitas no período de garantia não são sujeitas a IVA, quando efetuadas a título gratuito, por se entender que se encontram tacitamente incluídas no preço de venda do bem. Consequentemente, não são assimiladas a operações a título oneroso, como o seriam, noutras circunstâncias – cfr. arts. 3.º/3, f) e 4.º/2, b) do CIVA. Por outro lado, também não houve autoconsumo no caso da FD n.º A100 2009006, pois, quando as prestações de serviços são objeto de faturação, as operações consideram-se feitas a título oneroso e são tributáveis nos termos gerais do CIVA. Acresce que o facto de o SP não exercer o direito à dedução poderá ser um indício de que o bem não foi afeto à atividade da empresa.

Assim, nos bens, uma interpretação finalística da lei leva-nos a concluir que o autoconsumo externo só é tributável se o IVA suportado a montante tiver sido efetivamente deduzido, sob pena de originar uma DT injustificada e contrária aos princípios fundamentais do sistema.

4.2. Valor tributável

O autoconsumo externo configura uma regra de incidência objetiva específica, pelo que, para funcionar, precisa de uma cadeia de construção desta incidência do imposto adequada às suas exigências, composta por várias especificidades face ao regime geral – entre as quais, o VT.

¹¹⁷ Tal como os Acs. TJUE, Enkler, C-230/94; e TJUE, Hotel Scandic, C-412/03.

¹¹⁸ Nesse sentido, v. Ac. TJUE, Mohsche, C-193/91.

Nos termos gerais dos arts. 73.º da DIVA e 16.º/1 do CIVA, o VT das operações internas é o valor subjetivo¹¹⁹ da contraprestação efetivamente obtida como pagamento da prestação tributada e corresponde ao sacrifício feito pelo CF¹²⁰.

Todavia, nas operações de autoconsumo, dada a ausência de contraprestação que formaria a BT para a cobrança de IVA, a regra geral não tem aplicabilidade e, por isso, é necessário recorrer a regras especiais de determinação do VT sobre o qual irá incidir o IVA: tais operações ficcionadas são tributadas como transações diferentes da aquisição inicial que originou a dedução indevida do IVA suportado. Por isso, as bases de incidência do IVA deduzido na aquisição e do IVA liquidado no autoconsumo são diferentes e independentes. No final, o IVA deduzido deve traduzir o uso efetivo e real dos bens e serviços¹²¹. Assim, o VT destas transações é estabelecido numa regra específica, prevista nos arts. 74.º e 75.º da DIVA e 16.º/2 e 4 do CIVA, nas als. b) e c).

No autoconsumo externo de bens, os arts. 74.º da DIVA e 16.º/2, b) do CIVA estabelecem que o IVA incide sobre o preço de aquisição dos bens ou de similares ou, na sua falta, sobre o preço de custo, no momento da realização da operação de autoconsumo. O preço de aquisição¹²² refere-se ao valor normal de mercado dos bens, enquanto o preço de custo¹²³ tem em conta todos os componentes usados na produção dos bens e os custos que contribuem para o valor dos mesmos, no estado em que se encontrarem aquando da operação de autoconsumo – e não o VT que tinha na aquisição, aquando da dedução¹²⁴.

No autoconsumo de serviços, o art. 75.º da DIVA define que o IVA incide sobre o valor das despesas suportadas pelo SP na execução da prestação. Em consonância, o art. 16.º, n.º 2, al. c) e n.º 4, al. c) do CIVA define que será o seu valor normal, desde que não seja inferior ao custo suportado pelo SP na execução.

De acordo com a lógica do sistema, o VT deve limitar-se aos *inputs* que inicialmente geraram IVA dedutível¹²⁵, presumindo-se que os valores devem ser

¹¹⁹ Blokland, 2011: parte-se do valor atribuído pelas partes à prestação, ou seja, do preço efetivamente pago pelo CF, por ser o que melhor reflete o valor do consumo e do gasto que o IVA pretende tributar.

¹²⁰ Ac. TJUE, Hotel Scandic, C-412/03.

¹²¹ Ac. TJUE, Van Laarhoven, C-594/10: embora os EM disponham de uma margem de apreciação dos princípios que regem a determinação dos custos a incorporar no VT, devem assegurar que qualquer método de cálculo do IVA devido pelo SP é proporcional à extensão da respetiva utilização privada.

¹²² Ac. TJUE, Property DC, C-16/14: o preço de compra pode basear-se no preço de mercado de bens similares, sem exigir o exame dos seus elementos constituintes ao pormenor.

¹²³ Ac. TJUE, Finanzamt X, C-207/23: na determinação do preço de custo, devem-se examinar os elementos de valor que conduzem a tal preço, na data da operação, à luz de todos os fatores pertinentes. Além dos custos diretos de produção e fabrico, devem-se apurar os custos indiretos (como, p. ex., despesas de financiamento), para se aproximar o mais possível do preço de compra.

¹²⁴ Stessens, 2023, pp. 368 *et seq.*: O autoconsumo pode ser vantajoso se o bem perder valor rapidamente (p. ex., um computador), visto que o VT no momento do autoconsumo já será inferior ao valor na aquisição.

¹²⁵ Ac. TJUE, Uudenkaupungin Kaupunki, C-184/04.

considerados sem IVA incluído¹²⁶. A neutralidade fiscal impõe que não se incluam componentes cujo IVA já tenha sido suportado¹²⁷ sem ter sido deduzido, sob pena de ocorrer uma DT¹²⁸.

Além disso, note-se que, embora o IVA assente na repercussão ao longo da cadeia económica, devendo ser suportado, em última instância, pelo CF, no autoconsumo externo, a repercussão do IVA aos clientes ou adquirentes não é obrigatória (cfr. art. 37.º/3 CIVA¹²⁹) e, assim, pode ser o próprio SP prestador do serviço ou transmitente do bem, a título gratuito, a suportar o tributo devido¹³⁰.

4.3. Facto gerador e exigibilidade

O momento em que o IVA se torna exigível depende da opção dos EM – cfr. arts. 63.º a 66.º da DIVA. Em regra, de acordo com o estipulado na DIVA, torna-se exigível no momento da entrega de bens ou da prestação de serviços (arts. 167.º e 63.º da DIVA) ou, o mais tardar, no momento da emissão da fatura – instrumento de suporte da liquidação e dedução do IVA (art. 66.º da DIVA). No direito nacional, o facto gerador e a exigibilidade estão regulados nos arts. 7.º e 8.º do CIVA¹³¹.

O autoconsumo externo, sendo uma regra de incidência objetiva específica, para funcionar, exige um regime diferente da regra geral: nestas operações, o IVA é devido e torna-se exigível no momento da afetação dos bens ou das prestações de serviços para fins alheios (art. 7.º/4 do CIVA). Assim, assimilando-se a operação a uma transação onerosa tributável, a correção é imediata e ocorre num único pagamento.

4.4. As dificuldades na tributação

O autoconsumo externo tributa consumos finais que poderiam escapar indevidamente à incidência do IVA. É, contudo, um exemplo da dificuldade de garantir o cabal cumprimento dos princípios fundamentais do sistema do IVA, colocando em causa a sua simplicidade, pois acarreta bastante complexidade e dificuldades de controlo e de interpretação.

¹²⁶ Swinkels, 2008.

¹²⁷ Ac. TJUE, Gemeente Vlaardingen, C-299/11: o VT deve incluir o custo de todos os materiais utilizados na produção dos bens, exceto se já tiverem sido objeto de tributação.

¹²⁸ Ac. TJUE, Het Oudeland Beheer, C-128/14: o VT não inclui elementos sobre os quais o SP já tenha pagado IVA sem o deduzir.

¹²⁹ Sobre o tema, v. Taborda & Martins, 2011, pp. 27-45.

¹³⁰ FD n.º 9664, 16-5-2016.

¹³¹ Como é bom de ver, o legislador nacional implementou no art. 8.º do CIVA as opções permitidas pelo legislador europeu no art. 66.º da DIVA. De frisar que, de acordo com o disposto no art. 29.º n.º 1, b) do CIVA, a verificação do autoconsumo externo dá lugar à obrigatoriedade de fatura por parte do SP pela transmissão ou prestação ficcionada.

Apesar da importância das orientações da lei, da doutrina e da jurisprudência, os requisitos cumulativos de tributação são rigorosos e recorrem a conceitos indeterminados, cujo preenchimento é subjetivo e depende da apreciação casuística e detalhada do intérprete para reconstituir o pensamento legislativo que presidiu à elaboração das normas e as aplicar em concreto, atendendo às particularidades envolventes de cada caso e às intenções que motivaram as decisões dos SP. O terreno é incerto, sendo este fundamentalmente um problema de prova.

As decisões são frequentemente baseadas nos factos específicos apresentados e não existem respostas definitivas e aplicáveis à generalidade das situações, mantendo-se até uma margem para comportamentos fraudulentos. Os modelos de negócio e as práticas empresariais estão em constante evolução, pelo que é necessário continuar a acompanhar a jurisprudência e os avanços interpretativos a este respeito.

Assim, este regime implica uma “liquidação caso a caso”¹³², individualizada e dependente do preenchimento casuístico de conceitos indeterminados. Porém, num sistema de massas, a liquidação de forma personalizada e casuística não é inteiramente viável, face aos potenciais conflitos e à litigância que origina, aumentando a sua vulnerabilidade e implicando custos acrescidos ao exigir recursos significativos para um controlo efetivo.

Por isso é que o legislador recorre a juízos de normalidade na fundamentação das normas de incidência tributária (e nas limitações ao direito à dedução), para fomentar um equilíbrio entre a aproximação do imposto à realidade económica e a simplicidade do sistema.

Apesar dos ganhos para a generalidade da incidência do IVA, para a neutralidade e para a igualdade de tratamento do sistema, o recurso a critérios casuísticos é suscetível de levantar outros problemas e dúvidas. Portanto, a conciliação das normas de autoconsumo e as exclusões legais do direito à dedução visam, em conjunto, harmonizar a justiça e a praticabilidade do sistema.

¹³² Vasques, 2017.

5. A incidência do autoconsumo externo e o direito à dedução

A tributação do autoconsumo externo pretende garantir que só os ativos empresariais efetivamente usados nas atividades económicas tributáveis dos SP ficam livres do IVA suportado, pelo que consideramos pertinente comparar o funcionamento das regras de incidência objetiva específica do autoconsumo externo e do direito à dedução.

O IVA suportado é prévia e imediatamente dedutível quando, no momento da aquisição, o SP afeta o respetivo ativo ao património empresarial, alocando-o às necessidades das suas atividades económicas tributadas e geradoras de IVA liquidado a jusante. Neste primeiro crivo de controlo, apura-se um nexo direto e imediato do ativo com a atividade da empresa, presumindo-se que o seu custo será posteriormente repercutido no preço final dos *outputs* fornecidos aos CF.

Posteriormente, a utilização real e efetiva dos ativos pode não ser coerente com a sua afetação inicial. Após ter exercido o direito à dedução do IVA suportado na aquisição, o SP pode desviar os ativos empresariais para fins alheios, passando estes a integrar um património privado – materializando-se um ato do consumo que o IVA pretende tributar e o faz através do autoconsumo externo, que corrige as deduções indevidas *a posteriori*.

5.1. Regras gerais do direito à dedução

O direito à dedução¹³³ é um princípio basilar na estruturação do IVA, que, em princípio, não pode ser limitado¹³⁴ fora das situações expressamente previstas¹³⁵, em normas excecionais¹³⁶ sujeitas a interpretação restrita.

No essencial, este direito é exercido pelos SP¹³⁷, agindo nessa qualidade¹³⁸, de forma prévia e imediata (é exercido no momento da compra e constitui-se quando o IVA dedutível se torna exigível¹³⁹), em relação à totalidade do IVA incorrido em aquisições

¹³³ Arts. 167.º ss. da DIVA e 19.º ss. do CIVA.

¹³⁴ Stessens, 2023, p. 456: exceionalmente, o direito à dedução pode ser limitado, atendendo à natureza das transações, independentemente das intenções dos SP, ou perante a evidência objetiva de que é invocado de forma fraudulenta.

¹³⁵ Os arts. 173.º e ss. da DIVA e 21.º do CIVA preveem limitações à dedução de despesas relativamente às quais é difícil distinguir entre a esfera pessoal e profissional do uso dado aos ativos - cfr. arts. 176.º e 177.º da DIVA.

¹³⁶ Ac. CAAD, 238/2013-T: a exclusão destas despesas pressupõe que não têm, em princípio, uma relação exclusiva com a atividade produtiva do SP. Porém, as limitações não devem exceder o necessário para realizar o seu objetivo, afetando o mínimo possível os princípios do IVA.

¹³⁷ Nos termos do Ac. TJUE, Backsi, C-415/98, é necessário determinar se os bens foram adquiridos pelo SP agindo, como tal, e para os fins das suas atividades económicas. Segundo o Ac. TJUE, Lennartz, C-97/90, esta é uma questão de facto a determinar à luz de todas as circunstâncias do caso, da natureza dos bens em causa e do período entre a aquisição dos *inputs* e a sua utilização efetiva.

¹³⁸ Ac. TJUE, Seeling, C-269/00: o SP tem direito à dedução do IVA suportado nas operações tributáveis, mas paga IVA sobre os bens e serviços adquiridos para fins privados, na qualidade de CF. Contudo, nem sempre é claro em que qualidade os SP adquirem os bens ou serviços.

¹³⁹ Vasques, 2017, p. 338: em regra, só aquando da aplicação efetiva do imposto nas operações ativas é que se torna possível a dedução do imposto incorrido nas operações passivas (art. 168.º da DIVA). No IVA

feitas “para os fins das suas operações” e sujeitas a imposto e dele não isentas¹⁴⁰, independentemente do seu fim ou resultado.

Inversamente, as despesas associadas ao consumo privado não conferem o direito à dedução. Quando se considere que não há nexos diretos e que o bem não será utilizado nas atividades económicas tributadas do SP, não se constitui o direito à dedução.

O DUE poderia ter vedado por completo as exclusões do direito à dedução, deixando que, perante a afetação dos bens empresariais a fins pessoais, operassem somente as regras do autoconsumo. Todavia, isso resultaria em liquidações de IVA caso a caso¹⁴¹ impraticáveis num sistema de massas. Por isso, dada a impossibilidade de controlo numa base casuística e sabendo que há bens cuja afetação a fins pessoais é comum, a lei limita a dedução do IVA em certas despesas com ativos em relação aos quais se presume¹⁴² que a sua empresarialidade apenas é parcial (em princípio, não terão “carácter estritamente profissional”) e que o controlo da sua utilização efetiva será impraticável¹⁴³, por gerarem uma confusão entre a esfera pessoal e empresarial.

É em relação às despesas que o legislador não exclui taxativamente do direito à dedução que o mecanismo do autoconsumo atua como segundo crivo de controlo para garantir que as deduções feitas pelo SP são coerentes com o uso efetivo dado aos bens empresariais em questão, conforme os princípios fundamentais.

5.2. “Nexo direto” vs. “fins alheios”

A dedução do IVA suportado requer um nexo direto e imediato, consoante as regras da experiência, entre uma concreta operação ativa e outra passiva: cada despesa em concreto dos *inputs* (que suportam IVA dedutível) deve estar objetiva e diretamente ligada a uma operação tributada, que faça presumir que os mesmos terão impacto na atividade produtiva do SP (geradora de IVA liquidado a jusante), para que o IVA suportado a montante seja dedutível. Os custos devem refletir-se no preço final de venda dos respetivos *outputs*, ou, pelo menos, devem estar incluídos nas suas despesas gerais

nacional, em termos práticos, a regra geral da exigibilidade assenta no momento da emissão da fatura dentro do prazo legal concedido para o efeito. Cfr. arts. 8.º e 36.º n.º 1 do CIVA.

¹⁴⁰ Ac. TJUE, Uudenkaupungin Kaupunki, C-184/04; TJUE, Wollny, C-72/05; e TJUE, VNLTO, C-515/07: quando os *inputs* adquiridos por um SP são utilizados em operações isentas ou não sujeitas a IVA, não há cobrança do IVA a jusante nem, consequentemente, dedução a montante do IVA.

¹⁴¹ Vasques, 2017.

¹⁴² Ac. CAAD, 143/2020-T: As limitações do direito à dedução do art. 21.º do CIVA manter-se-iam ainda que o SP demonstrasse que foram efetuadas para os fins das suas operações tributadas, pois presumia-se que, ainda assim, não seriam exclusivamente afetadas a fins estritamente empresariais.

¹⁴³ Certas despesas, mesmo quando são realizadas no âmbito do funcionamento normal da empresa, são frequentemente também aptas a satisfazer necessidades privadas revestindo-se consequentemente de carácter de consumos finas; pelo que a discriminação entre a parte profissional e a parte privada dessas despesas não pode ser sempre objeto de uma fiscalização precisa, implicando riscos de abuso e de fraude fiscal. Todavia, não basta a mera invocação do combate à fraude ou evasão fiscais para legitimar os EM a excluírem despesas do direito à dedução com base nos arts. 176.º e 177.º da DIVA. É sempre necessário um controlo de proporcionalidade – Acs. TJUE Petroma, C-271/12; TJUE, Bonik, C-285/11; TJUE, Mahagében e David, C-80/11 e C-142/1; TJUE, Sosnowska C-25/07; e TJUE, Charles and Charles-Tijmens, C-434/03.

da atividade. Em geral¹⁴⁴, presume-se que esse nexo existe e que os *inputs* são comprados para realizar operações a jusante, no âmbito da atividade económica tributada do SP, que lhe confere o direito à dedução. Porém, não há dedução nos *inputs* afetos a operações isentas (sem direito à dedução) ou que estejam fora da atividade comercial. O exercício do direito à dedução equivale a uma manifestação do SP de que o ativo em causa será afeto à sua atividade empresarial ou profissional. Em princípio, a declaração do SP é suficiente para presumir tal afetação, salvo se a AT demonstrar o contrário.

Contudo, a presunção e o nexo direto podem não se verificar na realidade. Se, após a dedução, o ativo for afinal indevidamente desviado para um fim alheio que extravasa as necessidades da atividade empresarial, o SP, como afinal não tinha direito a deduzir o IVA suportado, será tributado em sede de autoconsumo externo, ao ficcionar-se uma nova transação onerosa tributável, para assegurar a coerência entre o nexo direto inicialmente apurado e o uso real e efetivo. Caso nem chegue a haver dedução, a real afetação torna-se irrelevante neste âmbito, já que não se preenche um dos requisitos cumulativos de incidência.

Quanto à legitimidade do exercício do direito à dedução, no Ac. TJUE, VGL, C-475/23, o SP adquiriu uma grua para a disponibilizar gratuitamente a outro agente para realizar trabalhos em benefício de ambos. A dedução foi exercida no momento da compra, pois a disponibilização tinha uma relação direta e objetiva com a sua atividade económica, pois era necessária¹⁴⁵ para as operações tributáveis a jusante do SP. Porém, caso o SP afetasse depois a grua a um subcontratante, sem qualquer benefício para a sua empresa, a cedência visaria fins alheios e, por isso, seria um autoconsumo externo tributável. Também no Ac. Kuwait Petroleum, C-48/97, o TJUE decidiu que a compra dos bens em causa satisfazia as necessidades da empresa (o objetivo era aumentar as vendas) e, nesse sentido, o IVA suportado era legitimamente dedutível.

Por sua vez, no Ac. TJUE, Fillibeck, C-258/95, não bastou demonstrar um nexo com a atividade empresarial. O TJUE fez, adicionalmente, um exame cuidadoso da essencialidade das despesas para o processo produtivo, atendendo às suas especificidades próprias. A operação não foi tributada em autoconsumo, uma vez que, mesmo tendo sido gratuita, era essencial para os fins da empresa: no caso, o SP fornecia transporte aos trabalhadores por motivos profissionais para garantir uma boa execução do trabalho. O Ac. TJUE, Cookies World, 2003/256 sentenciou que só se pode limitar o direito à dedução, através da tributação do autoconsumo, caso as operações a jusante

¹⁴⁴ Arts. 168.º da DIVA e 20.º/1 do CIVA.

¹⁴⁵ Ac. TJUE, VGL, C-475/23: Era necessária, pois, sem a grua, a transformação das peças não seria possível e a VGL não poderia exercer a sua atividade. Além disso, o benefício direto retirado por outros SP era acessório e não impediu que a dedução fosse exercida pelo cedente. Assim, a disponibilização da grua devia limitar-se ao necessário, pois, caso excedesse, o direito à dedução seria apenas parcial.

visassem fins alheios e não fossem essenciais para o desenvolvimento da atividade económica da empresa.

Assim, a dedução prévia do IVA suportado só se consolida, na medida em que o ativo seja efetivamente utilizado e necessário numa atividade económica tributável do SP. A tributação do autoconsumo externo assegura que o tratamento de IVA dado aos bens e serviços é adequado e reflete a realidade económica, corrigindo eventuais deduções indevidas e não coerentes com a utilização real e efetiva dada aos ativos empresariais, atendendo às circunstâncias da operação em causa.

5.3. Património empresarial vs. património privado

No autoconsumo externo, os ativos abandonam, de forma gratuita, o património empresarial ou profissional do SP (ao qual estavam inicialmente afetos, tendo originado o direito à dedução do IVA suportado, com base num nexo direto presumido com a atividade tributada da empresa) e são desviados para um património privado do próprio SP ou de um terceiro, que se beneficiam na sua esfera particular, num ato de consumo final em prol de necessidades alheias. A tributação deste desvio visa corrigir e ajustar deduções iniciais indevidas, como segundo crivo de controlo.

Frequentemente, há confusão entre o património empresarial e pessoal, por isso, consideramos relevante a distinção destes patrimónios, conforme a sua função económica¹⁴⁶.

O património empresarial abarca os bens diretamente relacionados com a atividade empresarial ou profissional do SP, que devem poder servir o seu objeto de exploração e ser necessários para a obtenção dos respetivos rendimentos. Esta averiguação deve respeitar a liberdade de organização e a margem subjetiva da decisão do empresário – mesmo que seja errada do ponto de vista da racionalidade económica. Assim, em cada afetação ao património empresarial, há um componente subjetivo volitivo (referente à motivação empresarial do SP) e um outro objetivo (quanto ao destino e à função do bem na atividade), que, em conjunto, devem resultar num motivo adequado para a aquisição do ativo que se concretize numa efetiva função económica do mesmo na empresa.

Os bens afetos ao património privado estão excluídos do sistema do IVA e não originam o direito a deduzir o IVA na sua aquisição nem a obrigação de liquidar na sua venda. Em geral, é composto por bens destinados à produção de rendimentos ou ao consumo.

¹⁴⁶ Vide Palao Taboada, 1986.

As características físicas e a natureza dos ativos podem dar pistas sobre a sua afetação. Quanto mais indiferenciados os bens, mais difícil a prova da suficiência dos motivos empresariais para a sua aquisição. Em contraste, será mais fácil, quando o bem tenha, por natureza, uma aplicação específica empresarial ou profissional.

Em todo o caso, o objetivo do autoconsumo externo é assegurar a coerência da afetação inicial dos ativos com a sua utilização efetiva para que a dedução se consolide, de acordo com a realidade económica e os princípios fundamentais do sistema do IVA.

6. Conclusões

É tempo de concluir. A análise efetuada conduz-nos às seguintes conclusões:

- 1- O autoconsumo externo é um mecanismo de correção para assegurar a coerência e a arquitetura do IVA, que pretende incidir sobre o consumo final, de forma neutra e equitativa. Embora tecnicamente exigente, constitui um pilar no sistema do IVA.
- 2- As operações de autoconsumo externo, apesar de gratuitas, são verdadeiros atos de consumo e, por isso, são tributadas em sede de IVA, através de normas de incidência objetiva específicas, por assimilação a transações onerosas tributáveis. Este regime implica uma nova cadeia de construção do imposto com regras específicas quanto aos vários elementos da sua estrutura, relativamente aos quais as regras gerais não conseguem dar resposta.
- 3- Como o direito à dedução dos SP é exercido de forma prévia e imediata, a afetação inicial dos bens à atividade da empresa e o nexo direto que lhe deu origem podem, depois, não ser coerentes com a sua utilização real e efetiva – situação que o autoconsumo externo visa corrigir, ao atuar como segundo crivo de controlo, assegurando o funcionamento da mecânica do IVA e dos seus princípios fundamentais e prevenindo a existência de consumos privilegiados.
- 4- Face à gratuitidade destas operações, presume-se que o respetivo desvio dos bens inicialmente afetos ao património empresarial (e que, por isso, permitiram a respetiva dedução do IVA suportado) visou fins alheios, proporcionando uma vantagem indevida a alguém na qualidade de CF, ou seja, um uso privado e extra-empresarial, indevidamente livre de IVA.
- 5- Todavia, não basta a gratuitidade. A presunção é ilidível e a tributação exige o preenchimento rigoroso e casuístico dos restantes requisitos cumulativos de incidência, daí que é fundamental delimitar os conceitos indeterminados de “fins alheios” e de “fins da empresa”.
- 6- Teoricamente, os “fins alheios” referem-se amplamente à satisfação de necessidades privadas do SP titular da empresa, do seu pessoal ou de terceiros e os “fins da empresa” englobam as ofertas que sejam estritamente essenciais para o desenvolvimento e a continuidade da respetiva atividade económica.
- 7- Contudo, na prática, o âmbito de incidência não é claro e leva a complexas liquidações caso a caso, que prejudicam a praticabilidade e a eficiência do sistema tributário. Os litígios e as dificuldades interpretativas inerentes dependem maioritariamente da prova produzida pelas partes, sendo essencial ponderar as circunstâncias específicas de cada caso concreto.
- 8- Consequentemente, não é possível delimitar, com precisão e de maneira inequívoca, os conceitos de “fins alheios” e de “fins da empresa” – são conceitos

indeterminados cujo preenchimento é casuístico e depende da realidade empresarial, em constante evolução, embora seja essencial atender às diretrizes expostas.

- 9- Futuramente, seria interessante proceder-se a uma análise comparativa do tratamento do autoconsumo externo nos impostos diretos e indiretos.

Bibliografia

- ARNALDO, A. & SILVA, P. (2013). IVA, serviços gratuitos e fins alheios: Principais questões e dificuldades. *Cadernos IVA 2013*, pp. 13-29.
- BLOKLAND, W. (2011). Taxing employee benefits in kind under EU VAT. *International VAT Monitor 2011 – IBFD*, pp. 98-104.
- CAMPOS AMORIM, J., ANJOS AZEVEDO, P. & CARVALHO, A. S. (2016). *Códigos anotados & comentados – Tributação do rendimento das pessoas singulares, CIVA e RITI*, 1.^a ed. Lex IT – Informador Fiscal.
- CASALTA NABAIS, J. (2019). *Direito fiscal*, 11.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CATARINO, J. R., GUIMARÃES, V. B. et al. (2017). *Lições de fiscalidade – Princípios gerais e fiscalidade interna*, vol. 1, pp. 365-399, 5.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CELORICO PALMA, C. (2017). *Introdução ao Imposto Sobre o Valor Acrescentado*, *Cadernos IDEFF*, n.º 1, pp. 49-52, reimp. 2023. Coimbra: Almedina.
- COELHO MOREIRA, M. (2014). O IVA nas atividades promocionais com vista à fidelização e angariação de clientela. *Cadernos IVA 2014*, pp. 243-268.
- CORREIA, M. (2023). O quantum da contraprestação no IVA e a estrutura do imposto: Algumas reflexões. *Cadernos IVA 2023*, pp. 309-331.
- DOURADO, A. P. (2022). *Direito fiscal*, pp. 228-315, 383-387, 7.^a ed. Coimbra: Almedina.
- FAVEIRO, D. (1984). *Noções fundamentais de direito fiscal português – Introdução ao estudo da realidade tributária – Teoria geral do direito fiscal*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- GALIANO VICENTE, B. & FELICIANO ROQUE, T. (2022). Da presunção de aquisição e de transmissão de bens em IVA. *Cadernos IVA 2022*, pp. 107-128.
- LAIRES, R. (2011). O regime do IVA das amostras e das ofertas de valor reduzido. *Revista Contabilista TOC*, n.º 130, pp. 49-53.
- LOPES COURINHA, G. (2009). Ofertas de pequeno valor em IVA e o princípio da legalidade fiscal. *Revista de Finanças Públicas*, n.º 4, pp. 325-328.
- MACHADO, J. E. M. & NOGUEIRA DA COSTA, P. (2016). *Manual de direito fiscal – Perspetiva multinível*, 3.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MAURÍCIO, R. (2022). A cláusula de salvaguarda e as limitações à dedutibilidade do IVA. *Cadernos IVA 2022*, pp. 361-390.
- MONTEIRO, A. (2018). *IVA nos atos médicos*. Coimbra: Almedina.
- MOURA DE OLIVEIRA, A. et al. (2019). *Códigos anotados & comentados – Tributação do consumo e tributação automóvel – IVA - RITI – IEC – IUC – ISV*, 1.^a ed. Lex IT – Informador Fiscal.
- MOURA PORTUGAL, A. (2004). *A dedutibilidade dos custos na jurisprudência fiscal portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora.
- NOIRET DA CUNHA, P. (2004). *Imposto sobre o Valor Acrescentado – Anotações ao Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado e ao regime do IVA nas transações intracomunitárias*. Coimbra: Coimbra Editora.

- PALAO TABOADA, C. (1986). Distinción entre patrimonio empresarial y privado a efectos del IVA. In *El IVA en el sistema tributario español*, pp. 613-622. Escuela de la Hacienda Pública.
- PIRES, M. & CALÇADA PIRES, R. (2012). *Direito fiscal*, 5.^a ed. corrigida e aumentada, pp. 645-367. Coimbra: Almedina.
- PUNÍN, C. R. de V. (2012). *La tributación del autoconsumo en el impuesto sobre el valor Añadido*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- ROGERS-GLABUSH, J. (2019). *IBFD glosario tributario internacional*. Amsterdam: IBFD Publications BV.
- SALDANHA SANCHES, J. L. et al. (2009). *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- SCHENK, A. et al. (2015). *Value Added Tax – A comparative approach*. 2.^a ed. Estados Unidos da América: Cambridge University Press.
- SKINDERYTĖ, K. (2015). *Self-supply of goods in the light of the principle of fiscal neutrality*. Master Thesis in European Business Law, Lund University.
- STESSENS, E. (2023). *European VAT Law as interpreted by the Court of Justice*. Holanda: Kluwer Law International B.V.
- SWINKELS, J. (2008). Scope of the self-supply rule under EU VAT. *International VAT Monitor 2008 – IBFD*, pp. 175-181.
- TAVARES DA SILVA, S. & COSTA SANTOS, M. (2017). *IVA – Notas sobre o regime do IVA nas operações internas – 1.º ciclo*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- TABORDA, D. & MARTINS, A. (2011). Os donativos em espécie no âmbito do mecenato. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 1, pp. 27-45.
- TERRA, B. J. M. & WATTEL, P. J. (2022). *European tax law – Abridged student edition*, vol. II, pp. 184-188, 6.^a ed. Holanda: Wolters Kluwer Law & Business.
- TERRA, B. & KAJUS, J. (2004). *A guide to the European VAT Directives – Introduction to European VAT*, vol. 1. Amsterdam: IBFD Publications BV.
- TERRA, B. & KAJUS, J. (2020). *A guide to the European VAT Directives – Integrated texts of VAT Directives (including the implementing Regulations) and of former Sixth VAT Directive*, vol. 2. IBFD Publications BV.
- VAN ABSWOUDE, K. (2022). The principle of fiscal neutrality and economic reality in EU VAT: Two peas in a pod? *International VAT Monitor 2022 – IBFD*, pp. 211-216.
- VAN DER WAL, S. (2013). *Restoring neutrality of VAT: The internal supply provisions*. Master Thesis in European and International Taxation, Lund University.
- VAN DOESUM, A., KESTEREN, H. van, CORNIELJE, S. & NELLEN, F. (2020). *Fundamentals of EU VAT law*, 2.^a ed. Holanda: Kluwer Law International B.V.
- VASQUES, S. (2017). IVA, direito à dedução e presunções tributárias: A jurisprudência do CAAD. *Cadernos IVA 2017*, pp. 461-500.
- VASQUES, S. (2017). *O Imposto sobre o Valor Acrescentado*. Reimpr.2024. Coimbra: Almedina.

- VIDAL LIMA, E. (1987). *IVA – Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado – Comentado e anotado*. 5.^a ed. revista, aumentada e atualizada. Porto Editora.
- VIEIRA DE ALMEIDA & ASSOCIADOS (2021). *Conceito de autoconsumo – Caso Hotel Scandic Gåsabäck. Análise de jurisprudência*. https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/02/21_6_Jurisp_Fiscalidade_CASO-HOTEL-SCANDICVdA-31-03-2005.pdf.
- XAVIER DE BASTO, J. (2007). Sobre o regime IVA das amostras e das ofertas de pequeno valor. *Revista Contabilista TOC*, n.º 90, pp. 19-23.
- XAVIER DE BASTO, J. G. (1991). A tributação do consumo e a sua coordenação internacional: Lições sobre harmonização fiscal na comunidade económica europeia. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, vol. 164. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças.

Fontes oficiais

- Código de Imposto sobre o Valor Acrescentado (CIVA) – Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 394-B/84, de 26 de dezembro; integralmente republicado pelo Decreto-Lei n.º 166/94, de 9 de junho; e posteriormente pelo Decreto-Lei n.º 102/2008, de 20 de junho. Atualizado com a Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.
- Diretiva 2006/112/CE do Conselho da União Europeia, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado.
- Lei Geral Tributária – Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro. Atualizada com a Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro.
- Parecer Técnico do Departamento de Consultoria da Ordem dos Contabilistas Certificados, n.º PT27865, de 26 de fevereiro de 2024 (disponível em: <https://www.occ.pt/pt-pt/noticias/iva-cessacao>).
- Portaria 497/2008, de 24 de junho de 2008.
- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de dezembro de 2007.

Jurisprudência europeia

- Acórdão TJUE, Abbey National, proc. n.º C-169/04, 4-5-2006
- Acórdão TJUE, Akritidis, proc. n.º C-462/02, 17-2-2005
- Acórdão TJUE, Apple & Pear, proc. n.º C-102/86, 8-3-1988
- Acórdão TJUE, AstraZeneca UK, proc. n.º C-40/09, 29-7-2010
- Acórdão TJUE, Bakcsi, proc. n.º C-415/98, 8-3-2001
- Acórdão TJUE, BCR Leasing IFN, proc. n.º C-438/13, 17-7-2014
- Acórdão TJUE, Bonik, proc. n.º C-285/11, 6-12-2012
- Acórdão TJUE, Brandenstein, proc. n.º C-323/99, 17-5-2001
- Acórdão TJUE, Charles e Charles-Tijmens, proc. n.º C-434/03, 14-7-2005
- Acórdão TJUE, Cimber Air, proc. n.º C-382/02, 16-9-2004
- Acórdão TJUE, Cofidis, proc. n.º C-340/22, 21-12-2023
- Acórdão TJUE, Comissão/França, proc. n.º C-76/99, 11-1-2001

Acórdão TJUE, Cookies World, proc. n.º C-155/01, 11-9-2003

Acórdão TJUE, Danfoss e AstraZeneca, proc. n.º C-371/07, 11-12-2008

Acórdão TJUE, de Jong, proc. n.º C-20/91, 6-5-1992

Acórdão TJUE, Deco Proteste, proc. n.º C-505/22, 5-10-2023

Acórdão TJUE, Elida Gibbs, proc. n.º C-317/94, 24-10-1996

Acórdão TJUE, EMI Group, proc. n.º C-581/08, 30-9-2010

Acórdão TJUE, Enkler, proc. n.º C-230/94, 26-9-1996

Acórdão TJUE, Fatorie, proc. n.º C-424/12, 6-2-2014

Acórdão TJUE, Fillibeck, proc. n.º C-258/95, 16-10-1997

Acórdão TJUE, Fischer, proc. n.º C-322/99, 17-5-2001

Acórdão TJUE, GE Aircraft Engine Services (GEAES), proc. n.º C-607/20, 17-11-2022

Acórdão TJUE, Gemeente Borsele, proc. n.º C-520/14, 12-5-2016

Acórdão TJUE, Gemeente Vlaardingen, proc. n.º C-299/11, 8-11-2012

Acórdão TJUE, Gregg, proc. n.º C-216/97, 7-9-1999

Acórdão TJUE, Het Oudeland Beheer, proc. n.º C-128/14, 28-4-2016

Acórdão TJUE, Hong Kong Trade, proc. n.º C-89/81, 1-4-1982

Acórdão TJUE, Hotel Scandic, proc. n.º C-412/03, 20-1-2005

Acórdão TJUE, Idéal Tourisme, proc. n.º C-36/99, 13-7-2000

Acórdão TJUE, Klensch, proc. n.º C-201/85, 25-11-1986

Acórdão TJUE, Kühne, proc. n.º C-50/88, 27-6-1989

Acórdão TJUE, Kuwait Petroleum, proc. n.º C-48/97, 27-4-1999

Acórdão TJUE, Landboden-Agrardienste, proc. n.º C-384/95, 18-12-1997

Acórdão TJUE, Lennartz, proc. n.º C-97/90, 11-7-1991

Acórdão TJUE, Linneweber, proc. n.º C-453/02, 17-2-2005

Acórdão TJUE, Mahagében e David, proc. n.º C-80/11, 21-6-2012

Acórdão TJUE, Marks & Spencer, proc. n.º C-309/06, 10-4-2008

Acórdão TJUE, Mitteldeutsche Hartstein-Industrie, proc. n.º C-528/19, 16-9-2020

Acórdão TJUE, Mohr, proc. n.º C-215/94, 29-2-1996

Acórdão TJUE, Mohsche, proc. n.º C-193/91, 25-5-1993

Acórdão TJUE, Petroma, proc. n.º C-271/12, 8-5-2013

Acórdão TJUE, Posnania Investment, proc. n.º C-36/16, 11-5-2017

Acórdão TJUE, Property DC, proc. n.º C-16/14, 23-4-2015

Acórdão TJUE, Rank Group, proc. n.º C-259/10 e C-260/10, 10-11-2011

Acórdão TJUE, Rompelman, proc. n.º C-268/83, 14-2-1985

Acórdão TJUE, Seeling, proc. n.º C-269/00, 8-5-2003

Acórdão TJUE, Sosnowska, proc. n.º C-25/07, 10-7-2008

Acórdão TJUE, Staatssecretaris van Financiën, proc. n.º C-320/88, 8-2-1990

Acórdão TJUE, Tolsma, proc. n.º C-16/93, 3-3-1994

Acórdão TJUE, Uudenkaupungin Kaupunki, proc. n.º C-184/04, 30-3-2006

Acórdão TJUE, Van Laarhoven, proc. n.º C-594/10, 16-2-2012

Acórdão TJUE, VNLTO, proc. n.º C-515/07, 12-2-2009

Acórdão TJUE, Voestalpine Giesserei Linz (VGL), proc. n.º C-475/23, 4-10-2024

Acórdão TJUE, Wollny, proc. n.º C-72/05, 14-9-2006

Acórdão TJUE, Finanzamt Saarbrücken, proc. n.º C-288/19, 20-1-2021

Acórdão TJUE, Finanzamt X, proc. n.º C-207/23, 25-4-2024

Jurisprudência nacional

Acórdão CAAD, proc. n.º 143/2020-T, 3-12-2020, (Álvaro Caneira).

Acórdão CAAD, proc. n.º 197/2019-T, 13-5-2020, (José Pedro Carvalho, Rita Guerra Alves, Cristina Aragão Seia).

Acórdão CAAD, proc. n.º 238/2013-T, 4-4-2014, (Jorge Manuel Lopes de Sousa, José Pedro Carvalho, Paulo Lourenço).

Acórdão CAAD, proc. n.º 305/2014-T, 17-10-2014, (Clotilde Celorico Palma).

Acórdão CAAD, proc. n.º 356/2023-T, 13-2-2024, (Cristina Coisinha).

Acórdão CAAD, proc. n.º 558/2019-T, 11-8-2020, (Henrique Nogueira Nunes).

Acórdão CAAD, proc. n.º 6/2011-T, 2-7-2012, (Manuel Macaísta Malheiros, Carlos Baptista Lobo, Conceição Gamito).

Acórdão TCA Norte, proc. n.º 00351/12.1BECBR, 20-2-2020, (Paula Moura Teixeira).

Acórdão TCA Norte, proc. n.º 02790/11.6BEPRT, 15-11-2018, (Pedro Vergueiro).

Acórdão TCA Sul, proc. n.º 07832/14, 10-11-2016, (Cristina Flora).

Acórdão TCA Sul, proc. n.º 1728/07.0BELSB, 21-5-2020, (Tânia Meireles da Cunha).

Acórdão TCA Sul, proc. n.º 18/11.8BELRA, 11-3-2021, (Ana Pinhol).

Acórdão TCA Sul, proc. n.º 1907/09.5BELRS, 12-9-2024, (Tânia Meireles da Cunha).

Acórdão TCA Sul, proc. n.º 682/11.8 BELRA, 6-12-2022, (Vital Lopes).

Acórdão TCA Sul, proc. n.º 7381/02, 4-10-2005, (José Correia).

Doutrina administrativa

Ficha Doutrinária n.º 13854, por despacho da Diretora de Serviços do IVA, (por subdelegação), 16-7-2018.

Ficha Doutrinária n.º 18485, por despacho da Diretora de Serviços do IVA (por subdelegação), 29-04-2021.

Ficha Doutrinária n.º 3024, por despacho do Subdiretor-Geral dos Impostos, substituto legal do Diretor-Geral, 27-3-2012.

Ficha Doutrinária n.º 9664, por despacho do Subdiretor-Geral do IVA, por delegação do Diretor Geral da AT, 16-5-2016.

Ficha Doutrinária n.º A100 2009006, por despacho do Subdiretor-Geral dos Impostos, substituto legal do Diretor Geral, 02-06-2009.

Ficha Doutrinária n.º P 11282, por despacho da Direção de Serviços do IVA, 3-4-2017.

Ficha Doutrinária n.º P 12016, por despacho da Direção de Serviços do IVA, 15-11-2017.

Ofício-Circulado n.º 12 370, Serviço de Administração do IVA, Coletânea p. 139, 1-2-1989.

Ofício-Circulado n.º 49424, Serviço de Administração do IVA, Coletânea p. 150, 4-5-1989.

Contratação coletiva para lá da subordinação

**Conciliação do direito à contratação coletiva com o direito da
concorrência**

Marta Neto Verdelho

Sob a orientação da Professora
Doutora Ana Teresa Ribeiro

Agradecimentos

À minha orientadora, Professora Doutora Ana Teresa Ribeiro, pela sua constante disponibilidade e ajuda ao longo da elaboração da presente dissertação.

Aos meus pais e à minha irmã, por serem sempre a minha fonte de inspiração e apoio.

Às minhas amigas, por me acompanharem em todas as etapas.

À minha prima Luisinha, pela ajuda e livros que me emprestou.

Resumo

A presente dissertação versa o acesso dos trabalhadores não subordinados à contratação coletiva e a forma como este pode ser conciliado com as normas de direito da concorrência. Para esse efeito, procede-se, primeiramente, ao enquadramento do problema da compatibilização entre o direito à contratação coletiva e o direito da concorrência, expondo-se a jurisprudência mais relevante do TJ nesta matéria, e a isenção da aplicação do direito da concorrência à contratação coletiva.

Seguidamente, analisa-se o conceito de “trabalhador” relevante a nível do direito da União Europeia, bem como os sujeitos relativamente aos quais tal isenção pode ser aplicada. Conclui-se que, no direito da União, os trabalhadores são classificados em duas categorias, uma associada à subordinação e outra englobando todos os restantes trabalhadores. Neste contexto, a proteção de determinados trabalhadores independentes em situação de vulnerabilidade encontra alguns desafios.

Por este motivo, verifica-se uma tendência em alguns Estados-Membros, inclusivamente Portugal, para a criação de categorias intermédias de trabalhadores, questionando-se a possibilidade de acesso dos mesmos à contratação coletiva. Neste sentido, expõe-se os argumentos doutrinários e da Comissão Europeia que procuram conciliar o acesso à contratação coletiva por trabalhadores independentes com o direito da concorrência, examinando-se, em particular, as Orientações da Comissão Europeia nessa matéria.

Por fim, aborda-se o tema no contexto do ordenamento jurídico português, em particular, as alterações introduzidas pela Agenda do Trabalho Digno, que veio consagrar a possibilidade de contratação coletiva por trabalhadores independentes.

Palavras-chave: Contratação coletiva; direito da concorrência; trabalhadores independentes; Agenda do Trabalho Digno.

Abstract

This dissertation addresses the access of self-employed workers to collective bargaining and the manner in which such access may be reconciled with the rules of competition law. To this end, it first provides an overview of the issue of reconciling the right to collective bargaining with competition law, presenting the most relevant case law of the Court of Justice of the European Union on this matter, as well as the collective bargaining's exemption from the application of competition law.

Subsequently, it analyses the concept of “worker” as understood under European Union law, as well as the subjects to whom such exemption may apply. It is concluded that, under EU law, workers are classified into two categories, one associated with subordination and another encompassing all other workers. In this context, the protection of certain vulnerable self-employed workers faces a number of challenges.

For this reason, a tendency can be observed in some Member States, including Portugal, towards the creation of intermediate categories of workers, raising the question of whether such workers may have access to collective bargaining. In this regard, the doctrinal arguments and the position of the European Commission seeking to reconcile access to collective bargaining for self-employed workers with competition law are presented, with particular focus on the European Commission's Guidelines on this matter.

Finally, the dissertation addresses the topic within the context of the Portuguese legal system, in particular, the amendments introduced by the Decent Work Agenda, which established the possibility of collective bargaining for self-employed workers.

Keywords: Collective bargaining; competition law; self-employed workers; Decent Work Agenda.

Índice

Indicações de leitura	8
Índice de siglas e abreviaturas	9
Introdução	10
1. O direito da concorrência e a isenção das convenções coletivas	11
2. Conceito e categorias de trabalhadores	
2.1. O conceito de trabalhador no direito da União Europeia	17
2.2. As dificuldades da classificação dos trabalhadores e as categorias intermédias	18
2.3. O caso português – Os trabalhadores independentes economicamente dependentes	19
3. A conciliação dos direitos de contratação coletiva e da concorrência relativamente a trabalhadores independentes	
3.1. Posicionamentos doutrinários	23
3.2. As Orientações da Comissão sobre a Aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia às Convenções Coletivas Relativas às Condições de Trabalho dos Trabalhadores Independentes Individuais	33
4. A contratação coletiva e a concorrência no direito português	40
4.1. As novidades da Agenda do Trabalho Digno	
4.1.1. A contratação coletiva nos trabalhadores independentes economicamente dependentes	41
4.1.2. A contratação coletiva aplicada a trabalhadores independentes?	43
Conclusões	46
Bibliografia	48

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, utilizam-se letras para se proceder à sua diferenciação. E, nas obras com mais de três autores, identifica-se o primeiro seguido de et al.

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.

A bibliografia final contém todas as obras referenciadas neste estudo, aí se procedendo à sua identificação completa, com indicação de autor, título, editora, local de publicação, ano e, tratando-se de um artigo ou do capítulo de uma obra coletiva, a primeira e a última páginas.

Os arestos do Tribunal de Justiça encontram-se disponíveis para consulta no respetivo sítio eletrónico (<https://curia.europa.eu>), sendo identificados com base no número do processo e data.

Os comunicados da Autoridade da Concorrência encontram-se disponíveis para consulta no respetivo sítio eletrónico (<https://www.concorrenca.pt/>), sendo identificadas com base no seu número identificativo e ano.

Os textos estrangeiros foram traduzidos, 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 março de 2025.

Índice de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo(s)
CCT	Convenção/Convenções coletiva(s) de trabalho
CE	Comissão Europeia
CRCSPSS	Código dos Regimes Contributivos da Segurança Social
CT	Código do Trabalho
IRCT	Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho
p.	Página
pp.	Páginas
TFUE	Tratado do Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça (da União Europeia)
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

Introdução

A presente dissertação aborda um tema que assume particular atualidade no panorama jurídico nacional e internacional. Nos últimos anos têm-se verificado profundas transformações na forma como o trabalho é prestado e na configuração das relações laborais, acentuando-se a necessidade de ajustar o alcance da proteção laboral. Neste sentido, uma das formas de atribuir proteção a trabalhadores em situação de vulnerabilidade é o acesso à contratação coletiva. Enfrentam-se, contudo, dificuldades na atribuição deste direito a trabalhadores não subordinados, nomeadamente decorrentes das proibições estabelecidas pelas normas do direito da concorrência.

Este estudo pretende, assim, contribuir para evidenciar o problema em questão e identificar as soluções conciliatórias do direito de contratação coletiva com o direito da concorrência, no contexto europeu. A sua análise crítica permite, ainda, compreender as alterações introduzidas a nível nacional pela Agenda do Trabalho Digno, consagrando o acesso à contratação coletiva por parte de trabalhadores independentes.

Assim, procede-se, num primeiro momento, ao enquadramento do problema da conciliação do direito de contratação coletiva com o direito da concorrência, expondo-se a jurisprudência mais relevante do TJ nesta matéria e as respetivas limitações. Seguidamente, apresentam-se os argumentos doutrinários e da CE que procuram compatibilizar a contratação coletiva por trabalhadores independentes e o direito da concorrência, analisando as Orientações desta última nesta matéria. Por fim, analisa-se o tema no contexto do ordenamento jurídico nacional, nomeadamente à luz das alterações introduzidas pela Agenda do Trabalho Digno.

1. O direito da concorrência e a isenção das convenções coletivas

No contexto de uma União Europeia caracterizada pelo seu mercado interno, “um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada”,¹ são proibidas práticas anticoncorrenciais. Neste sentido, dispõe o Art. 101.º do TFUE que:

São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (...).

São ainda proibidas, nos termos do Art. 102.º do TFUE, explorações abusivas, por empresas, de uma posição dominante no mercado interno ou parte substancial do mesmo. Estas normas aplicam-se a empresas, cujo conceito que foi densificado pelo TJ. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, nomeadamente o paradigmático Ac. *Höfner and Elser v. Macrotron*,² uma empresa, para efeitos da aplicação do direito da concorrência, é “qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento”.³ Neste âmbito, uma atividade económica consiste em providenciar bens ou serviços num dado mercado,⁴ independentemente da prossecução ou não de fins lucrativos.⁵

Semelhantemente, prevê o regime jurídico português da concorrência, estabelecido pela Lei nº 19/2012, de 08 de maio, que são proibidos “(...) os acordos entre empresas, práticas concertadas entre empresas e decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional (...)”,⁶ assim como a “exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste”⁷:

(...) na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre

¹ Art. 26.º do TFUE.

² Ac. do TJ (Sexta Secção), no processo C-41/90, 23/04/1991.

³ *Idem*, parágrafo 21.

⁴ Lenaerts & Van Nuffel, 2021, p. 284 e Ac. do TJ, processo C-309/99, 19/02/2002, parágrafo 47.

⁵ Ac. do TJ (Grande Secção), processo C-49/07, 01/07/2008, parágrafo 27.

⁶ Art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012.

⁷ Art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012.

*relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.*⁸

Uma empresa é, ainda, definida neste diploma como “(...) qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”.⁹

Cabe determinar em que medida estes elementos interferem com o direito de contratação coletiva, um direito fundamental reconhecido nacional e internacionalmente. A Organização Internacional do Trabalho prevê este direito nas Convenções n.º 87 e n.º 98 e o Conselho da Europa fá-lo no Art. 6.º da Carta Social Europeia Revista. A nível da União Europeia, apesar de o Art. 153, n.º 5, do TFUE excluir as remunerações, o direito sindical, o direito de greve e o direito de *lock-out* da competência da União – norma que é interpretada no sentido de excluir também o direito de contratação coletiva –,¹⁰ este direito é reconhecido no Art. 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Para além disso, o TJ não deixa de afirmar o direito de ação coletiva, incluindo o direito de contratação coletiva, na sua interação com a aplicação de outras disposições do Tratado.¹¹ Por fim, também a Constituição da República Portuguesa reconhece o direito à contratação coletiva, no seu Art. 56.º.

O direito da concorrência e o direito de contratação coletiva pretendem ambos assegurar uma concorrência justa e impedir abusos de poder.¹² A concorrência justa no mercado de trabalho não significa, no entanto, que a mesma seja efetuada de forma livre.¹³ Caso contrário, verificar-se-ia uma progressiva degradação das condições de trabalho, o que se afigura inaceitável perante a perspetiva propugnada pela Organização Internacional do Trabalho de que o trabalho não é uma mercadoria.¹⁴ Neste sentido, enquanto o direito da concorrência proíbe os acordos que restrinjam a livre concorrência no mercado, a contratação coletiva visa precisamente o oposto. Ou seja, limitar a concorrência entre trabalhadores no mercado laboral, através do estabelecimento de condições mínimas inultrapassáveis pelas partes outorgantes.¹⁵ Desta ideia resulta, inevitavelmente, que as CCT, resultantes da contratação coletiva, podem afetar a livre concorrência no mercado.¹⁶ O seu impacto abrange tanto os trabalhadores, que deixam de competir entre si por salários inferiores aos previstos nas CCT, como também quanto

⁸ Art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012.

⁹ Art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012.

¹⁰ Entre outros, Riesenhuber, 2021, p. 84.

¹¹ Por exemplo, Ac. do TJ (Grande Secção), processo C-438/05, 11/12/2007; Ac. do TJ (Sexta Secção), processo C-222/98, 21/09/2000; Ac. do TJ (Grande Secção), processo C-341/05, 18/12/2007.

¹² Schömann, 2022, p. 2.

¹³ *Idem*.

¹⁴ A expressão “labour is not a commodity” (o trabalho não é uma mercadoria) é ideia fundamental propugnada pela Organização Internacional do Trabalho na Declaração de Filadélfia, adotada em 1944.

¹⁵ García-Muñoz Alhambra, 2023, p. 5.

¹⁶ Riesenhuber, 2021, p. 84.

os empregadores, os quais, ao participarem da mesma CCT, ficam condicionados na forma como competem entre si.¹⁷ O mercado laboral pode chegar a estruturar-se como um oligopólio bilateral, no qual coexistem dois grupos, o dos trabalhadores e o dos empregadores, cujos poderes de mercado tendem a equilibrar-se.¹⁸ Esta oposição entre o direito da concorrência e a contratação coletiva não significa, contudo, que o primeiro não tenha também um papel na proteção dos trabalhadores. O direito da concorrência aplica-se no mercado laboral de forma a colmatar circunstâncias em que a própria conduta violadora da concorrência contribui para acentuar o desequilíbrio negocial existente entre trabalhadores e empregadores.¹⁹ Nestes casos, empregadores com um considerável poder de mercado conseguem impor condições de trabalho desvantajosas para os trabalhadores, sendo que a intervenção do direito da concorrência repõe a relativa paridade do poder negocial.²⁰ Apesar disto, nem sempre o direito da concorrência dispõe dos meios mais adequados para assegurar este equilíbrio, podendo ter o efeito adverso de inviabilizar o referido objetivo, caso seja aplicado à contratação coletiva.²¹

Estabelecidas as dificuldades de conciliação dos dois direitos aqui em confronto, cabe analisar a interação entre o direito a negociar e celebrar CCT e as normas de direito da concorrência. Enquanto é certo que os empregadores e suas associações são considerados empresas no âmbito da aplicação do direito da concorrência, já é controversa a qualificação dos trabalhadores subordinados ou das associações sindicais como tal²². De acordo com a jurisprudência do TJ, alguns trabalhadores não se enquadram no conceito de empresa. O Ac. *Becu*,²³ incidiu sobre um grupo de trabalhadores portuários reconhecidos que tinha o direito exclusivo de realizar trabalhos portuários em determinadas zonas. Este direito estava consagrado num instrumento resultante de contratação coletiva, cuja aplicação se tornou obrigatória, por via legislativa. Assim sendo, uma empresa dedicada à carga, descarga e armazenamento de cereais, pretendeu, com base no direito da concorrência, opor-se à aplicação desta norma, uma vez que deste resultava do instrumento de contratação coletiva o pagamento de salários superiores aos praticados por essa empresa. Quando questionado sobre o tema, o Tribunal considerou que, estando os trabalhadores numa relação laboral, caracterizada pela circunstância de efetuarem “(...) os trabalhos em causa a favor e sob a direcção (...)” das empresas às quais prestavam a sua atividade, os mesmo enquadravam-

¹⁷ Ribeiro, 2020, pp. 151, 152.

¹⁸ Gomes & Ribeiro, 2021, p. 235.

¹⁹ Pais, 2021, pp. 46, 47.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*, pp. 47-49.

²² *Idem*, p. 167.

²³ Ac. do TJ (Sexta Secção), processo C-22/98, 16/09/99.

se no conceito de trabalhadores, na aceção do atual Art. 45.º do TFUE, relativo à liberdade de circulação dos trabalhadores.²⁴ Daqui retira-se que os trabalhadores estão integrados nas empresas para as quais prestam trabalho, durante essa relação, formando com esta uma unidade económica e não constituindo, por isso, empresas, para efeitos da aplicação do direito da concorrência.^{25/26} Para além disso, o Tribunal afirmou, ainda, que os trabalhadores portuários reconhecidos, mesmo que fossem considerados coletivamente, não constituiriam também uma empresa nesta aceção.²⁷ Através desta afirmação, o TJ pareceu indicar que as associações de trabalhadores não são consideradas empresas para efeitos da aplicação do direito da concorrência, quando participam na contratação coletiva.²⁸

No paradigmático Ac. *Albany*,²⁹ o TJ reforçou a ideia de que o direito da concorrência não se aplica à contratação coletiva voltada para trabalhadores subordinados. Neste caso, a empresa holandesa Albany International recusou-se a pagar as contribuições a um Fundo de Pensões setorial, criado nos termos de um instrumento resultante de CCT, alegando a violação do direito da concorrência, devido à sua aplicabilidade a todo o setor têxtil. O Tribunal reconheceu os efeitos restritivos da concorrência que podem resultar da contratação coletiva,³⁰ mas realçou também a importância da política social da, agora, União Europeia. Para este efeito, invocou os atuais Art. 3.º, n.º 3, do TFUE, o qual prevê uma “economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social”,³¹ e Art. 156.º do TFUE, relativo ao papel da CE no incentivo à cooperação entre Estados-Membros e coordenação das suas ações no âmbito do direito sindical, da contratação coletiva celebrada entre entidades patronais e trabalhadores³² e da promoção do diálogo entre parceiros sociais.³³ O TJ afirmou que a aplicação das normas de direito da concorrência aos parceiros sociais comprometeria a prossecução do referido objetivo da União, pelo que os acordos resultantes da contratação coletiva, atendendo ao seu objeto e natureza,

²⁴ *Idem*, parágrafo 26.

²⁵ *Idem*.

²⁶ No sentido de os trabalhadores subordinados não serem “empresas”, Daskalova, 2018, p. 474; Lianos et al., 2019, p. 324; Monti, 2021, p. 715. Em sentido contrário, entendendo que esta unidade com a entidade empregadora apenas existe no âmbito da atividade em nome da empresa, no exercício de funções, não abrangendo a contratação coletiva, visto os trabalhadores estarem, nesse contexto, a defender os seus próprios interesses, geralmente diversos, ou mesmo contrários aos do empregador, não excluindo, por isso, que os trabalhadores possam ser qualificados como “empresas”: Nihoul, 2020, p. 411. No mesmo sentido: Townley, 2007, pp. 3-24; Bradshaw, 2016, p. 329; Maggolino, 2022, pp. 365-402.

²⁷ Ac. do TJ (Sexta Secção), processo C-22/98, 16/09/99, parágrafo 27.

²⁸ Neste sentido, Countouris et al., 2021, p. 6. Em sentido oposto, considerando que uma associação sindical pode ser uma “empresa” no âmbito do direito da concorrência, Bradshaw, 2016, p. 323, 324.

²⁹ Ac. do TJ, processo C-67/96, 21/09/99.

³⁰ *Idem*, parágrafo 59.

³¹ *Idem*, parágrafo 54 e Art. 3.º, n.º 3 do TFUE.

³² *Idem*, parágrafo 55 e Art. 156.º do TFUE.

³³ *Idem*, parágrafo 56 e Art. 151.º do TFUE.

não devem estar abrangidos por essas normas.³⁴ Para se excepcionar a aplicação do direito da concorrência, é necessário, nos termos do Ac., que o acordo alcançado seja “resultado de uma negociação colectiva entre as organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores”³⁵ e, ainda, que o seu conteúdo adote “medidas destinadas a melhorar as condições de emprego e de trabalho”.³⁶ Assim, através de uma interpretação sistemática, o TJ criou uma isenção setorial à aplicação do direito da concorrência no que respeita à contratação coletiva celebrada entre parceiros sociais.³⁷

Esta isenção seria apenas aplicável aos trabalhadores na aceção do conceito autónomo de direito da União Europeia – que será desenvolvido na secção seguinte desta dissertação –, devido ao facto de o TJ enquadrar os trabalhadores independentes no conceito de empresa. Assim, são proibidos os acordos celebrados por trabalhadores independentes que sejam restritivos da concorrência. Esta ideia foi sublinhada no Ac. *FNV Kunsten*³⁸, no TJ decidiu se uma CCT que fixa remunerações mínimas, celebrada por uma associação sindical de músicos, composta por trabalhadores e trabalhadores independentes, poderia aplicar-se a estes últimos, sem violar as normas de direito da concorrência. Neste caso, o TJ salientou que os trabalhadores independentes constituem empresas, no conceito relevante para a aplicação do Art. 101.º, n.º 1, do TFUE, operando a associação sindical, ao negociar em sua representação, como uma associação de empresas, e não na qualidade de parceiro social.³⁹ Concluiu, por isso, que não pode excluir-se a aplicação das proibições resultantes do direito da concorrência.⁴⁰

Não obstante, esta posição defendida pelo TJ torna-se menos evidente pelo facto de este salvaguardar, no mesmo Ac., a contratação coletiva relativa a falsos trabalhadores independentes, um novo conceito aqui introduzido e que se refere àqueles “prestadores que se encontram numa situação comparável à dos trabalhadores”.⁴¹ No seguimento destas considerações, o TJ reforçou a necessidade de prevenir que os trabalhadores sejam erradamente qualificados como independentes, assim como variações conceptuais entre Estados-Membros e entre estes e o direito da União Europeia, não relevando as qualificações dos trabalhadores a nível dos Estados-Membros,⁴² reafirmando, assim, o conceito de trabalhador no direito da União.

Deste acórdão não se retira uma conclusão clara da definição dada pelo TJ de falsos trabalhadores independentes e, consequentemente, do alcance da (in)aplicabilidade do

³⁴ *Idem*, parágrafos 59 e 60.

³⁵ *Idem*, parágrafo 62.

³⁶ *Idem*, parágrafo 59.

³⁷ Riesenhuber, 2021, p. 168.

³⁸ Ac. do TJ (Primeira Secção), processo C-413/13, 04/12/2014.

³⁹ *Idem*, parágrafo 28.

⁴⁰ *Idem*, parágrafo 31.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*, parágrafos 35, 36.

direito da concorrência à contratação coletiva que os abranja. Por um lado, pode interpretar-se, atendendo ao conjunto e encadeamento das considerações efetuadas, que o TJ define os falsos trabalhadores independentes como aqueles que foram erradamente qualificados como independentes, incluindo-se, na verdade, no conceito de trabalhador (na aceção própria do direito da União Europeia), com base na sua leitura teleológica.⁴³ Por outro lado, é possível entender que, ao invés de desenvolver a definição de falsos trabalhadores independentes, o TJ está a elencar as situações nas quais se deverá excluir a aplicação do direito da concorrência no contexto da contratação coletiva. Nesse caso, a exclusão abrangeria os trabalhadores erradamente qualificados como trabalhadores independentes, e, ainda, os trabalhadores independentes estejam numa situação comparável à dos trabalhadores, sendo por isso falsos trabalhadores independentes. É de criticar esta falta de clareza do TJ, atendendo ao elevado grau de incerteza que provoca.⁴⁴ Não se afigura possível, atendendo ao exposto, sustentar convictamente nem que o TJ pretendeu excluir por completo a possibilidade de desaplicar o direito da concorrência à contratação coletiva quando esta se refere a determinados trabalhadores independentes, em situação comparável à dos trabalhadores subordinados, nem, em sentido contrário, que resulta deste Ac. a consagração da aplicação da isenção do Ac. *Albany* a tais trabalhadores. É certo, no entanto, que tanto a doutrina como a Comissão Europeia desenvolveram possíveis interpretações deste Ac., no sentido de admitir a desaplicação das normas do direito da concorrência à contratação coletiva relativa a certos trabalhadores independentes, tema este que será desenvolvido oportunamente.

⁴³ Riesenhuber, 2021, p. 169.

⁴⁴ Criticando o pouco desenvolvimento e falta de clareza do conceito de falsos trabalhadores independentes neste Ac., Daskalova, 2022.

2. Conceito e categorias de trabalhadores

2.1. O conceito de trabalhador no direito da União Europeia

Para compreender que trabalhadores se enquadram na isenção da aplicação do direito da concorrência à contratação coletiva criada pelo TJ, no Ac. *Albany*, cabe analisar o próprio conceito de trabalhador. No direito da União Europeia, esta noção foi sendo desenvolvida pela jurisprudência do TJ, inicialmente no contexto da liberdade de circulação dos trabalhadores, garantida pelo Art. 45.º do TFUE.⁴⁵ A este respeito releva particularmente o Ac. *Lawrie-Blum*,⁴⁶ no qual o Tribunal estabeleceu que a noção de trabalhador é definida, enquanto conceito autónomo de direito da União,⁴⁷ de acordo com critérios objetivos que identificam os elementos essenciais da relação laboral: a prestação de uma atividade, durante um certo tempo, em benefício e sob a direção de outra pessoa, em contrapartida de uma remuneração.⁴⁸ O critério que determina que a prestação seja realizada em benefício e sob a direção de outra pessoa viria mais tarde a ser apelidado de subordinação.⁴⁹ Na sua jurisprudência subsequente, o TJ continuou a desenvolver estes requisitos.⁵⁰

O conceito de trabalhador subordinado, elaborado no contexto da liberdade de circulação de trabalhadores, passou progressivamente a ser aplicado pelo TJ, por via analógica, no âmbito do direito do trabalho, servindo para determinar o âmbito subjetivo de aplicação de diplomas em matéria laboral, quando estes não remetem para o conceito de trabalhador vigente nos Estados-Membros.⁵¹ Inicialmente, os diplomas da União referentes ao direito laboral remetiam para a definição de trabalhador dada no direito nacional, tornando este conceito muito fragmentado e permitindo que determinados trabalhadores, nos termos da definição autónoma do direito da União Europeia, ficassem excluídos do seu âmbito de aplicação. Por este motivo, passou a ser tendencialmente reduzido o papel das definições nacionais, revertendo-se, assim, a fragmentação do conceito de trabalhador na União Europeia.⁵²

Na sua jurisprudência, o TJ adota uma noção binária, ora qualificando os trabalhadores como subordinados, ora como independentes, não relevando a qualificação que lhes é dada a nível nacional.⁵³ O conceito de trabalhador à luz da

⁴⁵ Menegatti, 2019, p. 72.

⁴⁶ Ac. do TJ, processo 66/85, 03/07/1986.

⁴⁷ *Idem*, parágrafo 16.

⁴⁸ *Idem*, parágrafo 17.

⁴⁹ Nogler, 2010, pp. 83-101.

⁵⁰ Sobre o desenvolvimento jurisprudencial destes critérios, Menegatti, 2019, pp. 72, 73; Risak & Dullinger, 2018, pp. 28-39; Carvalho, 2018, pp. 20-25.

⁵¹ Carvalho, 2018, pp. 27-39.

⁵² Analisando as Diretivas e a jurisprudência do TJ nesta matéria, Nogler, 2010, pp. 229-233; Countouris, 2018, pp. 6-13; Giubboni, 2018, p. 234; Risak & Dullinger, 2018, pp. 18-44; Menegatti, 2019, pp. 75-79; Menegatti, 2024, pp. 161-164.

⁵³ Countouris, 2018, p. 14 e, a título de exemplo, Ac. do TJ, processo C-256/01, 13/01/2004.

jurisprudência do TJ é, no entanto, mais alargado do que em muitos Estados-Membros, visto recorrer a uma noção não muito estrita de direção, de controlo sobre o trabalho e da forma como este é prestado.⁵⁴ No Ac. *FNV Kunsten*, o TJ, sumariando a sua jurisprudência anterior,⁵⁵ apresentou o conceito de trabalhador como sendo a:

*(...) pessoa atue sob a direção do seu empregador, no que diz respeito, nomeadamente, à sua liberdade de escolher o horário, o local e o conteúdo do seu trabalho (v. acórdão Allonby, EU:C:2004:18, n.º 72), não incorra nos riscos comerciais desse empregador (acórdão Agegate, C-3/87, EU:C:1989:650, n.º 36) e esteja integrada na empresa do referido empregador enquanto dura a relação de trabalho, constituindo com esta uma unidade económica (v. acórdão Becu e o., C-22/98, EU:C:1999:419, n.º 26)*⁵⁶.

2.2. As dificuldades da classificação dos trabalhadores e as categorias intermédias

Tradicionalmente, questiona-se quais são os trabalhadores que carecem da proteção oferecida pelo direito do trabalho, isto é, quais são os sujeitos objeto destas normas.⁵⁷ Partindo-se de uma perceção da desigualdade geralmente existente na negociação entre os trabalhadores e os empregadores, o direito do trabalho procura assegurar direitos e parâmetros de proteção do sujeito mais frágil na relação laboral, existindo uma diferença significativa para o trabalhador entre enquadrar-se naquela categoria ou estar submetido ao livre funcionamento do mercado.⁵⁸ Assim sendo, toma-se como ponto de partida ou uma definição de trabalhador ao qual se aplica o direito laboral, tipicamente de trabalhador subordinado, ou um conjunto de características, “testes”⁵⁹ que determinam a abertura das portas do direito laboral ao trabalhador.⁶⁰ Diferentemente, os trabalhadores independentes são uma categoria residual que abrange qualquer trabalhador que não se enquadre no conceito de trabalhador subordinado, ou trabalhador ao qual se aplicam as normas laborais.⁶¹ Em resultado disto, os trabalhadores independentes são muito heterogéneos,⁶² podendo incluir trabalhadores com diferentes relações com a entidade que beneficia da sua prestação.

⁵⁴ Menegatti, 2024, p. 160.

⁵⁵ *Idem*, p. 164.

⁵⁶ Ac. do TJ (Primeira Secção), processo C-413/13, 04/12/2014, parágrafo 36.

⁵⁷ Davidov et al., 2015, p. 115.

⁵⁸ *Idem*, pp. 115 e 117.

⁵⁹ Expressão utilizada em *idem*, *ibidem*.

⁶⁰ Sobre estes ‘testes’ que conduzem à qualificação ou não de um trabalhador como subordinado, ou como trabalhador sujeito do direito laboral, *idem*, pp. 116-121.

⁶¹ Lianos et al., 2019, p. 295.

⁶² *Idem*, *ibidem*.

Existem, deste modo, relações nas quais, apesar da ausência de subordinação, o trabalhador se encontra numa situação de dependência económica de quem beneficia da sua atividade, a qual justifica que lhe seja estendida a proteção laboral.⁶³

Esta questão, apesar de não constituir uma novidade, destacou-se com o crescimento da chamada economia “gig” que veio revolucionar o mercado de trabalho, nomeadamente com o trabalho através de plataformas digitais⁶⁴. Esta opera por via de relações triangulares, nas quais as plataformas efetuam a ligação entre o trabalhador independente e o consumidor,⁶⁵ cabendo depois descortinar se a relação entre a plataforma digital e o trabalhador tem características de laboralidade ou se é uma verdadeira relação entre empresas.⁶⁶ O facto de a prestação destes trabalhadores possuir algumas características associadas à subordinação e outras típicas do trabalho independente, torna difícil a sua qualificação numa destas categorias, impondo-se encontrar novas soluções. Estas podem passar por um alargamento das situações subsumíveis ao conceito de trabalhador subordinado, adaptando alguns dos seus requisitos, ou pela criação de novas categorias de trabalhadores.⁶⁷ Estas categorias intermédias surgem como forma de atribuir alguma proteção laboral a trabalhadores que, não sendo subordinados, estão em situação de vulnerabilidade na definição das suas condições de trabalho, justificando-se conceder-lhes alguma proteção – nomeadamente, o acesso ao direito de contratação coletiva.

2.3. O caso português – Os trabalhadores independentes economicamente dependentes

Em Portugal, os trabalhadores podem ser classificados em três categorias: subordinados, independentes economicamente dependentes e independentes. O trabalhador subordinado, ao qual paradigmaticamente se encontra circunscrito o campo de atuação do direito do trabalho,⁶⁸ tem um contrato de trabalho, definido pelo Art. 11.º do CT como “aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”, ou seja, é “a pessoa jurídica que presta a sua atividade produtiva, livre e retribuída para outrem (...) sob a direção e a autoridade da outra parte”⁶⁹.

⁶³ Ramalho, 2023, p. 111.

⁶⁴ Redinha, 2023, p. 8.

⁶⁵ Menegatti, 2022, p. 105.

⁶⁶ Jurkowska-Gomulka et al., 2024, p. 66.

⁶⁷ Analisando comparativamente a jurisprudência quanto à classificação dos trabalhadores de plataformas, Fernandes & Alves, 2021, pp. 7-44; Hiessl, 2021, pp. 465-517; Menegatti, 2022, pp. 105-126.

⁶⁸ Fernandes, 2023, p. 127.

⁶⁹ Ramalho, 2020, p. 363.

Por seu turno, antes ainda das alterações introduzidas pela Agenda do Trabalho Digno, estava já consagrada no Art. 10.º do CT a atribuição de alguns direitos laborais, mais concretamente, direitos de personalidade, igualdade e não discriminação, e segurança e saúde no trabalho, aos trabalhadores em “situações equiparadas”. Ou seja, naqueles cenários em que, não existindo subordinação jurídica, uma pessoa presta trabalho a outra, estando na sua dependência económica, numa situação de exclusividade ou em que parte substancial dos rendimentos provêm do mesmo beneficiário. Eram, ainda, considerados outros critérios como, por exemplo, a falta de organização própria ou a similitude das funções com trabalhadores subordinados. Requeriam-se, assim, dois fatores para identificar as situações equiparadas: a dependência económica e a inexistência de subordinação jurídica.⁷⁰ Estes trabalhadores, encontrando-se numa circunstância de vulnerabilidade, pessoal e social, que se assemelha à dos trabalhadores subordinados, merecem a proteção do direito do trabalho, expandindo o âmbito da sua aplicação.⁷¹ Porém, a qualificação destes trabalhadores não era simples, visto não existir um regime próprio para os mesmos.⁷²

As alterações introduzidas no CT pela Lei 13/2023, de 3 de abril trouxeram mudanças substanciais neste domínio. Em primeiro lugar, foi estabelecida uma presunção de dependência económica para os trabalhadores independentes que sejam pessoas singulares e que prestem, diretamente e sem intervenção de terceiros, uma atividade para o mesmo beneficiário, dele obtendo o produto da sua atividade, correspondente a mais de 50% do valor total da atividade de trabalhador independente.⁷³ Manteve-se o requisito de dependência económica, mas a sua qualificação passou a ser quantitativa, desaparecendo a incerteza que caracterizava a identificação destes trabalhadores.⁷⁴ Não é claro, contudo, se aqui se consagrou um conceito fechado de trabalhador dependente economicamente dependente ou se foi criada uma presunção inilidível de dependência económica que permite, por um lado, que outros trabalhadores sejam qualificados como economicamente dependentes⁷⁵ e, por outro, a aplicação do estatuto dos trabalhadores independentes economicamente dependentes a trabalhadores que não se encontrem numa verdadeira condição de vulnerabilidade económica. Isto porque, com a cumulação com outras atividades ou com a prestação da mesma a outros beneficiários, os seus rendimentos poderão ultrapassar o valor da bitola legal.⁷⁶ O trabalhador independente economicamente dependente deverá ser,

⁷⁰ Redinha, 2023, p. 8.

⁷¹ *Idem*, pp. 8 e 9.

⁷² Lambelho, 2014, pp. 433-454.

⁷³ Art. 10.º, n.º 2, do CT e Art. 140.º, n.º 1, do CRCSPSS.

⁷⁴ Redinha, 2023, pp. 12, 13.

⁷⁵ Colocando esta dúvida, Ribeiro & Rouxinol, 2025, p. 363.

⁷⁶ Redinha, 2023, pp. 12, 13.

necessariamente, uma pessoa singular e não deverá poder fazer-se substituir, em princípio, por terceiros.^{77/78}

Proporcionou-se, ainda, uma expansão dos direitos atribuídos aos trabalhadores independentes, nomeadamente por via da aplicação de IRCT negociais em vigor no âmbito do mesmo setor de atividade, profissional e geográfico, da representação por associações sindicais e comissões de trabalhadores, da negociação de CCT específicas para trabalhadores independentes através das associações sindicais, da aplicação de CCT já existentes e aplicáveis a trabalhadores, à extensão administrativa ou por decisão arbitral de CCT e da fixação administrativa de condições mínimas de trabalho⁷⁹. Por fim, foram atribuídos aos trabalhadores independentes economicamente dependentes direitos no âmbito do teletrabalho, consagrados nos Art. 168.º a 170.º-A do CT, nos termos do Art. 165.º, n.º 2, do mesmo diploma.⁸⁰

No que diz respeito aos trabalhadores independentes estes são, também no direito português, uma categoria que abrange todos os trabalhadores que não sejam subordinados ou trabalhadores independentes economicamente dependentes. A mais recente alteração do CT também parece atribuir-lhes o direito a que lhes seja aplicada uma CCT que vincule o beneficiário da sua atividade em casos de terceirização de serviços⁸¹, questão esta a ser abordada ulteriormente.

Consegue-se pelo aqui disposto comprovar que, apesar de tradicionalmente o direito do trabalho se circunscrever aos trabalhadores subordinados, tem-se verificado uma tendência para estender a outros trabalhadores a aplicação de direitos laborais, inclusivamente o direito de contratação coletiva. Esta tendência tornou-se ainda mais preponderante com o protagonismo e visibilidade dados às situações equiparadas, em virtude do debate referente aos trabalhadores de plataformas digitais, nómadas digitais e outros fenómenos, que surgiram e cresceram durante a pandemia provocada pelo COVID-19, e que provocaram uma erosão da anterior centralidade da relação de trabalho.⁸² Não foi, no entanto, a categoria de trabalhador independente economicamente dependente a solução privilegiada pelo legislador português para os trabalhadores de plataformas digitais, tendo-se estabelecido uma presunção de existência de um contrato de trabalho para estes casos.⁸³

⁷⁷ Sobre o âmbito subjetivo de aplicação das normas relativas aos trabalhadores independentes economicamente dependentes: *Idem*, pp. 13-15.

⁷⁸ O trabalhador independente poderá fazer-se substituir nos casos previsto no Art. 10.º, n.º 3, do CT.

⁷⁹ Art. 10.º-A, n.º 1, do CT.

⁸⁰ Sobre este tema, Lambelho, 2022, pp. 31-55.

⁸¹ Art. 498.º-A, n.º 1, do CT.

⁸² Redinha, 2023, p. 9.

⁸³ Art. 12.º-A do CT.

3. A conciliação dos direitos de contratação coletiva e da concorrência relativamente a trabalhadores independentes

3.1. Posicionamentos doutrinários

No que respeita à admissibilidade da aplicação de convenções coletivas a trabalhadores independentes, a doutrina apresenta diversas posições quanto à sua compatibilização com o direito da concorrência, em que termos esta deve ser efetuada e a que trabalhadores independentes pode este direito ser atribuído. Uma primeira abordagem propõe uma reinterpretação da isenção da contratação coletiva ao direito da concorrência, que remonta à jurisprudência do TJ no Ac. *Albany*. Com base numa interpretação funcional do conceito de empresa no direito da concorrência, sustenta a exclusão da aplicação deste último a qualquer contratação coletiva que tenha como objetivo proteger trabalhadores da dependência económica perante quem os emprega, sejam eles subordinados ou independentes.⁸⁴

No Ac. *FNV Kunsten*, conforme anteriormente exposto, o TJ apresentou uma definição de trabalhador para efeitos do afastamento da aplicação do direito da concorrência à contratação coletiva. Para além da atuação sob a direção do empregador, esta definição assenta em critérios de dependência em relação à entidade empregadora, designadamente a falta de autonomia na determinação da conduta do trabalhador no mercado e a não sujeição aos riscos comerciais do empregador. Acresce, ainda, um critério de integração, segundo o qual trabalhador e empregador constituem uma única unidade económica, durante a relação contratual.⁸⁵ Este último aspeto é também salientado no Ac. *Becu*.⁸⁶

Estes elementos relevam para a abordagem proposta por Gideon e Schiek⁸⁷, visto que, nos termos da *single economic unit doctrine*, o direito da concorrência se aplica apenas a relações entre empresas que competem entre si no mercado.⁸⁸ Com efeito, direito da concorrência não se aplica a qualquer entidade, mas sim àquelas que são uma unidade económica, ou seja, que determinam de forma independente a sua conduta no mercado, podendo ser constituídas por diversas pessoas, singulares ou coletivas. A empresa, para efeitos de direito da concorrência e segundo esta doutrina, é a unidade económica.⁸⁹ Partindo desta premissa, as autoras defendem que, uma unidade económica também se pode verificar entre trabalhadores independentes e os beneficiários da sua atividade. Foi já reconhecida, no âmbito de contratos de agência, a

⁸⁴ Gideon & Schiek, 2018, p. 15.

⁸⁵ Ac. do TJ (Primeira Secção), processo C-413/13, 04/12/2014, parágrafos 33 e 36.

⁸⁶ Ac. do TJ (Sexta Secção), processo C-22/98, 16/09/99, parágrafo 26.

⁸⁷ Gideon & Schiek, 2018.

⁸⁸ *Idem*, pp. 14 e 15.

⁸⁹ Bailey & Odudu, 2014, pp. 1721-1726.

unidade económica do agente com o principal.⁹⁰ Assim, os trabalhadores independentes e seus beneficiários podem, em certos casos, preencher este critério de desaplicação do direito da concorrência.⁹¹ Nesta perspetiva, trabalhadores independentes que constituam uma única unidade económica com aqueles que beneficiam da sua atividade, deveriam enquadrar-se no conceito de trabalhador, para efeitos da aplicação do Ac. *Albany*. Consequentemente, onde se refere a necessidade de que a contratação coletiva seja “resultado de uma negociação colectiva entre as organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores”, poderiam estar abrangidos instrumentos resultantes da negociação entre trabalhadores independentes e beneficiários da sua atividade, quando constituam uma unidade económica.⁹² Para Gideon e Schiek, esta reinterpretação vai para além do estipulado no Ac. *FNV Kunsten*, na medida em que dispensa a qualificação destes trabalhadores como falsos trabalhadores independentes, ampliando a própria noção de trabalhador.⁹³

Também Lianos, Countouris e De Stefano⁹⁴ consideram que a jurisprudência do TJ relativa aos autênticos acordos de agência, onde o risco comercial é suportado pelo principal, pode servir para, analogicamente, isentar a aplicação do direito da concorrência a certos acordos com os fins previstos no Ac. *Albany*.⁹⁵ Ou seja, desde que o seu conteúdo adote “medidas destinadas a melhorar as condições de emprego e de trabalho”.⁹⁶

Realçam, no entanto, que algumas cláusulas típicas dos contratos de agência não se enquadram nesta isenção pelo facto de o agente ser considerado como uma empresa, por si só, na relação com o principal, sendo exemplos desta autonomia cláusulas que impedem o principal de nomear outros agentes para determinadas transações, clientes ou territórios ou que impeçam o agente de atuar como agente ou distribuidor de empresas que concorram com o principal.⁹⁷ Estes autores, diferentemente de Gideon e Schiek, não enquadram os trabalhadores independentes aqui tratados na categoria de trabalhadores referida no caso *Albany*, mas sim nos falsos trabalhadores independentes referidos no Ac. *FNV Kunsten*. Lianos, Countouris e De Stefano consideram que esta noção de falsos trabalhadores independentes, cuja contratação coletiva está isentada da aplicação do direito da concorrência, deve abranger não só trabalhadores erradamente qualificados como trabalhadores independentes, mas também aqueles que, não

⁹⁰ Por exemplo, no Ac. do TJ nos processos apensos 40/73, a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, de 16/12/1975.

⁹¹ Gideon & Schiek, 2018, pp. 14 e 15.

⁹² Ac. do TJ (Sexta Secção), processo C-22/98, 16/09/99, parágrafo 62.

⁹³ Gideon & Schiek, 2018, pp. 15 e 16.

⁹⁴ Lianos et al., 2019, pp. 291-333.

⁹⁵ *Idem*, pp. 310-317.

⁹⁶ Ac. do TJ (Sexta Secção), processo C-22/98, 16/09/99, parágrafo 59.

⁹⁷ Lianos et al., 2019, pp. 315 e 316.

cumprindo o requisito de subordinação jurídica, não são empresas para efeitos do Art. 101.º do TFUE, por não serem verdadeiramente independentes daqueles para quem prestam a sua atividade, mas antes dependerem inteiramente ou predominantemente no seu trabalho pessoal, prestado por si.⁹⁸

A ideia de atender ao risco do negócio como elemento determinante da classificação de uma entidade como empresa, para efeitos da aplicação do direito da concorrência, foi também analisada pelo Advogado-Geral Nils Wahl, nas suas Conclusões no caso *FNV Kunsten* ⁹⁹, através do “teste do empreendedorismo”.¹⁰⁰ Este considera, como possível critério para diferenciar os trabalhadores das empresas, o facto de as empresas assumirem o risco do negócio, em contrapartida da possibilidade de obtenção de lucro. Esta perspetiva não foi, no entanto, acolhida pelo TJ no Ac. em causa.

A utilização da assunção do risco como fator de distinção entre empresas e trabalhadores é criticada na doutrina, na medida em que, no contexto atual, se observa frequentemente uma transferência do risco, por parte daquele que recebe a prestação, para o trabalhador, particularmente quando este se encontra numa posição de vulnerabilidade e onde possui reduzido poder de negociação.¹⁰¹

Outra perspetiva de conciliação entre o direito da concorrência e o direito de contratação coletiva parte do entendimento de que a mesma não deve ser efetuada através de uma isenção estabelecida para o direito de contratação coletiva em face do direito da concorrência. Isto deve-se à natureza de direito fundamental do direito de contratação coletiva.¹⁰² De facto, tratando-se de um direito fundamental, este deve ser considerado a regra, e não uma exceção.¹⁰³ Para a European Trade Union Confederation, este direito é absoluto, tendo aplicação universal e não sendo, por isso, possível impor-lhe quaisquer restrições pelo direito da concorrência.¹⁰⁴ Por outro lado, para outra doutrina, o direito à contratação coletiva não deixa de poder ser limitado, por não se tratar de um direito absoluto, desde que seja respeitado o seu conteúdo essencial e o princípio da proporcionalidade, impondo que qualquer restrição obedeça a um critério de necessidade e corresponda à valorização de um interesse geral reconhecido na União Europeia.¹⁰⁵

Countouris e De Stefano sustentam que, tratando-se de direito fundamental, o direito de contratação coletiva deve ser interpretado amplamente no que toca ao seu

⁹⁸ Countouris et al., 2021, p. 23.

⁹⁹ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, no processo C-413/13, 11/09/2014, parágrafo 45.

¹⁰⁰ Pais, 2021, p. 55.

¹⁰¹ Georgiou, 2022, pp. 109-137.

¹⁰² European Trade Union Confederation, 2022, p. 2.

¹⁰³ Countouris & De Stefano, 2021, pp. 4-17.

¹⁰⁴ European Trade Union Confederation, 2022, p. 4.

¹⁰⁵ Countouris & De Stefano, 2021, p. 5 e Art. 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

âmbito subjetivo.¹⁰⁶ Neste sentido, é posição da OIT que a subordinação não deve ser o critério para definir a liberdade de associação, tendo os trabalhadores independentes direito à mesma e¹⁰⁷ devendo os Estados tomar as medidas necessárias para identificar as particularidades dos trabalhadores que possam afetar o seu acesso à contratação coletiva, de forma a criar mecanismos específicos para os mesmos, quando apropriado.¹⁰⁸

No entender do Comité Europeu dos Direitos Sociais, ao interpretar a Carta Social Europeia Revista, também o direito de negociação coletiva não deve ser vedado aos trabalhadores independentes, por constar da Parte II deste diploma e o seu enquadramento não requerer a aplicação exclusiva a trabalhadores subordinados.¹⁰⁹

Por fim, resulta da classificação do direito de contratação coletiva como fundamental, a sua invocação noutros contextos, de forma a assegurar a devida proteção.¹¹⁰ Um exemplo desta compatibilização com os direitos fundamentais é um pedido da CE à Coreia do Sul para estabelecer um painel de peritos relativamente à noção de trabalhador no país, a qual seria demasiado restritiva, excluindo “algumas categorias de trabalhadores independentes, como condutores de veículos de mercadorias pesadas”,¹¹¹ no contexto de um acordo comercial.

Uma abordagem do problema da compatibilização do direito da concorrência com o direito de contratação coletiva que tome como ponto de partida a qualificação deste último como um direito fundamental, impõe a não sobreposição do direito da concorrência face ao direito fundamental de contratação coletiva. É, nesta perspetiva, criticável o entendimento do TJ, que tende a priorizar, por regra, o direito da concorrência.¹¹²

Para efeitos da concretização do alcance desta tese, é central determinar que trabalhadores devem necessariamente incluir-se no âmbito subjetivo do direito à contratação coletiva. Countouris e De Stefano propõem que o conceito de trabalhador para a aplicação dos direitos laborais seja alargado para além dos trabalhadores subordinados.¹¹³ Neste sentido, consideram hipóteses como a dependência do trabalhador de uma entidade empregadora principal ou métodos *ad hoc*, os quais

¹⁰⁶ Countouris & De Stefano, 2021, p. 5.

¹⁰⁷ International Labour Organization, 2018, parágrafo 387 e jurisprudência aí citada.

¹⁰⁸ International Labour Office, 2012, parágrafo 461.

¹⁰⁹ Comité Europeu dos Direitos Sociais, *Decision on the merits: Irish Congress of Trade Unions v. Ireland, Complaint 123/2016*, 12/09/2018, disponível em https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/processed-complaints/-/asset_publisher/5GEFkjmH2bYG/content/no-123-2016-irish-congress-of-trade-unions-v-ireland.

¹¹⁰ Countouris & De Stefano, 2021, p. 6.

¹¹¹ Panel of experts proceeding constituted under article 13.15 of the eu-korea free trade agreement, *Report of the panel of experts*, 2021, disponível em <https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbdoe/library/d4276bof-4ba5-4aac-b86a-d8f65157c38e/details>, p. 28.

¹¹² Countouris & De Stefano, 2021, p. 7.

¹¹³ *Idem*.

atribuem determinados direitos a trabalhadores independentes que efetuam certos tipos de trabalho ou que trabalham em determinados setores.¹¹⁴ Ainda assim, selecionam como solução preferível a inclusão naquele conceito de todos os trabalhadores que realizam trabalho predominantemente pessoal, sem que possam fazer substituir-se ou sem que utilizem instrumentos de trabalho particulares ou bens dos quais sejam proprietários.¹¹⁵ Caso contrário, sendo permitida a substituição, poderiam eles próprios ser considerados empregadores e, utilizando instrumentos e bens próprios, se os mesmos forem relevantes, podem ser verdadeiros empresários, gerindo a sua própria empresa.¹¹⁶

Em sentido similar, Rainone¹¹⁷ e Countouris¹¹⁸ propõem uma alteração do paradigma do direito laboral que não baseie a proteção que este concede na ideia de subordinação, mas que, ao invés, permita que o seu âmbito de aplicação se estenda a quaisquer situações em que o poder de negociação das partes está em desequilíbrio. Desta forma, pretendem que o trabalho não seja desvalorizado, como se fosse qualquer outro fator de produção,¹¹⁹ não podendo os interesses de quem beneficia do trabalho ser refletidos de forma desproporcional, resultando que os trabalhadores independentes sejam forçados a aceitar condições de trabalho que lhes são impostas.¹²⁰ Por conseguinte, os autores propõem que o acesso à proteção laboral e, no que releva para esta dissertação, à contratação coletiva, seja estabelecido por critérios situados para lá da subordinação.¹²¹ O primeiro critério proposto é a prestação de trabalho predominantemente individual e intensivo em mão de obra.¹²² Outro critério alternativo apresentado é a prestação de um serviço que converge na atividade económica de quem beneficia do mesmo, sendo parte integrante do seu serviço principal e permitindo-lhe cumprir as obrigações contratuais com uma terceira parte.¹²³ Por fim, o último critério sugerido é a prestação de serviços ou venda de produtos pelo trabalhador, os quais são também disponibilizados pela entidade que beneficia dos mesmos, ou seja, em circunstâncias em que poderiam, em princípio, ser concorrentes, mas nas quais esse cenário não se verifica na prática.¹²⁴ Nos casos elencados, as autoridades da concorrência não deverão intervir no sentido de

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ *Idem*, pp. 7-10.

¹¹⁷ Rainone, 2022a, pp. 167-191.

¹¹⁸ Countouris & Rainone, 2021.

¹¹⁹ A expressão utilizada é “the provision of work risks being commodified”, provavelmente referenciando a famosa frase “labour is not a commodity” (o trabalho não é uma mercadoria), ideia fundamental propugnada pela Organização Internacional do Trabalho na Declaração de Filadélfia, adotada em 1944.

¹²⁰ Countouris & Rainone, 2021, pp. 2-4 e Rainone, 2022a, pp. 167-177.

¹²¹ Countouris & Rainone, 2021, p. 7 e Rainone, 2022a, pp. 177-179.

¹²² *Idem.*

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

invalidar a CCT celebrada, de forma a cumprir com as obrigações que decorrem da Convenção n.º 98 da OIT.¹²⁵

Deste ponto de vista, não será função do direito da concorrência limitar o acesso à contratação coletiva das pessoas que trabalham, em qualquer uma destas configurações, podendo até admitir-se um papel do direito da concorrência na proteção laboral, sendo que este também deve ser orientado no sentido da prossecução dos objetivos sociais da União Europeia, estabelecidos no Art. 3.º do TUE, conforme tinha já sido avançado pelo Ac. *Albany*.¹²⁶

Outra estratégia possível para conciliar a proteção de alguns trabalhadores independentes com o direito da concorrência é o alargamento do conceito de trabalhador para efeitos de aplicação do direito da concorrência ou a criação de categorias intermédias de trabalhadores, aumentando o leque daqueles que beneficiam da contratação coletiva, mesmo que não lhes sejam atribuídos todos os direitos laborais concedidos aos trabalhadores subordinados. Esta opção foi adotada, em diversos países, no caso dos trabalhadores de plataformas, através da flexibilização dos requisitos que determinam a qualificação como trabalhador ou da criação dessas categorias intermédias de trabalhadores que beneficiam de alguma proteção pelo direito do trabalho, como seja o acesso aos mecanismos da contratação coletiva pelos trabalhadores em questão.¹²⁷ Esta estratégia não deixa de trazer algumas dificuldades, diluindo a distinção entre os trabalhadores subordinados e independentes, dificultando a sua qualificação, devido à grande diversidade de prestadores independentes. Para além disso, a criação de categorias intermédias poderá aumentar a litigância e a incerteza jurídica, no sentido em que se passam a considerar na qualificação, em vez de duas, três categorias de trabalhadores, podendo mesmo alguns trabalhadores ser prejudicados pelo seu enquadramento na categoria intermédia, ao invés de figurarem como trabalhadores subordinados.¹²⁸

Sob outra ótica, pode convocar-se ideia propugnada pelo TJ no Ac. *Wouters* de que uma prática anticoncorrencial poderá ser admissível, quando esta for necessária para prosseguir um objetivo considerado legítimo, sendo tal acordo excluído do âmbito de aplicação das proibições do direito da concorrência. Neste caso, o TJ, apesar de considerar que uma decisão adotada pela Ordem dos Advogados neerlandesa, uma associação de empresas para efeitos da aplicação do direito da concorrência, causava efeitos restritivos da concorrência, rejeita que daí decorra a violação do atual Art. 101.º, n.º 1, do TFUE, afirmando que:

¹²⁵ Countouris & Rainone, 2021, p. 8.

¹²⁶ Ac. do TJ, processo C-67/96, 21/09/99, parágrafo 59.

¹²⁷ Fernandes & Alves, 2021, pp. 7-44; Heissl, 2021, pp. 465-517; Menegatti, 2022, pp. 105-126.

¹²⁸ Cherry & Aloisi, 2018; Countouris et al., 2019, pp. 320-322.

*(...) qualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Com efeito, para efeitos da aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos (...). Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos.*¹²⁹

Assim, o regulamento adotado, no caso, pela Ordem dos Advogados neerlandesa, proibindo a colaboração integrada entre advogados e revisores de contas, não foi considerada violadora do Art. 101.º, n.º 1, do TFUE, por ser “necessária para o bom exercício da profissão de advogado, tal como se encontra organizada no Estado-Membro em causa”.¹³⁰ Aplicando esta tese, abre-se a porta para, analisando a compatibilidade de determinado acordo resultante de contratação coletiva com o direito da concorrência, se poder atender a critérios que não a dicotomia entre trabalhadores subordinados e independentes, como, por exemplo, a desigualdade entre as partes na negociação das condições de trabalho/prestação de serviços e a sua possível vulnerabilidade.¹³¹ De facto, é inerente à organização ou associação de trabalhadores independentes, com vista a melhorar as suas condições de trabalho, a restrição da concorrência.¹³² Em todo o caso, este entendimento implica uma análise casuística do contexto em que o acordo ocorre, avaliando a necessidade e proporcionalidade da restrição ao direito da concorrência.¹³³ Podendo existir variações consoante as condições económicas de cada Estado-Membro e não se aplicando uma única regra, torna-se potencialmente mais ajustada ao caso concreto a aplicação desta restrição, ainda que também mais complexa.¹³⁴ Outra questão que torna difícil, na prática, esta abordagem é a ausência de critérios, por parte do TJ, relativamente ao que se deve considerar um objetivo legítimo de forma a que possa ser afastada a proibição de determinados comportamentos no mercado.¹³⁵ Pode ser indicativo o realce dado, no caso em questão, ao facto de a legislação nacional encarregar a Ordem dos Advogados neerlandesa de regular os aspetos necessários para que a prestação da atividade seja adequada, sendo este um interesse público.¹³⁶ É possível, atendendo a estas particularidades, uma interpretação restritiva do Ac., exigindo, para

¹²⁹ Ac. do TJ processo C-309/99, de 19/02/2002, parágrafo 97.

¹³⁰ *Idem*, parágrafo 110.

¹³¹ Monti, 2021, p. 729.

¹³² Gideon & Schiek, 2018, p. 16.

¹³³ Denihan, 2023, p. 348.

¹³⁴ Monti, 2021, p. 730.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ Countouris et al., 2021, p. 306 e Ac. do TJ, processo C-309/99, de 19/02/2002, parágrafos 62, 110.

afastar o direito da concorrência, que esteja em questão a proteção de um interesse público e/ou uma matéria relativamente à qual haja alguma competência atribuída pela lei nacional à empresa.¹³⁷

A abordagem adotada neste Ac. pode ser criticada por criar uma via de exclusão da aplicabilidade do Art. 101.º, n.º 1, do TFUE, sem preencher os critérios apertados do n.º 3 do mesmo Art., o qual será tratado ulteriormente, e que prevê as circunstâncias em que, apesar de se estar perante uma restrição da concorrência, a proibição prevista no n.º 1 desse preceito não se aplica.¹³⁸ Por este motivo, alguns autores consideram que a interpretação do TJ neste Ac. pode ser utilizada no âmbito do preenchimento dos critérios do Art. 101.º, n.º 3, do TFUE.¹³⁹ Apesar destas questões, não deixa de resultar deste Ac. uma abertura por parte do TJ para a desaplicação do direito da concorrência fora desse âmbito e que, caso seja adotada para as restrições provocadas pela contratação coletiva voltada para trabalhadores independentes, poderá ser uma solução para o problema da conciliação dos dois direitos.

Um argumento adicional, que suporta o alargamento da exclusão da aplicação do direito da concorrência à contratação coletiva dos trabalhadores independentes, foi apresentado pelo Advogado-Geral Nils Wahl nas Conclusões apresentadas no caso *FNV Kunsten*.¹⁴⁰ Para Wahl, um dos principais motivos da existência da contratação coletiva é eliminar a concorrência entre trabalhadores no que toca ao seu salário, impedindo que um empregador possa contratar trabalhadores por valores abaixo do acordado, evitando o chamado *social dumping*.¹⁴¹ Para este efeito, a qualificação do trabalhador como subordinado ou independente não é relevante, podendo refletir-se na dinâmica da degradação das condições de trabalho, característica do *social dumping*, através da substituição de trabalhadores subordinados por trabalhadores independentes com remuneração inferior e condições laborais mais desfavoráveis.¹⁴² Assim, considera o Advogado-Geral que a prevenção do *social dumping* deve ser entendida como forma de “melhorar as condições de emprego e de trabalho”,¹⁴³ no contexto da contratação coletiva, conforme o critério estabelecido no Ac. *Albany*, permitindo isentar a aplicação das normas de direito da concorrência. Biasi,¹⁴⁴ apesar de reconhecer este argumento como “parcialmente social” por partir desta ideia de proteção de um grupo vulnerável, critica o facto de a relevância desta se direcionar apenas aos trabalhadores subordinados, no sentido em que o foco é colocado meramente na sua substituição por trabalhadores

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Pais, 2021, pp. 61, 62 e Monti, 2021, pp. 738, 739.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, no processo C-413/13, 11/09/2014, parágrafos 74-83.

¹⁴¹ European Parliamentary Research Service, *Understanding social dumping in the European Union*, 2017.

¹⁴² Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, no processo C-413/13, 11/09/2014, parágrafos 75, 76.

¹⁴³ Ac. do TJ (Sexta Secção), processo C-22/98, 16/09/99, parágrafo 59.

¹⁴⁴ Biasi, 2018, pp. 354-373.

independentes, não atendendo à necessidade de estabelecimento de padrões mínimos para as condições de trabalho destes últimos.¹⁴⁵ Apesar disso, este entendimento admite que, através da contratação coletiva, sejam definidos os preços mínimos a praticar quanto aos serviços prestados por trabalhadores independentes e que correspondam ao limite inferior da retribuição dos trabalhadores subordinados,¹⁴⁶ sem que seja aplicado o direito da concorrência.¹⁴⁷ Esta ideia não foi, no entanto, acolhida pelo TJ no caso em questão, o qual preferiu manter o foco da questão na distinção entre os trabalhadores subordinados e independentes, e nos “falsos trabalhadores independentes”.

Outra proposta da doutrina para conciliar os dois direitos aqui em questão passa pela aplicação do Art. 101.º, n.º 3, do TFUE. Este preceito dispõe que podem ser declaradas inaplicáveis as proibições do n.º 1 quando:

(...) contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

*b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.*¹⁴⁸

Estes critérios são de difícil preenchimento por CCT celebradas para trabalhadores independentes, no entanto, algumas propostas são efetuadas pela doutrina no sentido de se ter em conta aspetos sociais (e não apenas fatores económicos) na aplicação dos requisitos em causa.¹⁴⁹ Este entendimento foi já secundado pelo TJ ao, por exemplo, considerar que a manutenção do nível de emprego contribui para a melhoria da produção, enquanto fator de estabilização da mesma, no âmbito de um acordo relativamente a um sistema de distribuição de aparelhos eletrónicos.¹⁵⁰ Também a CE atendeu, para o preenchimento deste critério, aos benefícios coletivos a nível do ambiente num acordo que visava reduzir o consumo energético de máquinas de lavar, valorizando também dados não económicos.¹⁵¹ Esta ideia poderá ser posta em causa por interpretações feitas atualmente deste Art., inclusive, aparentemente, pela CE,¹⁵² uma

¹⁴⁵ *Idem*, p. 368.

¹⁴⁶ Gideon & Schiek, 2018, p. 16.

¹⁴⁷ Countouris et al., 2021, p. 318.

¹⁴⁸ Art. 101.º, n.º 3, do TFUE.

¹⁴⁹ Schömann, 2022, p. 8.

¹⁵⁰ Ac. do TJ, processo 26/76, 25/10/1977, parágrafo 43. Esta ideia é novamente reforçada no Ac. do TJ (Quinta Secção), processo 42/84, 11/07/1985, parágrafo 42.

¹⁵¹ Comissão Europeia, Decisão da Comissão de 24 de janeiro de 1999, processo IV.F.1/36.718 — CECED, 2000/475/CE, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2000/475/oj/eng>, parágrafos 55-57.

¹⁵² Monti, 2021, p. 735.

vez que nas suas “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do Art. 81.º do Tratado”, atual Art. 101.º, n.º 3, do TFUE, se refere a este critério como “ganhos de eficiência”, distinguindo-os entre “ganhos em termos de custos e ganhos de eficiência de natureza qualitativa através dos quais é criado valor sob a forma de produtos novos ou melhorados, maior variedade de produtos, etc.”,¹⁵³ adotando uma abordagem económica.¹⁵⁴ No que toca ao critério de que aos utilizadores seja reservada uma parte equitativa do lucro resultante do acordo, este é ainda mais desafiante de demonstrar, na medida em que, a melhoria das condições de trabalho dos trabalhadores independentes, nomeadamente no que toca ao preço desses serviços, resulta geralmente num aumento do preço para os consumidores.¹⁵⁵ Esta questão coloca-se aqui, adicionalmente, pelo facto de a CE referir, nas suas Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, que “o conceito de «parte equitativa» implica que a repercussão dos benefícios deve, no mínimo, compensar os consumidores pelo eventual impacto negativo, efetivo ou potencial, que a restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º teve para esses consumidores”. Não é, no entanto, claro que esta avaliação deva ser feita relativamente aos consumidores, visto que esta expressão não é vertida em todas as versões do TFUE, o que se pode desde já evidenciar pela versão portuguesa, a qual se refere, no Art. 101º, n.º 3, aos “utilizadores”, e não “consumidores”.¹⁵⁶

Neste âmbito, propõe Monti¹⁵⁷ e Denihan¹⁵⁸, com inspiração na Autoridade para os Consumidores e Mercados dos Países Baixos,¹⁵⁹ a possibilidade de interpretar este Art. no sentido de ser considerada uma melhoria na qualidade do produto ou serviço a própria proteção social destes trabalhadores independentes ou, por outro lado, de os utilizadores/consumidores mencionados no Art. serem aqueles que contratam os trabalhadores independentes – devendo ser demonstrado, por exemplo, um aumento da produtividade, melhores métodos ou organização do trabalho –, ou, noutra perspetiva ainda, de os utilizadores se tratarem dos próprios trabalhadores independentes. Lianos, Countouris e De Stefano entendem também que as questões ligadas à política social, como evitar o *social dumping* devem ser atendidas na aplicação do Art. 101.º, n.º 3, do TFUE, devendo ser consideradas como lucros ou benefícios coletivos da sociedade.¹⁶⁰

¹⁵³ Comissão Europeia, Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, *Jornal Oficial da União Europeia*, 2004/C 101/08, 27/04/2004.

¹⁵⁴ Denihan, 2023, p. 344.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 345.

¹⁵⁶ Monti, 2021, p. 735.

¹⁵⁷ *Idem*, pp. 735-737.

¹⁵⁸ Denihan, 2023, pp. 344-246.

¹⁵⁹ Autoriteit Consument en Markt, *Guidelines regarding Sustainability Claims*, versão 2, 2023, disponível em <https://www.acm.nl/en/publications/guidelines-sustainability-claims>.

¹⁶⁰ Countouris, et al., 2021, p. 318.

Nesta ordem de ideias, consideram Monti¹⁶¹ e Pais¹⁶² que este artigo do TFUE pode ser analisado, conforme já referido anteriormente, atendendo às considerações efetuadas pelo TJ no Ac. *Wouters*, perspetivando-se, assim, também, uma interpretação ampla dos ganhos de eficiência.

Importa, adicionalmente, constatar que o atual Art. 101.º, n.º 3, do TFUE, pode ser aplicado como uma isenção por categoria, mediante regulamentos aplicáveis a categorias de acordos e práticas concertadas, ou de forma individual, cabendo o ónus da prova dos critérios supramencionados à empresa que invoque beneficiar da isenção.¹⁶³ Atendendo às dificuldades que acarreta esta prova, no caso da contratação coletiva celebrada por trabalhadores independentes, conforme se verifica pela análise dos requisitos, alguns autores sugerem a possibilidade de adoção de decisões oficiosas, pela CE, que efetuem essa análise e declarem a inaplicabilidade do Art. 101.º, n.º 1, do TFUE, nos termos do Art. 10.º do Regulamento (CE) N.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos atuais Art. 101.º e 102.º do Tratado, ou de isenções por categoria, conforme o Art. 103.º do TFUE.¹⁶⁴

3.2. As Orientações da Comissão sobre a Aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia às Convenções Coletivas Relativas às Condições de Trabalho dos Trabalhadores Independentes Individuais

A CE, em 2022, emitiu um comunicado apresentando “Orientações sobre a aplicação do direito da concorrência da União às convenções coletivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes individuais”¹⁶⁵. Neste diploma a CE propõe-se a estabelecer princípios para a avaliação de acordos resultantes de negociações coletivas entre empresas e trabalhadores independentes individuais, relativos às condições de trabalho destes últimos, à luz do Art. 101.º do TFUE.¹⁶⁶

Assim sendo, a CE começa por reforçar os objetivos sociais constantes dos Art. 3.º, n.º 3, (“economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social”) e 9.º (“exigências relacionadas com a promoção de um nível elevado de emprego, a garantia de uma proteção social adequada, a luta contra a

¹⁶¹ Monti, 2021, pp. 738, 739.

¹⁶² Pais, 2021, pp. 61, 62.

¹⁶³ Comissão Europeia, Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, *Jornal Oficial da União Europeia*, 2004/C 101/08, 27/04/2004, parágrafos 2 e 41.

¹⁶⁴ Countouris, et al., 2021, pp. 332, 333.

¹⁶⁵ Comissão Europeia, Orientações sobre a aplicação do direito da concorrência da União às convenções coletivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes individuais, *Jornal Oficial da União Europeia*, 2022/C 347/02, 30/09/2022.

¹⁶⁶ *Idem*, parágrafo 1.

exclusão social e um nível elevado de educação, formação e proteção da saúde humana”) do TUE e do Art. 152.º do TFUE (“reconhece e promove o papel dos parceiros sociais ao nível da União” e “facilita o diálogo entre os parceiros sociais, no respeito pela sua autonomia”), assim como do Art. 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“direito de negociar e celebrar convenções coletivas”).¹⁶⁷

Além disso, a CE reconhece a qualificação, à partida, das pessoas singulares que trabalham por conta própria como empresas, para efeitos do Art. 101.º do TFUE, por, exercendo a sua atividade como operadores económicos, oferecerem os seus serviços em dado mercado em contrapartida de uma remuneração.¹⁶⁸ Consequentemente, os falsos trabalhadores independentes, ou seja aqueles que são efetivamente trabalhadores apesar da incorreta qualificação como trabalhadores independentes, encontram-se numa posição de insegurança quanto à aplicabilidade da exceção prevista no Ac. *Albany*, enquanto não são requalificados.¹⁶⁹ Por este motivo, a CE utiliza nas Orientações o conceito de trabalhadores independentes individuais, ou seja, aqueles que, não tendo um contrato de trabalho ou uma relação de trabalho, recorrem essencialmente ao seu próprio trabalho pessoal para prestar os seus serviços.¹⁷⁰ Estes trabalhadores podem utilizar no seu serviço certos bens ou ativos, mas sempre enquanto acessórios desta prestação, não podendo a sua atividade estar relacionada com a exploração de ativos ou revenda de bens, pois nesses casos estar-se-ia a afastar a prestação de trabalho pessoal.¹⁷¹

Deste modo, a CE enumera três categorias de trabalhadores independentes individuais relativamente aos quais exclui a aplicação do direito da concorrência quando celebram acordos no âmbito da negociação coletiva, pelo facto de se encontrarem em situação comparável à dos trabalhadores por conta de outrem. Apoia-se, para isto, na jurisprudência do TJ, mais concretamente do Ac. *FNV Kunsten*, o qual sublinha a aplicação da exceção prevista no Ac. *Albany*, ou seja, a inaplicabilidade do direito da concorrência à contratação coletiva, quanto aos trabalhadores em circunstâncias comparáveis à dos trabalhadores subordinados.¹⁷² A CE elenca, neste documento, trabalhadores que se encontram numa situação comparável à dos trabalhadores subordinados, independentemente de serem falsos trabalhadores independentes. Esta opção é justificada na interpretação que a CE efetua da referida jurisprudência, entendendo que estão fora do âmbito de aplicação do Art. 101.º do TFUE os trabalhadores em situação comparável à dos trabalhadores subordinados, mesmo não preenchendo os requisitos que o TJ define para os qualificar como falsos trabalhadores

¹⁶⁷ *Idem*, parágrafo 4.

¹⁶⁸ *Idem*, parágrafos 6, 7.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ *Idem*, parágrafo 2.

¹⁷¹ *Idem*, parágrafo 18.

¹⁷² *Idem*, parágrafo 7.

independentes.¹⁷³ Assim, pretende-se reduzir a incerteza que advém da dificuldade em considerar alguns trabalhadores independentes como uma empresa, para efeitos do direito da concorrência. E atende-se, ainda, ao facto de os trabalhadores independentes poderem deixar de integrar o conceito de trabalhador, caso determinem a sua conduta no mercado autonomamente, mesmo dependendo do seu principal, ou seja, não assumindo os riscos financeiros e comerciais do negócio e integrando-se na empresa do seu principal.¹⁷⁴

A primeira categoria enunciada pela CE engloba os trabalhadores independentes individuais denominados economicamente dependentes, ou seja, aqueles que prestam a sua atividade exclusiva ou predominantemente para uma única entidade, sendo este requisito preenchido quando, em média, no período de 1 ou 2 anos, pelo menos 50% do rendimento auferido pelo mesmo provém de uma só contraparte.¹⁷⁵ Seguidamente, também são isentadas da aplicação do Art. 101.º do TFUE, as CCT relativas aos trabalhadores independentes individuais que trabalham lado a lado com trabalhadores por conta de outrem, cumprindo as mesmas funções ou tarefas idênticas.¹⁷⁶ Por fim, no entender da CE, também não está abrangida pelo direito da concorrência a contratação coletiva direcionada para trabalhadores que prestem o seu trabalho através de plataformas de trabalho digitais, ou seja, cujo serviço seja prestado, ainda que parcialmente, à distância e por meios eletrónicos, como por exemplo uma aplicação ou *website*, a pedido de um destinatário e que implique necessária e essencialmente a organização do trabalho realizado por pessoas singulares, seja ele efetuado em linha ou em local determinado.¹⁷⁷ O conceito de CCT, no âmbito destas Orientações, consiste num acordo que é “negociado e celebrado entre trabalhadores independentes individuais, ou os seus representantes, e as suas contrapartes, na medida em que, pela sua natureza e finalidade, diga respeito às condições de trabalho desses trabalhadores independentes individuais”,¹⁷⁸ incluindo:

*remuneração, prémios e bónus, o horário e os modelos de trabalho, as férias, as licenças, os espaços físicos onde o trabalho é realizado, a saúde e a segurança, os seguros e a segurança social, bem como as condições em que o trabalhador independente individual tem o direito de deixar de prestar os seus serviços ou em que a contraparte tem o direito de deixar de utilizar os serviços daquele.*¹⁷⁹

¹⁷³ *Idem*, parágrafos 20-22.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ *Idem*, parágrafos 23-25.

¹⁷⁶ *Idem*, parágrafos 26, 27.

¹⁷⁷ *Idem*, parágrafos 2 e 28-31.

¹⁷⁸ *Idem*, parágrafo 2.

¹⁷⁹ *Idem*, parágrafo 15.

É importante referir que, conforme afirma a CE, o facto de determinadas CCT poderem não se enquadrar nos requisitos de aplicação destas orientações não significa, sem mais, que esteja em causa uma violação do Art. 101.º, sendo sempre requerida uma análise casuística, como aliás sempre ocorre no âmbito do direito da concorrência com qualquer acordo entre empresas.¹⁸⁰

Para além de, numa primeira parte das Orientações, a CE apresentar a sua interpretação do Art. 101.º do TFUE e da jurisprudência do TJ no âmbito da aplicação do direito da concorrência a trabalhadores independentes individuais, numa segunda parte, aquela tece considerações relativamente às suas prioridades na aplicação do direito da concorrência, estabelecendo circunstâncias em que não irá intervir. Assim, quando se verificarem CCT celebradas para trabalhadores independentes individuais que estejam numa circunstância de desequilíbrio de poder negocial em favor da sua contraparte, a CE não intervirá através da aplicação do direito da concorrência, mesmo que não se verifique a inaplicabilidade do Art. 101.º do TFUE.¹⁸¹

As circunstâncias referidas pela CE são aquelas em que a contraparte tem um determinado nível de poder económico, presumindo-se o desequilíbrio negocial quando a CCT é celebrada com uma ou várias contrapartes que representem todo um setor ou ramo de atividade, ou cujo volume de negócios ou balanço total anual supere os dois milhões de euros, ou cujo número de efetivos seja de 10 ou mais pessoas.¹⁸² Por fim, a CE reconhece que, tanto a legislação nacional como da própria União Europeia, podem tomar medidas para corrigir desequilíbrios negociais entre trabalhadores independentes individuais e as suas contrapartes, entre as quais o acesso à contratação coletiva, excluindo também a sua intervenção nesses casos, ou seja, quando a contratação coletiva ocorre no contexto de legislação que a permita e pretenda colmatar esse desequilíbrio negocial.

Relativamente a este diploma da autoria da CE, efetua a doutrina diversos comentários. Em primeiro lugar, cabe realçar que, através destas Orientações, a CE introduz uma novidade no direito da UE, afastando o critério da subordinação para a aplicação do direito à contratação coletiva. Este é substituído, ou é-lhe acrescentado, enquanto alternativa, pela ideia de prestação de trabalho predominantemente pessoal, parecendo indicar que este fator será o que diferencia os trabalhadores independentes das empresas.¹⁸³ Para além disso relaciona-se a aplicação do direito à contratação coletiva não à subordinação, mas antes às situações nas quais a contraparte possui um poder de negociação desproporcionalmente superior, não permitindo ao trabalhador

¹⁸⁰ *Idem*, parágrafo 12.

¹⁸¹ *Idem*, parágrafo 9, 32.

¹⁸² *Idem*, parágrafo 34.

¹⁸³ Razzolini, 2021, p. 318.

influenciar a determinação das suas condições de trabalho, remontando à motivação original do surgimento do direito laboral,¹⁸⁴ e reconhecendo o papel crucial da contratação coletiva neste âmbito.¹⁸⁵

Nesta perspetiva, o aspeto principal para desaplicação das normas do direito da concorrência às convenções coletivas deixa de estar na determinação de quem são os trabalhadores (isto é, aqueles aos quais esta exclusão seria em princípio aplicável), para passar a centrar-se na determinação, mesmo quanto àqueles que são considerados empresas para efeitos do Art. 101.º, n.º 1, do TFUE, de quais se encontram numa posição vulnerável, carecendo da proteção conferida pela possibilidade de celebrar CCT.¹⁸⁶

A CE optou, no entanto, por trazer estas mudanças através de Orientações, um mecanismo de *soft law*, que não é vinculativo, podendo este não ser o método mais adequado para cumprir os objetivos previstos, no sentido da definição das fronteiras de aplicação do Art. 101.º do TFUE.¹⁸⁷ A escolha das Orientações pode ter sido motivada por permitir uma maior flexibilidade, nomeadamente, na utilização de exemplos para explicar os conceitos utilizados, especialmente considerando a sua aplicação a trabalhadores independentes que poderão ter menos acesso a apoio legal.¹⁸⁸ Esta escolha demonstra a posição da CE quanto ao tema e cria uma expectativa legítima da forma como será efetuada a sua aplicação do direito da concorrência quanto à contratação coletiva que vise trabalhadores não subordinados.¹⁸⁹ Porém, conforme aliás a própria CE afirma,¹⁹⁰ estas Orientações não vinculam de forma alguma os tribunais ou as autoridades da concorrência dos Estados-Membros, nem impedem possíveis interpretações distintas pelo TJ,¹⁹¹ podendo, ainda assim, influenciar as suas decisões, criando indiretamente efeitos jurídicos.¹⁹²

Relativamente à determinação de situações em que a CE não agirá, a mesma tem, ao abrigo das suas competências estabelecidas nesta matéria no Art. 105.º do TFUE, discricionariedade na determinação dos casos que instrui.¹⁹³ No entanto, uma inação sistemática relativamente a estes casos poderá tornar-se contraproducente, uma vez que impede a chegada de casos de contratação coletiva voltada para trabalhadores

¹⁸⁴ Rainone, 2022a, p. 15.

¹⁸⁵ Rainone, 2022b, pp. 4, 5.

¹⁸⁶ DENIHAN, 2023, p. 335.

¹⁸⁷ Jurkowska-Gomulka, et al., 2024, p. 74.

¹⁸⁸ Denihan, 2023, p. 337.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 339.

¹⁹⁰ Comissão Europeia, Orientações sobre a aplicação do direito da concorrência da União às convenções coletivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes individuais, *Jornal Oficial da União Europeia*, C 347/02, 30/09/2022, parágrafo 10.

¹⁹¹ *Idem*, parágrafos 10, 11 e García-Muñoz Alhambra, 2023, pp. 8, 9.

¹⁹² Denihan, 2023, pp. 339, 340.

¹⁹³ Denihan, 2023, pp. 341-343.

independentes individuais ao TJ, não sendo tomadas, por este, decisões com carácter vinculativo quanto à aplicabilidade do direito da concorrência.¹⁹⁴

As Orientações da CE sobre a aplicação do direito da concorrência da União às convenções coletivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes individuais demonstram o compromisso da CE com os direitos sociais, sendo uma medida de progresso no alargamento do âmbito de aplicação dos mesmos e reduzindo alguma incerteza em face da aplicação do direito da concorrência a estas CCT.¹⁹⁵ Com este diploma, a CE reconhece a necessidade de admitir a contratação coletiva a trabalhadores independentes individuais, como forma de proteção dos mesmos em face da assimetria no poder negocial com os beneficiários da sua atividade, adotando mesmo este critério para a sua não intervenção, sendo este um passo importante para a salvaguarda dos trabalhadores em causa.¹⁹⁶ Não obstante, estas Orientações não deixam de ser alvo de também algumas críticas. Destaca-se, no que releva para o tema aqui tratado, o facto de não serem abordadas outras questões relevantes, nomeadamente o direito à ação coletiva, a aplicabilidade do Art. 101.º, n.º 3, do TFUE, as decisões de associações de trabalhadores independentes ou acordos celebrados por estes trabalhadores e a possível aplicação do Art. 102.º, do TFUE.¹⁹⁷ Para além disso, aponta-se a própria escolha das Orientações como meio de regular esta questão. Não sendo vinculativas, não está garantido que o seu conteúdo corresponda à interpretação, nomeadamente, do TJ, que se expressou quanto ao tema, no Ac. *FNV Kunsten*, de forma algo ambígua, não sendo as Orientações adequadas à resolução da insegurança em torno da aplicabilidade do direito da concorrência à contratação coletiva destinada a trabalhadores independentes.¹⁹⁸

¹⁹⁴ *Idem* e Brook, 2023, p. 138.

¹⁹⁵ Daskalova, 2022; Rainone, 2022a, p. 15; Rainone, 2022b, p. 4; Georgiou, 2021, pp. 11-15.

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ Jurkowska-Gomulka, et al., 2024, p. 79; Georgiou, 2021, pp. 11-15; Heissl, 2023, p. 138.

¹⁹⁸ Denihan, 2023, pp. 339, 340.

4. A contratação coletiva e a concorrência no direito português

No direito português existe uma norma¹⁹⁹ que soluciona alguns dos problemas da conciliação entre o direito da concorrência e o direito de contratação coletiva, proibindo que os IRCT regulamentem atividades económicas, como é o caso dos períodos de funcionamento, de regimes fiscais, da formação dos preços, do exercício de atividades de empresas de trabalho temporário, acrescentando a doutrina outros exemplos como a proibição de aspetos como a deslocalização de empresas, a abertura ou fecho de filiais ou sucursais, a externalização de atividades e a introdução de novas tecnologias.²⁰⁰ São, assim, apenas permitidos conteúdos que visem diretamente as condições de trabalho, podendo estes, apesar disso, ter alguma repercussão na atividade económica.²⁰¹ Acresce, ainda, um dever de boa fé²⁰² que impõe às partes que não utilizem a contratação coletiva para ativamente distorcer a concorrência.²⁰³ A violação do direito da concorrência em Portugal mais facilmente poderá ocorrer através das portarias de extensão, visto tornarem possível que uma ou várias empresas definam condições aplicáveis a todo um setor.²⁰⁴

Ademais, e conforme será aqui densificado, com as alterações ao CT trazidas pela Agenda do Trabalho Digno (Lei n.º 13/2023, de 03/04), passou a estabelecer-se no Art. 10.º-A o direito dos trabalhadores independentes economicamente dependentes a acederem à contratação coletiva. Parece ainda, no Art. 498.º-A, admitir-se a aplicação de IRCT a trabalhadores independentes, mesmo que sem dependência económica. Por conseguinte, suscita-se, a propósito destas alterações, a questão de compatibilidade com as normas de direito da concorrência.

Não se verificam, ainda, casos em que este problema tenha sido suscitado, devido à sua recente introdução na lei portuguesa e ao facto de algumas destas normas carecerem de regulamentação específica,²⁰⁵ a qual não existe à data. Todavia, não é comum serem levantadas, em Portugal, questões de aplicação do direito da concorrência no que toca à contratação coletiva, não se encontrando decisões sobre o tema.

Apesar disto, já foi discutida em Portugal a aplicação do direito da concorrência no mercado de trabalho.²⁰⁶ Existem alguns acordos que podem ser efetuados quanto ao mercado de trabalho e relativamente aos quais a Autoridade da Concorrência demonstra

¹⁹⁹ Art. 478.º, n.º 1. al. b) do CT.

²⁰⁰ Gomes & Ribeiro, 2021, pp. 241-245.

²⁰¹ *Idem*, p. 245.

²⁰² Art. 522.º do CT.

²⁰³ Gomes & Ribeiro, 2021, pp. 244, 245.

²⁰⁴ *Idem*, pp. 245, 246.

²⁰⁵ Art. 10.º-A, n.º 2 do CT.

²⁰⁶ Pais, 2021, pp. 62-64.

especial cautela, como os acordos de não-angariação e acordos de fixação de salários ou outras formas de remuneração de trabalhadores.²⁰⁷ A Autoridade da Concorrência emitiu já duas acusações e sancionou diversas empresas no âmbito dos primeiros acordos referidos,²⁰⁸ verificando-se, no entanto, que nestes casos não está em questão nenhum acordo resultante de contratação coletiva, mas apenas entre empresas, ou seja, entre entidades empregadoras.

4.1. As novidades da Agenda do Trabalho Digno

4.1.1. A contratação coletiva nos trabalhadores independentes economicamente dependentes

A Agenda do Trabalho Digno veio atribuir o direito à aplicação de IRCT a trabalhadores em relação aos quais isto antes não era possível. Tal sucede, desde logo, quanto aos trabalhadores independentes economicamente dependentes, já aqui tratados. O Art. 10.º-A atribui a estes trabalhadores o direito a que os seus interesses sejam representados por associações sindicais e comissões de trabalhadores; a negociar, através de associações sindicais, IRCT; a que lhes sejam aplicados instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho já existentes; a que lhes seja estendida a aplicação de CCT, por portaria de extensão ou decisão arbitral e a que lhes sejam administrativamente definidas condições mínimas de trabalho.²⁰⁹

Não existindo ainda a legislação específica que virá determinar de que forma se configura o direito à representação coletiva dos trabalhadores independentes, persiste a dúvida de saber se o direito à representação e negociação através de associações sindicais virá a ser atribuído por meio da consagração do direito à filiação dos trabalhadores independentes. Apesar de ambas as hipóteses serem, em princípio, possíveis, aponta a menção do Art. 10.º, n.º 2, al. b), do CT à necessidade de consulta prévia das associações de trabalhadores independentes economicamente dependentes representativas do setor, no âmbito da negociação de CCT específicos para estes trabalhadores, no sentido de que não venha a ser essa a solução adotada.²¹⁰ Isto coloca algumas dúvidas, visto que as associações sindicais poderão não estar interessadas em negociar e celebrar CCT destinadas a aplicar-se a trabalhadores que não são seus associados, além de ser

²⁰⁷ Autoridade da Concorrência, *Acordos no mercado de trabalho e política de concorrência*, 2021 e Autoridade da Concorrência, *Guia de Boas Práticas – Prevenção de Acordos Anticoncorrenciais nos Mercados de Trabalho*.

²⁰⁸ Autoridade da Concorrência, Comunicado 04/2021, de 18/04/2021; Autoridade da Concorrência, Comunicado 04/2023, de 25/01/2024; Autoridade da Concorrência, Comunicado 08/2024, de 04/04/2024; Autoridade da Concorrência, Comunicado 11/2024, de 27/05/2024; Autoridade da Concorrência, Comunicado 01/25, de 19/02/2025.

²⁰⁹ Art. 10.º-A, n.º 1, do CT.

²¹⁰ Ribeiro, 2023, pp. 271-274 e Fernandes, 2023, p. 50.

questionável a existência de uma verdadeira representação destes trabalhadores, caso não possam eleger quem os representa na negociação das CCT.²¹¹

Relativamente à aplicação de CCT já existentes e aplicáveis a trabalhadores, é permitida, neste Art., uma extensão do âmbito subjetivo da aplicação das CCT, abrangendo sujeitos que não são filiados nas associações sindicais, nem nas associações de empregadores contratantes.²¹² Esta solução causará, sem dúvida, muitas dificuldades interpretativas, uma vez que essas CCT não terão sido elaboradas com vista à realidade dos trabalhadores independentes, podendo o seu conteúdo ser, em grande parte, incompatível com as características da sua prestação, distinta da dos trabalhadores subordinados.²¹³ A título exemplificativo, esta incompatibilidade poderá verificar-se a propósito de cláusulas que incidam sobre a progressão na carreira, estruturas retributivas, o local e a organização do tempo de trabalho e os períodos de repouso.²¹⁴ Por outro lado, a alínea c) do n.º 1 do Art. 10.º-A do CT refere a aplicação destas CCT, nos termos nelas previstos, podendo questionar-se se esta está condicionada à verificação da existência de tais disposições.²¹⁵

Esta alteração legislativa está de acordo com um dos critérios enunciados pela CE para determinar que um trabalhador independente individual está em situação comparável à dos trabalhadores subordinados e, com base na interpretação que faz do Ac. *FNV Kunsten*, do TJ, desaplicar o direito da concorrência à convenção que o vise.²¹⁶ Podem também as teses doutrinárias aqui apresentadas, relativas à conciliação entre o direito de contratação coletiva e o direito da concorrência, ser invocadas no âmbito da contratação coletiva dos trabalhadores independentes economicamente dependentes. Estes trabalhadores, estando numa situação de vulnerabilidade resultante da sua dependência económica e, consequentemente, tendo menor poder de negociação das condições da sua prestação de trabalho, comparativamente com a entidade beneficiária da sua atividade, carecem do direito de contratação coletiva para lograrem um maior equilíbrio negocial.

²¹¹ Ribeiro, 2023, p. 274 e Gomes, 2023, pp. 73, 74.

²¹² Fernandes, 2023, p. 49.

²¹³ *Idem*.

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ Fernandes, 2023, p. 49.

²¹⁶ Assim, Comissão Europeia, Orientações sobre a aplicação do direito da concorrência da União às convenções coletivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes individuais, *Jornal Oficial da União Europeia*, 2022/C 347/02, 30/09/2022, parágrafos 23-25.

4.1.2. A contratação coletiva aplicada a trabalhadores independentes?

A Agenda do Trabalho Digno vai ainda mais longe na consagração da possibilidade de aplicação de CCT a trabalhadores independentes ao prever, no Art. 498.º-A do CT, que, quando uma empresa adquira serviços externos a uma entidade terceira, para desempenhar atividades no âmbito do seu objeto social, é aplicável ao prestador do serviço o IRCT que vincule a empresa, caso lhe seja mais favorável.²¹⁷ Isto ocorre independentemente da natureza do vínculo que o prestador do serviço tenha com a empresa adquirente ou com outra pessoa coletiva,²¹⁸ ou seja, podemos estar perante a aplicação de uma CCT a um trabalhador que seja independente *tout court*, sem dependência económica.²¹⁹ Verifica-se que esta medida, não obstante a epígrafe do Art. em questão, não depende da existência de uma verdadeira terceirização, visto abranger todos os casos de contratação com terceiros, independentemente de a empresa desenvolver essa atividade previamente ou não.²²⁰ Este conceito de terceirização é distinto do consagrado no Art. 338.º-A do CT, o qual refere que a sua proibição é referente à contratação de serviços externos para a realização de atividades que anteriormente eram asseguradas por trabalhadores cujo vínculo tenha cessado através de um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, nos 12 meses anteriores. Depois, o Art. estabelece que esta aplicação da CCT só ocorre decorridos 60 dias de prestação da atividade, sendo que nesse período a retribuição mínima a receber pelo trabalhador independente é a prevista para essas funções em IRCT aplicável à empresa beneficiária, ou a praticada por esta a trabalho igual ou de igual valor, consoante for mais favorável.²²¹ A norma em questão, deixa algumas dúvidas quanto aos casos em que exista mais de um IRCT aplicável²²² e quanto à possibilidade de, terminados os 60 dias prévios à aplicação da CCT, o salário do trabalhador independente ser reduzido, quando a empresa aplica salários superiores à previsão do IRCT.²²³

Esta medida foi tomada, com o objetivo de evitar o *social dumping* através da terceirização, procurando impedir o acesso das empresas aos mesmos bens e serviços com custos laborais mais reduzidos,²²⁴ ou que a pessoas a trabalhar em condições semelhantes e a realizar as mesmas funções se apliquem condições laborais distintas.²²⁵ Desta forma, procurando conciliar esta aplicação da CCT a trabalhadores independentes

²¹⁷ Art. 498.º-A, n.º 1, do CT.

²¹⁸ Art. 498.º-A, n.º 2, do CT.

²¹⁹ Gomes, 2023, p. 80; Fernandes, 2023, p. 53; Ribeiro, 2023, p. 282; Lambelho, 2023, pp. 203, 204.

²²⁰ Lambelho, 2023, p. 203.

²²¹ Art. 498.º-A, n.º 3, do CT.

²²² Lambelho, 2023, p. 203; Gomes, 2023, p. 80; Ribeiro, 2023, p. 283.

²²³ Ribeiro, 2023, p. 283.

²²⁴ *Idem*; Fernandes, 2023, p. 54; Gomes, 2023, p. 80.

²²⁵ Ribeiro, 2023, p. 283.

com o direito da concorrência, pode invocar-se o argumento do Advogado-Geral Nils Wahl nas Conclusões apresentadas no caso *FNV Kunsten*,²²⁶ relativo à isenção das convenções coletivas para a proteção contra o *social dumping*; a tese consagrada pelo TJ no caso *Wouters* ou, ainda, a isenção do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE. Pode, adicionalmente, estando os trabalhadores em situação comparável à de trabalhadores subordinados, adotar-se a interpretação da CE quanto aos falsos trabalhadores independentes.²²⁷

No entanto, esta norma, conforme já referido, pode ser aplicada a qualquer situação em que uma empresa contrate com terceiros, no âmbito do seu objeto social. Deste modo, pode verificar-se que os trabalhadores independentes abrangidos por esta CCT não estejam numa posição de vulnerabilidade ou desequilíbrio do poder negocial em face da entidade beneficiária da sua atividade, não carecendo, por isso, da proteção concedida pela atribuição do direito à contratação coletiva. A própria aplicabilidade prática da CCT a trabalhadores independentes é, em certos casos, inconcebível. Se já se havia alterado para a incompatibilidade, em grande parte, dos IRCT celebrados para trabalhadores subordinados relativamente aos trabalhadores independentes economicamente dependentes, esta será ainda mais notória quando se trata de trabalhadores independentes *tout court*. Fazendo uso da expressão utilizada por Bogg, pode estar em causa uma verdadeira tentativa de encaixar “pregos quadrados em orifícios redondos”.²²⁸ É importante notar que o direito de contratação coletiva não poderá abranger todas as pessoas que trabalhem, nem mesmo todos os trabalhadores independentes.

Não obstante, não se sufraga o entendimento de que o Art. 498.º-A do CT suscite dúvidas de constitucionalidade.²²⁹ A consagração pela Constituição da República Portuguesa do direito de contratação coletiva aos trabalhadores subordinados não deverá significar que este direito lhes pertença exclusivamente.²³⁰ De facto, a *ratio* da atribuição do direito à contratação coletiva é a mitigação do desequilíbrio negocial entre as partes, protegendo a vulnerabilidade dos trabalhadores nesse âmbito. Essa mesma ideia pode ser transposta para os trabalhadores independentes quando estes se encontram em situação semelhante, requerendo-se, então, o seu acesso à contratação coletiva. Porém, não se verificando este elemento crucial, não deverão os trabalhadores independentes poder ver-lhes ser aplicadas CCT. Por conseguinte, conclui-se que se

²²⁶ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, no processo C-413/13, 11/09/2014, parágrafos 74 a 83.

²²⁷ Comissão Europeia, Orientações sobre a aplicação do direito da concorrência da União às convenções coletivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes individuais, *Jornal Oficial da União Europeia*, 2022/C 347/02, 30/09/2022, parágrafos 20-22.

²²⁸ “Square pegs in round holes”, expressão utilizada em Bogg, 2021, pp. 409-448, no âmbito de questionar a idoneidade da atribuição do direito à contratação coletiva a trabalhadores independentes.

²²⁹ Ramalho, 2023, pp. 78-81.

²³⁰ Fernandes, 2023, p. 50.

impõe uma interpretação restritiva do Art. 498.º-A do CT. Este deverá abranger apenas os casos referentes a trabalhadores independentes economicamente dependentes, em harmonia sistemática com a previsão do Art. 10.º-A do CT, podendo estender-se ainda aos casos de terceirização, no sentido que resulta do Art. 338.º-A do CT, na medida em que se enquadre no objetivo de prevenção do *social dumping*, o qual justifica o afastamento da aplicação das proibições do direito da concorrência.

Conclusões

Terminada a análise da temática do acesso à contratação coletiva por trabalhadores independentes e a sua conciliação com o direito da concorrência, verifica-se que, nos últimos anos, as suas dificuldades inerentes têm sido exacerbadas pelas carências de proteção de novas formas de trabalho, surgindo a necessidade de alterar o paradigma vigente anteriormente. Neste sentido, tanto a nível europeu, pela mão da CE, como a nível nacional, têm sido dados passos importantes para adaptar as normas laborais e da concorrência à realidade atual, no sentido de criar caminho para a aplicação da contratação coletiva a certos trabalhadores independentes, repondo o equilíbrio negocial na relação com as entidades beneficiárias da sua prestação.

Esta tendência não foi, no entanto, até ao momento, acompanhada, de forma clara, pelo TJ, verificando-se uma certa ambiguidade nas suas decisões. Apesar das múltiplas propostas da doutrina e da CE para a interpretação da sua jurisprudência, e também do TFUE, no sentido de os conciliar com o direito de contratação coletiva e o direito da concorrência, esta forma de proteção dos trabalhadores não está verdadeiramente assegurada, persistindo a dúvida relativamente à posição que será futuramente tomada pelo TJ, urgindo que sejam acompanhadas as transformações no âmbito da proteção laboral de certos trabalhadores independentes. Uma decisão nesta matéria pode, no entanto, ser um pouco mais difícil de obter, atendendo ao facto de a CE ter determinado, nas suas Orientações quanto à aplicação do direito da concorrência a convenções coletivas que regulem as condições de trabalho de trabalhadores independentes individuais, não intervir em diversos casos.

A nível nacional, através da implementação da Agenda do Trabalho Digno, foram dados “passos indispensáveis para a modernização do direito do trabalho”,²³¹ no âmbito da atribuição do direito à contratação coletiva para lá da subordinação. Este direito foi consagrado para os trabalhadores independentes economicamente dependentes, algo necessário atendendo à sua carência da proteção proporcionada pelo direito de contratação coletiva. A conciliação deste direito atribuído a trabalhadores independentes caracterizados pela dependência económica em face da entidade que beneficia da sua atividade é suportada pelas interpretações efetuadas pela doutrina e pela própria CE quanto à jurisprudência do Tribunal de Justiça.

As alterações introduzidas ao CT pela Lei 13/2023, de 03/04, vieram, adicionalmente, determinar a aplicação de CCT a trabalhadores independentes, mesmo sem dependência económica, em casos de terceirização. No entanto, a norma refere-se a quaisquer situações em que a empresa contrate com terceiros no âmbito de atividades

²³¹ Gomes 2023, p. 59.

ligadas ao seu objeto social. Deste modo, atendendo à *ratio* que justifica o acesso à contratação coletiva, este não deverá ser atribuído a trabalhadores que não se encontrem numa posição de vulnerabilidade, dado o seu reduzido poder negocial, comparativamente com a entidade beneficiária da prestação de trabalho. Consequentemente, impõe-se a necessidade de uma interpretação restritiva do Art. em questão. Esta deverá ser efetuada, limitando a aplicação de CCT aos trabalhadores independentes economicamente dependentes. Poderão, ainda, incluir-se outros trabalhadores independentes na previsão do Art. 498.º-A, uma vez que este terá o objetivo de prevenir o *social dumping*, razão esta que também justifica um afastamento da aplicação do direito da concorrência, nos casos em que este risco possa ocorrer. Ou seja, quando, no seguimento de um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, a empresa contrate externamente a prestação de atividades ligadas ao seu objeto social.²³²

²³² Conceito de terceirização consagrado no Art. 338.º-A do CT.

Bibliografia

- AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (2021). Guia de boas práticas – Prevenção de acordos anticoncorrenciais nos mercados de trabalho. <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/adc-publica-relatorio-final-e-guia-de-boas-praticas-sobre-acordos-anticoncorrenciais-no#:~:text=A%20Autoridade%20da%20Concorr%C3%Aancia%20publicou%20a%20vers%C3%A3o%20final,Pr%C3%A1ticas%20sobre%20acordos%20anticoncorrenciais%20no%20mercado%20de%20trabalho.>
- AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (2021). Acordos no mercado de trabalho e política de concorrência. <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/adc-publica-relatorio-final-e-guia-de-boas-praticas-sobre-acordos-anticoncorrenciais-no>.
- BAILEY, D. & ODUDU, O. (2014). The Single Economic Entity Doctrine in EU competition law. *Common Market Law Review*, vol. 51, n.º 6, pp. 1721-1727.
- BIASI, M. (2018). «We will all laugh at gilded butterflies» - The shadow of antitrust law on the collective negotiation of fair fees for self-employed workers. *European Labour Law Journal*, vol. 9, n.º 4, pp. 354-373.
- BOGG, A. (2021). Square pegs in round holes? Collective bargaining and the self-employed. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 42, n.º 2, pp. 409-448.
- BRADSHAW, S. (2016). Is a trade union an undertaking under EU competition law?. *European Competition Journal*, vol. 12, n.º 2-3, pp. 320-340.
- BROOK, O. (2020). Priority Setting as a double-edged sword: How modernization strengthened the role of public policy. *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 14, n.º 4, pp. 435-487.
- CARVALHO, C. O. (2018). O conceito de «trabalhador subordinado» na jurisprudência do Tribunal de Justiça (EU) – Primeiras reflexões. In Carvalho, C. O., Machado, C. & Costa, R. (coord.), *Coleção de estudos n.º 7, Instituto do Conhecimento AB – Desafios Laborais*, pp. 13-40. Coimbra: Almedina.
- CHERRY, M. A. & ALOISI, A. (2018). A critical examination of a third employment category for on-demand work (in comparative perspective). In DAVIDSON, N. M., FINK, M. & INFRANCA, J. J. (ed.), *Cambridge handbook on the law of the sharing economy*, pp. 316-327. Cambridge: Cambridge University Press.
- COUNTOURIS, N. (2018). The concept of «worker» in European labour law: Fragmentation, autonomy and scope. *Industrial Law Journal*, vol. 47, n.º 2, pp. 192-225.
- COUNTOURIS, N. & RAINONE, S. (2021). Collective bargaining and self-employed workers: the need for a paradigm shift. *ETUI Research Paper – Policy Brief 2021.11*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3884802.
- COUNTOURIS, N., DE STEFANO, V. & LIANOS, I. (2021). The EU, competition law and workers' rights. *Centre for Law, Economics and Society – Research Paper Series: 2/2021*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3812153.

- COUNTOURIS, N. & DE STEFANO, V. (2021). The labour law framework: Self-employed and their right to bargain. In Waas, B. & HieSSL, C. (ed.), *Collective bargaining for self-employed workers in Europe: approaches to reconcile competition law and labour rights*, pp. 3-17. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- DASKALOVA, V. (2018). Regulating the new self-employed in the Uber economy: What a role for EU competition law. *German Law Journal*, vol. 19, n. ° 3, pp. 461-508.
- DASKALOVA, V. (2022). Rethinking collective bargaining for the self-employed: European Commission publishes guidelines on exemption and non-enforcement. *Kluwer Competition Law Blog*. <https://legalblogs.wolterskluwer.com/competition-blog/rethinking-collective-bargaining-for-the-self-employed-european-commission-publishes-guidelines-on-exemption-and-non-enforcement/>.
- DAVIDOV, G., FREEDLAND, M. & COUTOURIS, N. (2015). Chapter 4: The subjects of labour law: 'Employees' and other workers. In FINKIN, M. W., Mundlak, G. (ed.), *Comparative labour law: Research handbooks in comparative law series*, pp. 115-131. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- DENIHAN, C. (2023). Collective or collusive agreements? An examination of the position of solo self-employed persons under Article 101 TFEU. *World Competition*, vol. 46, n. ° 3, pp. 317-352.
- EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION (2021). Background paper to the ETUC Feedback on the Commission Inception Impact Assessment on Competition Law and Collective Bargaining for Self-Employed. <https://www.etuc.org/sites/default/files/event/file/2021-11/ETUC%20Background%20Paper%20on%20competition%20law%20and%20collective%20bargaining%20-%203%20February%202021.pdf>.
- FERNANDES, A. M., ALVES, L. T. (2021). Trabalho suportado em plataformas digitais – Um ensaio de jurisprudência comparada. *Questões Laborais*, n. ° 58, pp. 7-44.
- FERNANDES, A. M. (2023). *Direito do trabalho*, 22ª edição. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, A. M. (2023). A reforma laboral e a contratação coletiva. In Ramalho, M. R. P., Carvalho, C. O. & Vicente, J. N. (coord.). *Reforma da legislação laboral: Trabalho digno, conciliação entre a vida profissional e familiar – Estudos APODIT 11*, pp. 47-57. Lisboa: AAFDL Editora.
- GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, A. (2023). Collective bargaining of self-employed workers and competition law in the EU. *Lavoro Diritti Europa*, n. ° 3. <https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/lavori-atipici/1421-collective-bargaining-of-self-employed-workers-and-competition-law-in-the-eu>.
- GEORGIU, D. (2021). The European Commission's Draft Guidelines on the application of EU competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons: Overview and initial assessment. https://www.researchgate.net/publication/357017417_The_European_Commission's_Draft_Guidelines_on_the_Application_of_EU_Competition_Law_to_Collective_Agreem

ents_Regarding_the_Working_Conditions_of_Solo_Self-Employed_Persons_Overview_and_Initial_Assessm/references.

- GEORGIU, D. (2022). “Business risk-assumption” as a criterion for the determination of EU employment status: A critical evaluation. *Industrial Law Journal*, vol. 15, n. ° 1, pp. 109-137.
- GIDEON, A. & SCHIEK, D. (2018). Outsmarting the gig-economy through collective bargaining – EU competition law as a barrier to smart cities?. *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 32, pp. 275-294.
- GIUBBONI, S. (2018). Being a worker in EU law. *European Labour Law Journal*, vol. 9, n. ° 3, pp. 223-235.
- GOMES, J. M. V., RIBEIRO, A. T. (2021). Algumas notas sobre a contratação coletiva e o direito da concorrência. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LXII, n.º 1-4, pp. 219-246.
- GOMES, J. M. V. (2023). A Lei 13/2023 de 3 de abril: uma mudança de paradigma em matéria de direito sindical?. In Ramalho, M. R. P., Carvalho, C. O., & Vicente, J. N. (coord.), *Reforma da legislação laboral: Trabalho digno, conciliação entre a vida profissional e familiar – Estudos APODIT 11*, pp. 59-84. Lisboa: AAFDL Editora.
- HEISSL, C. (2021). The classification of platform workers in case law: a cross-European comparative analysis. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 42, n. ° 2, pp. 465-517.
- HEISSL, C. (2023). «Enforcement priorities» as an escape route from European competition law? An appraisal of the Commission’s guidelines on collective bargaining for the solo self-employed. In Jorens, Y. (ed.), *The lighthouse function of social law*, pp. 123-141. Ghent: Springer.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. (2018). Freedom of association – Compilation of decisions of the Committee on Freedom Association, 6^a edição. : <https://www.ilo.org/publications/freedom-association-compilation-decisions-committee-freedom-association-pdf>.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. (2012). 363rd Report of the Committee on freedom of association, Caso n. ° 2602. <https://www.ilo.org/resource/conference-paper/gb/313/reports-committee-freedom-association-363rd-report-committee-freedom>.
- JURKOWSKA-GOMULKA, A., PISZCZ, A. & PAIS, S. O. (2024). Collective agreements on working conditions of solo self-employed persons: perspective of EU competition law. *Bialystok Legal Studies, Bialostockie Studia Prawnicze*, vol. 29, n. ° 2, pp. 65-82.
- LAMBELHO, A. (2014). Trabalho autónomo economicamente dependente: da necessidade de um regime jurídico próprio. In REIS, J., AMADO, L., FERNANDES, L. & REDINHA, R. (coord.), *Para Jorge Leite, Vol. I, Escritos jurídico-laborais*, pp. 433-454. Coimbra: Coimbra Editora.
- LAMBELHO, A. (2022). O trabalho à distância, o teletrabalho e os trabalhadores autónomos economicamente dependentes em Portugal. *Questões Laborais*, n. ° 60, pp. 31-55.

- Lambelho, A. (2023). Trabalho temporário e a terceirização à luz da agenda do trabalho digno. *Questões Laborais*, n. ° 63, pp. 181-206.
- LENAERTSL, K. & VAN NUFFEL, P. (2021) *EU constitutional law*. Oxford: Oxford University Press.
- LIANOS, I., COUNTOURIS, N. & DE STEFANO, V. (2019). Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labour market. *European Labour Law Journal*, vol. 10, n. ° 3, pp. 291-333.
- MAGGIOLINO, M. (2022). Even employees are undertakings in the labour market, but granting social rights is not antitrust's job. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 10, n. ° 2, pp. 365-402.
- MENEGATTI, E. (2019). The evolving concept of «worker» in EU law. *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 12, n. ° 1, pp. 71-83.
- MENEGATTI, E. (2022). The classification of platform workers through the lens of judiciaries: A comparative analysis. In *Decent work in the digital age. European and comparative perspectives*, pp. 105-126. Oxford: Hart Publishing.
- MENEGATTI, E. (2024). Scope (Article 2). In Ratti, L., Brameshuber, E. & Pietrogiovanni, V. (ed.), *The EU Directive on adequate minimum wages: Context, commentary and trajectories*, pp. 155-168. Oxford: Hart Publishing.
- MONTI, G. (2021). Collective labour agreements and EU competition law: five reconfigurations. *European Competition Journal*, vol. 17, n. ° 3, pp. 714-744.
- NIHOUL, P. (2020). Do workers constitute undertakings for the purpose of the competition rules?. *European Law Review*, vol. 25, n.° 4, pp. 408-414.
- NOGLER, L. (2010). Rethinking the *Lawrie-Blum* doctrine of subordination: A critical analysis prompted by recent developments in Italian employment law. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 26, n. ° 1, pp. 83-101.
- PAIS, S. O. (2021). A aplicação do direito da concorrência nos mercados laborais: participação de trabalhadores das plataformas digitais em convenções coletivas e acordos de não contratação. *Questões Laborais*, n.º 58, pp. 45-72.
- RAINONE, S. (2022a). Labour rights beyond employment status: Insights from the competition law guidelines on collective bargaining”. In Addabbo, T., ALES, E., CURZI, Y., FABBRI, T., RYMKEVICH, O. & SENATORI, I. (ed.), *Defining and protecting autonomous work: A multidisciplinary approach*, pp. 167-191. London: Palgrave Macmillan.
- RAINONE, S. (2022b). Self-employed workers and imposed acquiescence to working conditions: rethinking the scope of labour rights. <https://collective-bargaining-atypical-work.eu/self-employed-workers-and-imposed-acquiescence-to-working-conditions-rethinking-the-scope-of-labour-rights/>.
- RAMALHO, M. R. P. (2020). *Tratado de direito do trabalho: Parte I – Dogmática geral*, 5ª edição. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M. R. P. (2023). *Tratado de direito do trabalho: Parte II – Situações laborais Individuais*, 9ª edição. Coimbra: Almedina.

- RAZZOLINI, O. (2021). Self-employed workers and collective action: a necessary response to increasing income inequality. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 42, n.º 2, pp. 293-326.
- REDINHA, M. R. (2023). Trabalho economicamente dependente «the soft labour approach». *Questões Laborais*, n.º 63, pp. 7-16.
- RIBEIRO, A. T. (2020). Contratação coletiva, direito da concorrência e proteção dos direitos fundamentais. In Pais, S.O. & Bagnoli, V. (coord.), *Temas atuais de direito da concorrência – Economia digital, direitos fundamentais e outros desafios*, pp. 147-167. Porto: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, A. T. (2023). As implicações da «Agenda do Trabalho Digno» para a liberdade sindical e para a contratação coletiva – alguma notas. *Questões Laborais*, n.º 63, pp. 269-264.
- RIBEIRO, A. T. & ROUXINOL, M. S. (2025). A Portuguese Tale on the Minimum Wage Directive and the role played by autonomous but economically dependent workers. *Diritti Lavori Mercati International*, n.º 2-2024, pp. 353-369.
- RIESENHUBER, K. (2021). *European employment law - A systematic exposition*, 2ª edição. Cambridge: Intersentia.
- RISAK, M. & DULLINGER, T. (2018). The concept of «worker» in EU Law: Status quo and potential for change. *ETUI Research Paper – Report 140*. <https://www.etui.org/sites/default/files/18%20Concept%20of%20worker%20Risak%20Dullinger%20R140%20web%20version.pdf>.
- SCHÖMANN, I. (2022). Collective bargaining and the limits of competition law: Protecting the fundamental labour rights of self-employed workers. *EUTI Research Paper – Policy Brief 2022.01*. https://www.etui.org/sites/default/files/2022-02/Collective%20bargaining%20and%20the%20limits%20of%20competition%20law_2022.pdf.
- TOWNLEY, C. (2007). The concept of an 'undertaking': The boundaries of the corporation - A discussion of agency, employees and subsidiaries. In Amato, G., Ehlermann, C. (ed.), *EC competition law: A critical assessment*, pp. 3-23. Oxford: Hart Publishing.

Reviving the Martens Clause:

The complexity of autonomous weapons systems
in international law

Marta Pereira Cachide

Sob a orientação do Professor Doutor
José Alberto Azeredo Lopes

Acknowledgements

To my mother, Sandra Cachide, whose wisdom, unwavering belief in me, and unyielding encouragement have been invaluable in shaping my aspirations.

I wish to express a heartfelt appreciation to my Professor and Supervisor, José Alberto Azeredo Lopes, for his guidance throughout this academic journey.

Finally, my deepest gratitude to my family and friends, whose continuous support has been a source of strength and inspiration.

Abstract

The growing integration of autonomous technologies into modern warfare raises complex legal uncertainties under International Humanitarian Law (IHL), particularly in the absence of explicit treaty provisions governing Autonomous Weapon Systems (AWS). This dissertation explores the Martens Clause as a central interpretative and normative tool, assessing its potential to guide the legal evaluation and regulation of these weapons through the principles of humanity and the dictates of public conscience.

Structured around a conceptual clarification of AWS and the Martens Clause, the study proceeds to assess their interaction within IHL, paying particular attention to the Clause's application in weapon reviews and its relevance in evaluating compliance with foundational humanitarian principles. By engaging with international legal instruments, relevant jurisprudence, reports, precedents, and selected case studies, the research examines the extent to which the Clause can fill regulatory gaps and offer a substantive legal basis for limiting or guiding the use of autonomous technologies in warfare. While the Clause may not constitute a standalone prohibition mechanism, it nonetheless provides a significant normative grounding, especially where new technologies challenge the boundaries of existing law. Ultimately, the research argues that the Martens Clause is not a historical relic, but a living legal principle capable of responding to technological advances in warfare and preserving the humanitarian foundations of international law where codified rules fall short.

Keywords: Martens Clause; Autonomous Weapon Systems; international humanitarian law; international humanitarian principles; laws of humanity; dictates of public conscience; precedents; contemporary conflicts; international regulatory debate.

Abbreviations

AI	Artificial Intelligence
AP I	Additional Protocol I
AWS	Autonomous Weapons Systems
CCW Convention	Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects
ECHR	European Convention on Human Rights
EU	European Union
GGE	Group of Governmental Experts
GNA-AF	Government of National Accord Armed Forces
HAF	Haftar Armed Forces
HRW	Human Rights Watch
ICJ	International Court of Justice
ICRC	International Committee of the Red Cross
IHL	International Humanitarian Law
IHRC	International Human Rights Clinic
LAWS	Lethal Autonomous Weapons Systems
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NGO	Non-Governmental Organisations
STM	Savunma Teknolojileri Mühendislik
TPNW	Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons
UAV	Unmanned Aerial Vehicle
UN	United Nations

Table of contents

Introduction	6
1. AWS and the limits of legality: The Martens Clause and core IHL principles	8
1.1. Beyond treaty law: The Martens Clause as a legal safeguard	8
1.2. The laws of humanity	9
1.3. The dictates of public conscience	11
1.4. Principle of distinction	13
1.5. Principle of proportionality	14
1.6. Principle of precaution	16
1.7. Legal review of weapons	18
2. The Martens Clause precedents in weapons regulation and its implications for AWS	21
2.1. ICJ decision on the legality of the threat or use of nuclear weapons case	21
2.2. Protocol on blinding laser weapons	24
3. AWS in contemporary armed conflicts: Legal inferences from Libya and Ukraine	25
3.1. Kargu-2 – Loitering munitions	26
3.2. Drone swarms – Ukraine-Russia conflict	29
4. The international debate on a regulatory framework for AWS	32
Conclusion	36
Bibliography	37

Introduction

The growing integration of artificial intelligence (AI) and autonomous capabilities into modern weapon systems raises significant legal uncertainty concerning their compatibility with existing international obligations, namely, with International Humanitarian Law (IHL). In this regard, the Martens Clause emerges as a potentially central legal standard, serving as an interpretative safeguard in legal lacunae and providing a normative framework to assess the permissibility of novel means and methods of warfare, such as Autonomous Weapons Systems (AWS) – the objective is to determine whether, and to what extent, the Martens Clause may serve as a legal basis or guiding principle for the regulation and potential limitation of AWS.

Given that this study will undertake an analysis of the Martens Clause in conjunction with AWS, it is essential to begin by providing a preliminary conceptual clarification of both terms, in order to delineate the analytical structure underpinning this research.

The International Committee of the Red Cross (ICRC) (2016, p. 1) defines AWS as:

Any weapon system with autonomy in its critical functions. That is, a weapon system that can select (i.e. search for or detect, identify, track, select) and attack (i.e. use force against, neutralize, damage or destroy) targets without human intervention.

Following the ICRC's "broad definition" of AWS, it allows for a more practical assessment of how current weapon technologies might be evaluated from both a legal and ethical perspective since this definition helps identify emerging technologies that could pose "concerns under" IHL, as well as with regard to "the principles of humanity and the dictates of the public conscience". This definition, Davidson (2018, pp. 5-6) notes, includes "any weapon system" capable of "independently select and attack targets", whether those systems are already in use or are being developed for the future.

A key element of the definition of AWS is its capacity for autonomy. This means that once activated by a person, the system itself, using its detectors and programmed algorithms, takes over the processes of selecting a target and carrying out an attack. The level of autonomy in a "robotic system" depends on the extent of "human intervention in its operation", both in how much control humans retain and what occasions they intervene (Davidson, 2018, pp. 5-6). Despite this, AWS can function

effectively by executing tasks assigned to them by persons through programming, without requiring cognizance or sentient reasoning. In addition to autonomy, the concept of predictability is central to AWS. This refers to how the “technical characteristics and performance” capabilities of these systems, along with the conditions under which they are used, enable a “certain degree of predictability of the outcomes of using” them. (ICRC, 2016, pp. 1-3).

Moreover, one of the core components of the definition to consider is “the ability of the system to “select and engage targets”, which could refer to several aspects: system activation, operational target selection, or attack. However, the meaning for most seems to rely on the last point, *i.e.*, “when the system is applying the instrument designed to kill, injure, or destroy its selected target” (ICRC, 2016, pp. 1-3) (Davidson, 2018, pp. 5-6). Lastly, one significant characteristic of the concept is the notion of “without human intervention”, which demands that “the actions of the system” don’t involve human participation. This implies that once developed, the machine possesses the capability to autonomously identify and select its targets, as well as to decide to engage them, without requiring direct human intervention. The entire process, which traditionally involves human oversight, is rendered unnecessary, allowing the machine to independently execute the operation from initiation to completion (Ford, 2017, pp. 420-421).

The Martens Clause is a fundamental principle of IHL that ensures individuals affected by armed conflicts remain protected, even in situations not explicitly covered by existing treaties, with its main objective to ensure “the ongoing humanization of warfare”. It was first introduced by Fyodor Martens, in the Preamble of the 1899 Hague Convention and the 1907 Hague Convention, and since its establishment, the clause has evolved into an international “customary rule”, recognized in multiple treaties and reaffirmed in modern legal instruments (ICRC, *s.d*). The clause states:

Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity and the dictates of public conscience.

At its core, the Martens Clause establishes that in cases not specifically addressed by international treaties, “populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law” derived

from “established custom, from the laws of humanity and from the dictates of public conscience” (Hague Convention, 1899). This formulation underscores the enduring application of moral and humanitarian considerations in warfare, ensuring that fundamental protections extend beyond codified rules (ICRC, *s.d.*).

While the interpretation of the Martens Clause remains a subject of legal debate (Ivanenko, 2022, p. 1723), this analysis adopts the moderate perspective advocated by Cassese (2000, pp. 212-213). According to this view, despite the clause’s “ambiguous wording and undefinable” scope, it holds legal significance as it reflects a widely recognized principle within the “international community: that the requirements of humanity and the pressure of public opinion be duly taken into account when regulating armed conflict”. Furthermore, the frequent invocation of the clause by “international law makers, by national and international courts, and by diplomats” further underscores its relevance. Lastly, its legal value is reinforced by the principle – “the general principle of construction” – that “international instruments should not be presumed to” lack legal validity or practical applicability.

Consequently, the significance of the Martens Clause lies in its ability to fill lacunae in situations where no explicit rules exist, making it particularly relevant in emerging technological and military developments, such as AWS – it embodies the principle that the evolution of warfare does not negate the fundamental rights and protections owed to individuals, reinforcing humanitarian imperatives even as military capabilities advance. Over time, the Martens Clause has been included in subsequent IHL treaties, often with slight modifications. This shift reflects its strengthened legal standing, ensuring that fundamental humanitarian principles remain applicable regardless of advancements in military technology (Ivanenko, 2022, p. 1709).

1. AWS and the limits of legality: The Martens Clause and core IHL principles

The Martens Clause provides a normative framework for evaluating new technological developments in weaponry, and while alone it may not serve as the primary legal basis for prohibiting AWS, it remains fully applicable and plays a crucial role in ensuring the “protection of persons who become targets of those systems”. As a legal safeguard, the Clause functions alongside other principles and rules of IHL, collectively forming the foundation for the regulation of the threat and use of AWS (Perišić & Tomljenović, 2024, p. 537). Consequently, it is essential to consider, besides what is enshrined in the Martens Clause, additional IHL principles that play a lead role in the legal assessment of new weapons.

1.1. Beyond treaty law: The Martens Clause as a legal safeguard

The Martens Clause establishes its applicability” in cases not included in the Regulations”, meaning it plays a pivotal role in addressing gaps within IHL by ensuring its applicability in situations where existing treaties or regulations do not explicitly govern a particular issue. According to the United Nations (UN) Group of Governmental Experts (GGE) (2024, pp. 2-4), the Clause guarantees that both “civilians and combatants” remain protected, even in the absence of specific treaty provisions, reinforcing the idea that the humanitarian imperatives of armed conflict extend beyond codified rules, in such cases, the fundamental principles of humanity and the dictates of public conscience continue to provide legal guidance.

Beyond its interpretative function, the Martens Clause operates as a universal standard, requiring states to assess whether the development and use of new weapons align with humanitarian principles. It serves as a mechanism to evaluate the legality of emerging military technologies, ensuring that the absence of explicit prohibitions does not lead to the circumvention of fundamental IHL obligations. This perspective is strongly supported by Human Rights Watch (HRW) & the International Human Rights Clinic (IHRC) (2018, pp. 13-16), which argue that no single legal instrument, no matter how comprehensive, can foresee or regulate all potential circumstances. Consequently, the Martens Clause functions as a safeguard, preventing unforeseen situations or rapidly evolving technologies from undermining the overarching humanitarian objectives of international law.

The relevance of the Clause is particularly evident in the context of AWS – these systems represent an unprecedented technological advancement in warfare, one that international law has yet to fully address in specific legal terms. While core IHL principles apply to all weapons systems, including autonomous ones, no existing treaty contains explicit rules governing their development, deployment, and use. As a result, these weapons constitute a prime example of a subject that falls under the scope of the Martens Clause. The Clause thus provides an essential legal framework for assessing their compliance and ensuring that their use is scrutinized through the lens of humanity and public conscience rather than being permitted by default due to regulatory gaps (ibid).

This understanding aligns with the view expressed by Cassese (2000, p. 212), who affirms that the Martens Clause serves as “fundamental guidance in the interpretation of international customary or treaty rules”. By requiring that IHL be construed in accordance with overarching standards of humanity and the collective

moral conscience, the Clause acts as a defence against arbitrary legal interpretations or the exploitation of legal loopholes. In this way, it reinforces the fundamental underpinnings of IHL, ensuring that emerging issues, such as the rise of AWS, do not erode established humanitarian protections simply because they were not anticipated in earlier legal frameworks.

1.2. The Laws of Humanity

The Laws of Humanity, enshrined in the Martens Clause, ensure that individuals affected by armed conflict are treated with dignity and respect, regardless of whether explicit legal provisions apply to a given situation. They are interpreted as legal obligations that guide the conduct of warfare, establishing “that human beings must be treated humanely” and functioning as a legal standard against which new technologies are evaluated (HRW & IHRC, 2018, pp. 19-27).

The debate surrounding the legality of AWS centres on whether these systems can adhere to the fundamental principles of humanity enshrined in IHL – critics argue that AWS inherently lacks the essential human qualities required for the three components within the principles of Humanity: “humane treatment”, “respect for human life”, and “human dignity”. Without human empathy or moral reasoning, AWS would be incapable of understanding the suffering of others, a key factor in ensuring humane treatment on the battlefield, especially when it comes to avoiding “inflicting unnecessary suffering on others” (ibid).

Likewise, these Non-Governmental Organisations (NGOs) emphasize that compassion and ethical judgment are uniquely human traits cultivated through shared experiences of “pain and suffering”. Robots, being devoid of emotions, would not possess the capacity to exercise moral restraint or to interpret complex, rapidly evolving combat scenarios in a manner consistent with humanitarian principles, they simply would lack or have limited “ability to treat others humanely”. Agreeing with Kumaraguru (2020, pp. 55-56), “the notion of delegating crucial components of the targeting cycle to a weapon further distances humans from the gravity of the decision to exercise force and engage in violence” which in turn “reduces the threshold for violence and warfare”.

Another major concern is that laws would struggle to comply with the principle of “respect for human life”, which requires minimizing unnecessary killings and ensuring that lethal force is used judiciously¹. Critics highlight that humans possess

¹ Also, “fully autonomous weapons would have limited ability to interpret the nuances of human behaviour, understand the political, socioeconomic, and environmental dynamics of the situation, and comprehend the humanitarian risks of the use of force in a particular context” (HRW & IHRC, 2018, pp. 19-27).

an innate resistance to killing, which acts as a natural barrier against excessive violence, whereas these weapons lack such a safeguard – without the ability to morally evaluate the consequences of lethal force, AWS may engage in acts that violate IHL, either by failing to distinguish between legitimate military targets and civilians or by applying force in a disproportionate manner. Since AWS cannot truly comprehend the value of human life, their actions could erode the foundational humanitarian principles that guide armed conflict (HRW & IHRC, 2018, pp. 19-27).

Nevertheless, some scholars believe in the development and use of AWS and argue that the principles enshrined in the Martens Clause do not pose a threat to the value of such weapons. Proponents of AWS contend that the questions previously analysed are based on an overly “pessimistic view of technological progress”. AWS could, in fact, be programmed to enhance compliance with IHL rather than undermine it since, unlike human soldiers, AWS could be designed to operate with greater precision and impartiality. By reducing “misidentification of military targets, better detect or calculate collateral damage, or allow for using smaller quanta of force compared to human decision-making”, these weapons might limit unnecessary harm more effectively than human combatants. Moreover, their ability to function without emotional impulses could mitigate the risks associated with battlefield misconduct, making them potentially more reliable than human soldiers in adhering to the laws of war (Hickleton, 2019, pp. 38-40) (Jenks, 2016, p. 52).

Supporters further challenge the assumption that respect for human life requires direct human contemplation at every stage of combat – Hickleton (2019, pp. 54-55) draws a comparison between AWS and traditional methods of warfare, such as artillery strikes, where combatants may not have direct visual contact with their targets. Following this example, the absence of immediate human involvement does not inherently violate IHL, as long as military actions comply with the principles of distinction and proportionality. Additionally, the deployment of AWS would still be overseen by human commanders, ensuring that decisions regarding their use align with legal standards. This perspective suggests that AWS should not be deemed unlawful, on the grounds of the principles of humanity, simply because they lack human consciousness, especially if their actions remain within the framework of IHL.

1.3. The dictates of public conscience

The Dictates of Public Conscience operate as an additional legal benchmark within the Martens Clause, emphasizing that the legitimacy of a weapon or military

practice is not determined solely by treaty law but also by the broader international consensus regarding its acceptability, *i.e.*, the legitimacy is also done through the broader moral rejection it may elicit from the public, experts, and governments as well. In assessing the framework of the term “dictates of public conscience”, its interpretation and scope play a central role since it necessitates a comprehensive analysis of its underlying components, namely, “two factors: public opinion, and *opinio juris*” (Hickleton, 2019, pp. 41-42).

HRW & IHRC (2018, pp. 3, 28-43) define this principle as “moral guidelines (...) based on a sense of morality, a knowledge of what is right and wrong”. Historically, weapons that have been deemed “abhorrent” or “unacceptable in the modern world” by widespread public sentiment have been subjected to pre-emptive bans. The Dictates of Public Conscience, in consequence, serve as an interpretative tool in assessing whether a weapon or method of warfare aligns with fundamental legal and humanitarian principles, reinforcing the necessity of state compliance with evolving standards of international law. The increasing global opposition to AWS, argued by proponents of a ban, serves as a substantial legal foundation for their prohibition under international law, and, as it was noted, “while public opposition to fully [AWS] is not universal, collectively, these voices show that it is both widespread and growing”. Hence, public opinion surveys, “open letters”, and official statements reflect a widespread and growing consensus against the development, production, and deployment of such weapons, more specifically, they share “concerns and spoken in favour of imposing limits” to them.

Furthermore, extensive advocacy from NGOs, experts in disarmament and human rights, as well as “leaders” in “peace and religion, science and technology, and industry” underscores the urgency of regulatory measures. With “Governments from around the world” sharing “the views of experts and the broader public that the development, production, and use of weapons without meaningful human control is unacceptable”. On top of that, “as of April 2018, 26 nations” have formally endorsed a pre-emptive ban on AWS, while more than 100 states have advocated for the establishment of a legally binding international instrument. This substantial diplomatic and legislative progression indicates the crystallization of an emerging norm under *opinio juris*, reinforcing the argument that AWS contravenes fundamental principles of international law, particularly the dictates of public conscience, and should be subject to strict legal constraints (HRW & IHRC, 2018, pp. 3, 28-43).

On the other hand, the reliance on public opinion as a legal determinant has been widely criticized for its lack of consistency and objectivity. Hickleton (2019, pp.

55-57) challenges the use of surveys and public sentiment as measures of public conscience, arguing that they are highly susceptible to external influence, media narratives, insufficient information, and temporary fluctuations. From a legal standpoint, public opposition alone does not create binding international law unless it is accompanied by consistent state practice and widespread acceptance as *opinio juris*.

Nevertheless, the argument that strong public objections to AWS constitute a legal basis for their prohibition is weakened by methodological apprehensions regarding opinion polls – for instance, research by Horowitz (2016, p. 7) demonstrates that public attitudes toward AWS are context-dependent: when respondents are informed that AWS could enhance military effectiveness and reduce casualties, support for their development increases significantly. This raises serious questions about whether opposition to AWS is deeply rooted in legal principles or merely a reflection of transient public sentiment².

Ultimately, the legal debate fundamentally revolves around the question of whether public conscience can serve as a sufficiently robust legal standard to justify the prohibition of AWS under international law. Opponents of this approach argue that public sentiment is ultimately too subjective to form the basis of binding legal norms. They maintain that reliance on public opinion alone risks undermining the stability and predictability of international legal frameworks. Conversely, proponents assert that the sustained and widespread opposition to AWS, demonstrates a discernible and evolving customary norm that supports the restriction or outright prohibition of these weapons (HRW & IHRC, 2018) (Hickleton, 2019).

Accordingly, any analysis of the role of public conscience in the legal regulation of AWS must necessarily be situated within the broader framework established by the Martens Clause. While it may be argued that public conscience alone does not constitute a self-sufficient legal basis for declaring AWS unlawful, its significance cannot be disregarded. Rather, within the wider normative structure of the Clause, public conscience functions as a fundamental element in evaluating whether a weapon aligns with the overarching legal principles governing armed conflict.

² As stated by Horowitz, 2016, “Some NGOs have argued for a ban on autonomous weapons in part due to widespread public opposition. But the bar for claiming to speak for humanity should be high. The evidence presented above demonstrates that support (...) varies based on the scenario and context. (...) More directly, from a policy perspective, these results suggest that it is too early to argue that AWS violate the public conscience provision of the Martens Clause because of public opposition”.

1.4. Principle of distinction

Article 48 of Additional Protocol I (AP I) to the Geneva Conventions (1977) defines the principle of distinction as – “(...) 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” – moreover, in articles 51(2) and 52(2) of AP I³, it is clarified that military operations must focus solely on objectives that serve a direct military purpose, ensuring civilians and their property are not intentionally targeted. Hence, military targets are “limited” to those that, due to their “nature, location, purpose, or use”, provide a clear advantage to “military action and (...) offers a definite military advantage” (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, pp. 29-36). Taulbee & Glahn (2022, p. 577) highlight that “civilian immunity is based on a very simple principle: Civilians may not be directly targeted because they pose no immediate threat to the adversary”.

When examining AWS under this framework, a significant question emerges: can these systems reliably differentiate between combatants and non-combatants? The reliance on algorithms for decision-making in such systems raises doubts about biases and the accuracy of the information used. In discussing the impact of AI in military operations, Rosen (2023) points to the increasing civilian casualties in Gaza as an example, arguing that AI technologies, such as the system known as Gospel, have expedited the generation of target lists, potentially contributing to the rise in civilian deaths. Thus, AI is accelerating the pace of operations and broadening the scope of potential targets, making it more difficult to fulfil “precautionary obligations”, which increases the risk of misidentifying and mistakenly targeting civilians.

Algorithmic biases⁴ further compound the issue, with research indicating that “facial recognition software is less accurate (...) for people of colour, particularly darker-skinned women”. Additionally, AI systems may fabricate information or become corrupted, while human errors, such as “confirmation bias or misidentification”, can also distort the data. Ultimately, the accuracy of AI-based systems depends on the quality of their algorithms and the data that underpins them. As a consequence, the international community bears the responsibility of

³ Analogously, the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects (CCW Convention, 1980) determines, in its foreword, that the principle of distinction is a foundational aspect of the convention.

⁴ This bias can be defined as “the application of an algorithm that compounds existing inequities in socioeconomic status, race, ethnic background, religion, gender, disability, or sexual orientation, as explained by Bode (2024), and that can be pondered in three major steps (data, design and development, and use).

establishing standards to ensure that integrating AI into military operations minimizes civilian harm rather than exacerbating it (Rosen, 2023).

Likewise, we must consider Article 50(1) of AP I⁵ where it is determined that “(...) In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian”. The question becomes whether machines can be programmed to handle uncertainty, particularly in complex environments like battlefields. According to Ford (2017, pp. 441-443), machines can be equipped with an “ethical governor”, a set of programmed rules that restrict their actions within certain boundaries, which might also account for uncertainty, allowing the machine to make decisions based on how confident it is about a situation – if the “system is 100% certain and attacks, or it is less than 100% certain and refrains from attacking”.

Still, the legal standard does not require an absolute conviction. Instead, it demands “reasonable certainty”, a subjective threshold that is much harder to quantify and program into machines. This creates significant problems for AWS operating in “dynamic”, complex environments. These systems work well in clear, predictable settings where targets are easy to identify, although, in disorderly and fast-changing battlefields, distinguishing between civilians and combatants or civilian objects and military targets becomes far more difficult. In such situations, an AWS could fail to comply with legal standards, and if the system cannot reliably distinguish between targets in these contexts, its use would likely be considered “unlawful” (Ford, 2017, pp. 441-443) (Schmitt & Widmar, 2014, p. 398).

1.5. Principle of proportionality

The principle of proportionality determines the prohibition of “launching an 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”, per articles 51(5)(b) and 57 of AP I⁶.

Many States interpret “military advantage” as referring to the overall benefit expected from a “military attack (...) as a whole”, rather than from its individual components. The Commentary on the Additional Protocols clarifies that the term “‘concrete and direct’ military advantage” emphasizes that the benefit must be “substantial” and immediate. Correspondingly, it is widely acknowledged that those planning or carrying out attacks must base their decisions on a meticulous

⁵ Article 52(3) AP I pertains to the same rule when it comes to doubt regarding civilian objects.

⁶ Article 3(8)(c) Additional Protocol II (ICRC, 2010) of the CCW Convention reiterates the principle as well.

assessment of the information available to them at the “relevant time”, a principle commonly associated with Articles 51 to 58 of AP I but also relevant to customary law (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, pp. 46-50).

Proportionality, as outlined in the U.S. Department of Defence Law of War Manual (2015, p. 51), emphasizes that even when an action is justified, it must not be carried out in an “unreasonable or excessive” manner. This principle weighs military necessity against the anticipated harm, requiring that any incidental damage from an attack not be disproportionate to the “military advantage (...) gained”, *i.e.*, proportionality does not demand the complete avoidance of harm but requires restraint where the damage would be excessive. Moreover, “judgments of proportionality often involve difficult and subjective comparisons”, and, beyond its application to “persons conducting attacks”, proportionality assesses whether specific weapons cause “unnecessary suffering” and are prohibited and whether a state's use of force, *under jus ad bellum*, aligns with the “threat it seeks to address”.

On necessity⁷ and proportionality, Taulbee & Glahn (2022, p. 589) highlight their complexity, which rely on the metric of “reasonableness in context”, describing it as an “empty set of scales” on which factors are weighed, warning against inflating the value of military objectives to justify excessive costs. To this extent, the US Law of War Manual (2015, p. 371), emphasises a “comparative judgment” which evaluates whether any rational military commander⁸, given the same circumstances and available information, would make the same decision – proportionality is described as governing “the means in cases where commanders” deem an action “justified”.

Kruply (2024) pertains to this principle in the context of the Russian airstrikes on Kyiv and Kharkiv “on the 23rd of January 2024”, suggesting that proportionality assessments hinge on the judgment of a “reasonable” commander. However, questioning arises on whether AI can effectively aid or even replicate this decision-making process and if it can aid in the judgment of “to what degree the conduct of a particular military operation deviates” from that standard. The potential application of AI in such assessments, presents both opportunities and challenges, since AI can assist by alerting commanders to the presence of civilians or by analysing evidence

⁷ Regarding necessity, “the constraint entailed by the principle of necessity introduces the requirement of minimal force, which states that combatants are obliged to use the minimal amount of force to attain a military end. This requirement is crucial for thinking about the use of AWS” (Blanchard & Taddeo, 2022, p. 289).

⁸ The Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the North Atlantic Treaty Organization (NATO) Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia (2000)(paragraphs 48 to 50), declared that: “It is much easier to formulate the principle of proportionality in general terms than it is to apply it to a particular set of circumstances because the comparison is often between unlike quantities and values”, and that this issue must be resolved “on a case by case basis, and the answers may differ depending on the background and values of the decision maker. (...) It is suggested that the determination of relative values must be that of the “reasonable military commander”.

to assess compliance with IHL – such as identifying the use of prohibited weapons through synthetic data – these capabilities could, in theory, enhance compliance and accountability.

Even so, the author underscores the limitations of AI, particularly its inability to fully encapsulate the subjective and discretionary aspects of proportionality analysis. While AI outputs might indicate how a military operation deviates from a “reasonable” standard, such outputs are approximations that must be interpreted cautiously. This reinforces the view that proportionality remains a fundamentally human judgment, reliant on interdisciplinary expertise from military professionals, lawyers, and investigators.

When considering the integration of AI into the decision-making process of AWS, the issues become even more pronounced since, by design, these weapons function with minimal human oversight, raising questions about how proportionality can be effectively embedded into their programming. Unlike AI tools used to assist human commanders, AWS might lack the capacity for dynamic judgment and the ability to incorporate evolving contextual information. Kruply’s (2024) analysis suggests that reliance on AI in this domain risks eroding the key human component of proportionality assessments. Thus, while AI can support decision-making, its role should remain auxiliary, ensuring that legal responsibilities are preserved within human control.

1.6. Principle of precaution

The principle of precaution is a fundamental rule that requires all parties to a conflict to exercise “constant care” in their military operations “to spare civilian” life and property. This obligation entails taking all feasible precautions to “avoid” or “minimize incidental loss of civilian life, injury to civilians, and damage to civilian objects”. Feasibility, in this context, means precautions that are practical and possible under the circumstances “ruling at the time”, taking into account both “military and humanitarian considerations”.

This principle is enshrined in Article 57(1) of AP I⁹ – Commanders are expected to base their decisions on the best available intelligence “at the relevant time”, ensuring attacks are directed only at legitimate military objectives while avoiding harm to civilians as much as possible. In cases where the risk to civilians outweighs the military advantage, commanders must suspend or cancel attacks, reinforcing the principle’s emphasis on proportionality and humanity (ICRC, *s.d.*). Considering the

⁹ Protocols II and III also establish this principle (ICRC, 2010) and Amended Protocol II to the CCW.

ICRC rules to respect this principle, considerations about target verification, choice of means and methods of warfare, assessment of the effects of attacks, control during the execution of attacks, and target selection must be made¹⁰ (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, pp. 51-67).

When it comes to the potential of AWS to meet or exceed human capabilities, it is important to consider their potential to fulfil the obligations of the principle of precaution. Regarding the mitigation of means, it “is largely about timing and angles”, as a consequence, AWS could excel due to their ability to carry and deploy a wide range of weaponry tailored to specific scenarios. Unlike combatants, machines can analyse complex weapon specifications such as “penetrative proficiency, blast radius, duration of effect and surface impact modelling” with precision, enabling better decision-making to minimize collateral damage. This capacity stems from their computational skills and ability to retain intricate data, allowing them to choose less destructive methods when feasible (Winter, 2022, pp. 18-20).

Considering the role of warnings in precaution¹¹, AWS could issue more effective and safer warnings to civilians, equipped with technologies like “broadcast systems or loudspeakers”, these machines could provide detailed, timely alerts without risking human lives. Moreover, their deployment could make warnings more feasible, as there is no concern about endangering the “attackers” since “there is usually a direct relationship between the level of warning they give to their targets and the level of risk to which they subject themselves”. (Winter, 2022, pp. 18-20). Similarly, Ford (2017, p. 450), explained that “autonomy then raises the possibility that a system could be sophisticated enough to take continual precautions in attack”. However, the author did question the time at which precaution should be considered regarding AWS, since it is “continuous in nature” and has relevancy “from the activation of the system to the engagement”.

Furthermore, West (2024, pp. 6-8) presents that the focus should be on the expression “everything feasible”, which means that adequate identification and verification processes must be conducted in a “timely manner to spare the civilian population to the furthest extent possible”. The effectiveness of the precautionary principle relies heavily on the ability of parties to gather and analyse information regarding potential targets. To this extent, the availability of advanced “decision-support systems” can enhance this capability, enabling more accurate assessments of “the nature of a target, the military advantage (...) or the anticipated collateral damage”. The principle, therefore, obligates states to utilise such technology “where

¹⁰ Article 57, no. 2 and 3, AP I.

¹¹ Article 57(2)(c) AP I.

feasible”. Likewise, this obligation can encompass the use of AWS in military operations depending on the capabilities of the specific weapon, *i.e.*, if it proves to be more effective “than a human operator”, their use is lawful; but, if it is less capable than human decision-makers in making “these assessments”, it is unlawful.

In sum, AWS may only be used if they achieve military objectives in a way that minimises collateral damage more effectively than alternative methods. To the author, the responsibility falls to the military commanders, specifically to determine whether an AWS can be lawfully deployed in a given combat situation. Their decision must be based on an “assessment of the complexity of the battlefield, the capabilities and limitations of that particular system; and their obligations under IHL”. If an AI system cannot reliably differentiate between combatants and civilians or assess collateral damage and military advantage at least as effectively as human operators, it cannot be used. If a commander deploys an AI system in violation of these principles, they are responsible for breaching “the core principles of IHL, regardless of whether it results in civilian casualties”.

1.7. Legal review of weapons

The legal review of new weapons, means, and methods of warfare is a decisive mechanism to ensure compliance with international law¹², particularly in light of evolving military technologies. When discussing new methods and means of warfare, we must consider the fundamental rule present in Article 36 of AP I. It declares:

In the study, development, acquisition or adoption of a new weapon, means or method of warfare, a High Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment would, in some or all circumstances, be prohibited by this Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party.

Thus, the rule establishes a requirement for States to assess the legality of weapons before they are developed, acquired, or deployed. This obligation extends beyond States party to AP I, as it aligns with the fundamental principle that States must not use weapons or methods of warfare that are inherently unlawful or used in a manner that breaches international law. Furthermore, “legal reviews should also

¹² Article 35(1) of AP I states that “in any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited”.

be guided by the principles of humanity and the dictates of public conscience, as set out in the Martens Clause” (Geneva Academy, 2014, p. 18).

Article 36 of AP I functions alongside Article 82 of AP I, which requires the presence of legal advisers to guide military commanders on IHL. Together, these provisions aim to guarantee that armed forces conduct hostilities in strict compliance with IHL by systematically reviewing new weaponry and warfare methods. Farther, “it is commonly accepted that the scope (...) is broad and could cover weapons of all types, regardless of lethality”. Nonetheless, the review process does not require States to anticipate or assess every possible misuse of a weapon but instead focuses on determining whether its normal or expected use would be prohibited under all or certain conditions. (Boulanin et al., 2021, p. 9) (ICRC Geneva, 2006, p. 933).

After determining the existence of a new weapon, means, and methods of warfare, the review process involves a two-step approach¹³: first, verifying whether the weapon or method of warfare is explicitly prohibited or restricted by any treaty or customary rule applicable to the State; and second, if no such prohibition exists, assessing its compliance with general IHL principles applicable to all means and methods of warfare (ICRC Geneva, 2006, pp. 942-945). When it comes to the weaponry at hand, from the outset there is currently no explicit prohibition on AWS, nor any specific international regulations governing their use in armed conflict (Liu, 2012, p. 637).

So, if no clear legal framework is governing the weapon in question, the review must consider overarching humanitarian principles, particularly the Martens Clause. The Clause serves, consequently, as a safeguard against legal gaps, a weapon that is not explicitly prohibited but is found to violate fundamental IHL principles may be deemed unlawful under it. In cases where no explicit prohibition exists under treaty or customary law, the Martens Clause provides an overarching legal principle that requires compliance with the principles of humanity and the dictates of public conscience.

Additionally, the review under Article 36 AP I is not merely a procedural formality but a substantive legal requirement aimed at preventing the use of inherently unlawful weapons and imposing restrictions on weapons that, while not per se prohibited, may raise problems under certain conditions (ICRC Geneva, 2006, pp. 934-935) – even so, AWS pose novel obstacles that extend beyond the traditional framework of weapon reviews.

¹³ In some States, the last step of the weapons review process is not purely legal but also incorporates national policy considerations. This step, which draws “on the *Martens Clause*”, takes into account “domestic policy” that reflect the “*principles of humanity and the dictates of public conscience*” (Copeland et al., 2022).

A primary legal criterion under Article 36 of AP I is whether a weapon is inherently indiscriminate. A weapon is considered indiscriminate if it cannot distinguish between lawful military targets and civilians, either due to its design or the nature of its effects, AWS must demonstrate a high level of accuracy and target discrimination to pass legal review. While some AWS may be used effectively in controlled environments, their deployment in complex urban settings where civilians and combatants are intermingled poses significant complications (Geneva Academy, 2014, p. 15). Current AWS rely on pattern recognition, machine learning, and sensor data to identify targets, but the reliability of these systems is not absolute. Algorithmic bias, sensor limitations, and unpredictable battlefield conditions can lead to erroneous targeting decisions, which raises uncertainty about whether AWS can meet the threshold of lawful distinction, moreover, “even in instances where humans ultimately make the final decision to strike”, there are still doubts on whether these weapons possess the capabilities to “fulfil the discrimination requirement” – if an AWS is inherently incapable of complying with distinction, it would be considered unlawful under Article 36 of AP I (Anderson *et al.*, 2014, pp. 398-406) (Liu, 2012, p. 640).

Another fundamental aspect is whether a weapon’s harmful effects can be controlled. AWS do not inherently fall into this category, but their autonomous nature introduces risks regarding predictability and control, they operate based on predefined programming and adaptive learning models, which can sometimes result in unexpected or unintended actions. Unlike human combatants, who can adapt their judgments to dynamic situations, AWS rely on fixed decision-making frameworks.

If an AWS operates outside of human expectations, resulting in unintended escalation or unintended civilian harm, questions arise about whether its effects can be sufficiently controlled to meet legal standards. In addition, if a weapon system’s decision-making processes change during deployment, it becomes increasingly difficult for military commanders to predict its behaviour, this raises pressing uncertainty about who is legally responsible if an AWS commits an unlawful attack, complicating the legal review of AWS under Article 36 AP I, in which, if responsibility for AWS actions cannot be clearly attributed, their deployment may contradict fundamental legal principles governing armed conflict (Liu, 2012, p. 640).

Despite the absence of directly applicable regulations, legal problems still exist regarding the inherent characteristics of these weapons and the conditions under which they may be used – “the lack of directly applicable regulation does not absolve legal considerations” (Liu, 2012, p. 638). Likewise, the ICRC Geneva (2006, p. 938) emphasizes that a weapon’s legality is not determined “solely” by its “design or

intended purpose” but also by how “it is expected” to be deployed in combat. Therefore, even if a weapon is initially deemed lawful or has previously undergone a legal review, its subsequent use could be considered unlawful under certain circumstances.

Unlike conventional weapons, these advanced systems primarily function as intermediary platforms for deploying “existing” weaponry, “which have previously passed legal review”. Nonetheless, their introduction fundamentally changes how these weapons are used on the battlefield, and as a result, a new legal review is necessary – one that evaluates these systems comprehensively, considering their impact on the conduct of hostilities and the evolving nature of warfare “from a holistic perspective” (Liu, 2012, p. 636).

Lastly, concurring with Copeland et al. (2022, pp. 298-300) and Chavannes et al. (2020, p. 19), the conventional weapons review process is well-suited for traditional arms, where human operators are legally accountable for their use, still, this methodology is insufficient for AWS, which require continuous legal evaluation “throughout their life cycles”. Given the evolving nature of algorithmic decision-making, a one-time assessment before deployment is inadequate. Instead, the review process must be integrated into the “entire design and procurement” phase, ensuring that AWS development aligns with a state’s legal obligations, which necessitates an “iterative”, “multidisciplinary” review that extends beyond initial approval to ongoing assessments.

Building upon the necessity for continuous legal evaluation, the authors argue that “small operational” modifications to AWS should be assessed through “operational or field legal review that builds upon” prior evaluations conducted before deployment. These reviews must be communicated to the “original reviewing authority” to determine whether a more extensive reassessment is warranted. At last, the review process must account for changes in the AWS’s “operating environment” – unlike traditional weapons, where human operators evaluate battlefield conditions, AWS must function autonomously in “complex” and unpredictable settings. It is further asserted that legal reviews should assess both modifications to the system itself and shifts in the conditions under which it operates. Hence, the decision-making processes of AWS must be legally scrutinized to ensure that the programmed assumptions “made by the AWS” adhere to fundamental principles of IHL (Copeland et al., 2022, pp. 298-300) (Chavannes et al., 2020, p. 19).

2. The Martens Clause precedents in weapons regulation and its implications for AWS

In order to establish a precedent for the application of the Martens Clause to the emergence of new weapons, specifically AWS, it is essential to examine instances where its invocation played a decisive role in legal reasoning. A foundational example is the International Court of Justice's (ICJ) advisory opinion in the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case (1996). The decision of the Court, although “not legally binding” universally, in this case is based on the fact that “the authority of precedents is used to convince and compel others, by way of past-based and future-determinative constraints, to follow the same legal reasoning” (Ynfanón, 2023). Complementing this precedent, the Protocol on Blinding Laser Weapons (1995), constitutes an important normative event in the regulation of inhumane weaponry, wherein the Martens Clause played a central part in framing the legal and humanitarian justifications for a pre-emptive ban.

2.1. ICJ Decision on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case

As we have seen, the Martens Clause plays a paramount role in IHL by ensuring that the protection and the applicability of fundamental legal principles is not limited to what is explicitly codified in treaties. As reaffirmed by the ICJ (1996), this clause has been a fundamental principle since its introduction and it remained relevant in the context of nuclear weapons, specifically in addressing “the rapid evolution of military technology” and ensuring that new and emerging weapons remain subject to humanitarian constraints¹⁴.

The significance of the Martens Clause lies in its function as a legal safeguard, preventing gaps in the law that might otherwise allow states to justify inhumane methods of warfare – it reinforces the idea that fundamental humanitarian principles apply universally, irrespective of whether a specific treaty explicitly prohibits a certain weapon¹⁵. In the context of nuclear weapons, the ICJ emphasised that their indiscriminate effects and capacity to cause unnecessary suffering place them within the scope of IHL, despite the absence of an outright prohibition. By invoking the Clause, the Court affirmed that the legality of nuclear weapons cannot be determined only by written treaties but must be assessed through customary international law and fundamental humanitarian principles too.

¹⁴ Paragraph 76.

¹⁵ Paragraph 79.

Moreover, as determined in paragraph 85, although “doubts in this respect have sometimes been voiced on the ground that these principles and rules had evolved prior to the invention of nuclear weapons”, the ICJ determined that “such views (...) are only held by a small minority. (...) there can be no doubt as to the applicability of humanitarian law to nuclear weapons”. The Court’s reliance on the Martens Clause reinforces its status as a binding customary norm, applicable to all states regardless of their treaty obligations. This is particularly important because nuclear-armed states have often resisted specific legal constraints on their arsenals – in this context, the Clause ensures that nuclear weapons cannot escape legal scrutiny simply because they were developed after the foundational laws of war were established.

Furthermore, the Clause serves as a bridge between customary law and the advancing nature of warfare, ensuring that the “cardinal principles” of distinction and proportionality continue to apply, even as military technology advances. The ICJ explicitly referred to the Clause in concluding that any weapon that fails to distinguish between civilians and combatants or that causes superfluous suffering violates international law – “if an envisaged use of weapons would not meet the requirements of humanitarian law, a threat to engage in such use would also be contrary to that law”¹⁶.

Ultimately, the Martens Clause embodies the fundamental legal foundation, emphasising that the laws of war are not static but evolve to meet contemporary needs. By reaffirming this principle, the ICJ underscored that nuclear weapons, despite their unique characteristics, must still be evaluated within the framework of IHL, humanitarian principles, and the expectations of the international community – “the Court points to the Martens Clause, whose continuing existence and applicability is not to be doubted, as an affirmation that the principles and rules of humanitarian law apply to nuclear weapons”¹⁷.

As a result, it can be reasoned that, just as nuclear weapons posed unprecedented dilemmas at the time of their development, analogously, AWS represent a new frontier in military technology, raising profound legal uncertainty. The Court’s reasoning in the nuclear weapons case, demonstrates that emerging technologies cannot escape legal scrutiny merely because they were not specifically contemplated by earlier treaties, it clarified that these fundamental rules of armed conflict apply universally, extending to all forms of warfare and all categories of

¹⁶ Paragraph 78.

¹⁷ Paragraph 87.

weapons, whether historical, contemporary, or future developments in military technology¹⁸.

The Court's assertion that the fundamental principles of IHL must be observed by all States, whether or not they have ratified relevant treaties, reinforces the notion that AWS, like nuclear weapons, must be evaluated through existing legal frameworks and the broader lens of customary international law and the dictates of public conscience. Furthermore, the ICJ's recognition of the Martens Clause as a safeguard against legal gaps is particularly relevant to AWS – it can be argued that, similarly to the Court's argument that nuclear weapons, due to their indiscriminate effects and capacity to cause unnecessary suffering, fall within the scope of IHL, the same reasoning applies to AWS, which risk operating without meaningful human oversight and in ways that could violate fundamental IHL principles. The ICJ's reliance on the Clause as a binding customary norm applicable to all states suggests, likewise, that even in the absence of a comprehensive treaty governing AWS, they must still conform to established humanitarian protections.

And so, by extending this precedent, the Clause provides a legal foundation for restricting or prohibiting AWS where their deployment would be incompatible with fundamental humanitarian norms, reinforcing that international law must evolve in response to the rapid progression of warfare technologies. In addition, States are increasingly likely to integrate such systems into warfare, highlighting the necessity to develop a dedicated international legal instrument¹⁹ to regulate both existing and future AWS in compliance with IHL (Perišić & Tomljenović, 2024, pp. 534-535).

2.2. Protocol on Blinding Laser Weapons

A notable example of the applicability and legal significance of the Martens Clause in the regulation of weaponry is found in the Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV to the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons). As emphasized by HRW (1995), the clause is particularly relevant in situations not explicitly regulated by “international agreements”, ensuring that “both civilians and combatants remain” protected under the principles of international law – these

¹⁸ Paragraph 86.

¹⁹ The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW), adopted in July 2017, establishes a comprehensive ban on nuclear weapons, prohibiting their development, transfer, acquisition, and use, as set forth in Article 1. This treaty exemplifies the relevance of the Martens Clause in the regulation of weapons, as its Preamble repeatedly references this principle. Notably, it underscores that any deployment of such weapons would be fundamentally incompatible with “the principles of humanity and the dictates of public conscience”. The treaty serves as evidence of the impact of the Martens Clause, illustrating how it has influenced the legal framework governing nuclear weapons, it reflects a process in which the Clause was applied prior to the establishment of specific regulations, guiding the formulation of legal prohibitions and contributing to the normative foundation upon which the treaty was developed.

principles stem from “established custom, from the principles of humanity, and from the dictates of public conscience”.

The organization argued that the Martens Clause, recognized as a customary rule and supported by precedent from the 1925 Gas Protocol²⁰, serves as a fundamental legal framework for assessing the lawfulness of any weapon or method of warfare that may contravene the laws of humanity and public conscience. During discussions on the prohibition of blinding laser weapons, the majority of participating experts concurred that such weapons and “methods of warfare”, which “cause” irreversible “blindness”, were incompatible with “established custom, humanity, and public conscience” (HRW, 1995).

Building upon this precedent, HRW & IHRC (2015, pp. 1-18) contended that the ban on blinding lasers serves as an influential reference point for the pre-emptive prohibition of AWS. Specifically, they highlighted the significance of the Martens Clause in assessing the legality of emerging weapons technologies and ensuring that new means of warfare comply with international legal standards – the Memorandum, in general, argued that “the fact that the blinding lasers discussions led to a legally binding protocol shows that the principles of humanity and dictates of public conscience enshrined in the Martens Clause can be used as a justification for a pre-emptive ban of a new weapon”.

In their work, the organisations provided a detailed legal analysis advocating for a pre-emptive ban on fully AWS, arguing that the application of IHL, particularly through the Martens Clause, provides a strong legal foundation for banning new categories of weaponry – the memorandum asserts that just as blinding lasers were prohibited before their widespread deployment due to their inherent inhumanity and indiscriminate nature, AWS should likewise be pre-emptively banned before they become operational and embedded in military arsenals.

A key aspect of the legal argument presented is that the Martens Clause establishes a standard whereby new weapons systems must be evaluated based on their compatibility with the principles of distinction, proportionality, and the avoidance of unnecessary suffering. These weapons, by their very nature, lack the human judgment necessary to comply with these foundational principles – such weapons would select and engage targets without meaningful human control, raising queries about compliance with IHL norms. The absence of human oversight in decision-making during armed conflict creates a fundamental legal quandary, particularly regarding the ability of AWS to assess complex battlefield situations,

²⁰ The reference to the Clause in this Protocol can be found in paragraphs 1 and 3 of the Preamble.

distinguish between combatants and civilians, and determine proportional responses to military threats.

The memorandum draws a direct comparison between the legal arguments used to prohibit blinding lasers and those now being made against AWS by examining the legal and diplomatic process that led to the adoption of the Protocol, which prohibited the use of laser weapons designed to cause permanent blindness. At that time, “states, international organisations, and civil society” argued that blinding lasers were inhumane and posed unacceptable risks to both combatants and civilians saying it “raised concerns under the principles of humanity and dictates of public conscience”.

Lastly, it was noted that the prohibition was based on both humanitarian and legal considerations, particularly referring that the use of blinding lasers would violate the prohibition on weapons that cause unnecessary suffering. The pre-emptive nature of the ban is particularly relevant, as it demonstrates that states have previously acted to prohibit a weapon before it became widely used, based on legal principles rather than battlefield necessity. Importantly, while the problems of the two weapons may differ²¹, the Protocol on Blinding Lasers reveals, firstly, “the importance of the clause in addressing emerging weapons, but also that “tensions with the principles of humanity and dictates of public conscience (...) can help drive the adoption of a pre-emptive ban” (HRW & IHRC, 2015).

3. AWS in contemporary armed conflicts: Legal inferences from Libya and Ukraine

The regulation of AWS is a pressing issue, the ongoing debate over these weapons underscores the importance of examining concrete instances of their use to assess how AWS function in real-world scenarios and explore the legal questions they raise²². To that end, we will focus on two key examples: the deployment of the Kargu-

²¹ As Bruun (2024) defends, in a suggestion of a “two-tiered approach” for prohibitions and restrictions of AWS, States should consider the “history of arms control”, even if the various instruments “differ in legal status”, in order to better situate the regulation discussion.

²² Although this analysis will not explore the Nagorno-Karabakh conflict in detail, the events of the September 2020 war remain particularly relevant for understanding the trajectory of modern warfare and the role of AWS. This 44-day confrontation provided “a view of future warfare” (Rashid, 2021, p. 64), where traditional and conventional military hardware proved vulnerable to “high-altitude”, precision-strike “drone technologies”. Azerbaijan’s strategic use of Turkish Bayraktar TB2 drones, in coordination with electronic warfare systems, allowed for pre-emptive strikes on Armenian positions, often before Armenian forces understood what was targeting them. Additionally, Israel-manufactured HALE-class UCAVs played a significant part in intelligence gathering and the neutralisation of Armenian defences. As noted, “combat has started to create general [AI] automated with the consciousness and realization of war tactics and strategies”, raising profound issues about the future deployment of systems capable of making independent targeting decisions with destructive intent.

2 in the Civil War in Libya and the use of Swarmer Drones in the Russia-Ukraine conflict.

3.1. Kargu-2 – Loitering munitions

As explained by Bode & Watts (2023, pp. 3, 21), loitering munitions are those weapons that “are expendable uncrewed aircraft which can integrate sensor-based analysis to hover over, detect, and crash into targets” and “can vary significantly in their size, weight, and technological sophistication”. Loitering munitions, “unlike drones”, function as a hybrid between surveillance unmanned aerial vehicles (UAVs) and precision-guided missiles, designed to autonomously “identify, track, and engage” targets “beyond-visual-range”. Equipped with “explosive warheads” of varying payloads, they hover or patrol over a designated area before identifying and striking targets upon detection. Many loitering munitions incorporate automated processes, while more advanced models feature increasing levels of autonomy in “navigation, target detection, [and] tracking”, some systems even extend autonomy to engagement, enabling them to strike designated targets with minimal human oversight (Ancona, 2024).

Among the most well-known examples is the Turkish Savunma Teknolojileri Mühendislik (STM) Kargu-2, a “small quadcopter, with a range of 10 km” and an operational flight time of 30 minutes, which integrates “GPS guidance, electro-optical and infrared sensors with image processing” capabilities to identify and pursue targets with “varying degrees” of autonomy. In addition, it is reportedly “designed to be an anti-personnel weapon” and equipped with an “automatic target recognition system” utilizing “machine learning” for object identification (Ancona, 2024) (Nasu, 2021).

The use of loitering munitions in the Libyan Civil War (2014-2020) marked a significant development in modern conflict, particularly with the deployment of the STM Kargu-2 during Libya’s Operation PEACE STORM in March 2020. From 2019 onwards, with “external military support”, as the war reached its later stages, the Government of National Accord, supported by Turkey, utilized these AWS against the Libyan National Army, which was backed by Russia (Bode & Watts, 2023).

Initiated by the Government of National Accord Armed Forces (GNA-AF), the offensive leveraged cutting-edge military technologies were used to counter the “mid-20th-century” weaponry of the Haftar Armed Forces (HAF). Notably, AWS, such as the STM Kargu-2, were employed to identify and engage targets without direct human control, utilizing a “‘fire, forget, and find’ capability”. These AWS,

proved to be a “force multiplier”, effectively neutralizing HAF defences and leading to significant losses (ICRC, *s.d.*) (Vincent, 2021).

The events in Libya illustrate the growing reliance on AWS in contemporary conflicts, since its introduction in the conflict “was a decisive element in the often unseen, and certainly uneven, war of attrition that resulted in the defeat of HAF in western Libya during 2020”. In 2021, a UN Panel of Experts on Libya (UN Security Council, 2021, p. 17) published a report highlighting the alleged use of the Kargu-2 in autonomous attacks, categorizing it as AWS, the report described how retreating HAF forces were “hunted down and remotely engaged” by the Kargu-2 and other loitering munitions. The claim that this was the first instance of a loitering munition autonomously targeting military personnel generated widespread debate over the role of AI-driven sensor-based targeting in modern warfare.

The controversy surrounding the Kargu-2 deepened due to conflicting statements from its manufacturer, STM. Prior to the UN report, STM promoted the Kargu-2 as a system equipped with “both autonomous and manual modes”, capable of “real-time image processing” and “deep learning algorithms” for target recognition. After, STM rebranded the Kargu-2 as operating strictly within “human-in-the-loop” principles, stating that “each mission is performed under the complete control of the human operators, limiting the platform’s autonomy to navigational purposes only”. Despite this reframing, the Kargu-2 is still marketed as utilizing an “Automatic Target Recognition System”, though its “technical specifications” remain vague.

Nevertheless, reports from 2020 indicated that the Kargu-2’s “deep learning algorithms” allowed it to “locate, track, and identify targets without human assistance”, leading to questions about whether the shift in STM’s language was a response to legal doubts and not a genuine alteration of the system’s capabilities (Bode & Watts, 2023, pp. 43-46).

Thus, the deployment of loitering munitions like the Kargu-2 in Libya raises essential legal issues, particularly due to the lack of clear documentation regarding their operational mode and consequences. The 2021 UN report (p. 17) does not explicitly confirm whether the Kargu-2’s strikes resulted in human casualties, though it describes “continual harassment from the unmanned combat aerial vehicles and [LAWS]” as a “highly effective combination in defeating” enemy defences and acknowledges that there were “significant casualties”. The report states, as well, that these weapons were “programmed to attack targets without requiring data connectivity between the operator and the munition”, suggesting a technical capability for autonomous targeting and attacking. However, whether the Kargu-2

was actually used in full autonomy remains uncertain, as STM, its manufacturer, has publicly denied that it conducted “autonomous” strikes in Libya.

Additionally, the increasing use of loitering munitions underscores apprehension about the potential for indiscriminate effects, particularly as these systems gain greater range and operational flexibility. While the Kargu-2 was not reported to have been used in densely “populated areas”, it is designed to engage “an expanding number of targets”, including vehicles, aircraft, and radar systems. Its operational and range capabilities suggest that any object or personnel within this radius could be targeted, raising alarms about proportionality and the potential for unintended harm. The system can be equipped with thermobaric warheads, which, while not confirmed to have been used in Libya, present serious concerns due to their capacity for wide-area destruction due to the “blast radius”. Finally, the shifting language in STM’s marketing of the Kargu-2, from emphasizing autonomy before 2021 to highlighting “human-in-the-loop” control afterward, demonstrates how regulatory scrutiny can influence how AWS capabilities are portrayed rather than how they are actually used (2021 UN report (p. 17) (Bode & Watts, 2023).

Applying the legal framework established in this study reveals significant legal implications in the context of AWS, such as loitering munitions, extending beyond the specific case of the Kargu-2. Although these systems are frequently characterized as an intermediary category between drones and precision-guided munitions, they nonetheless give rise to substantial legal qualms under the principles of IHL and the Martens Clause.

A major issue surrounding loitering munitions is the potential for automation bias – given that certain loitering munitions can identify and attack targets without direct human intervention, there is a real risk that human oversight may become a mere formality rather than a substantive safeguard against erroneous or unlawful attacks, further, “human operators may lack the sufficient situational awareness to doubt the platforms’ suggested targets”. The lack of legally binding international rules regulating “autonomy in weapon systems” exacerbates this concern, as states and armed forces may be inclined to exploit these “latent capabilities” to gain tactical advantages. The case of the Kargu-2 exemplifies this issue, as its manufacturer, STM, shifted its characterization of the system’s autonomy following the UN report, raising questions about the true extent of human control in its operations²³ (Bode & Watts, 2023).

²³ The authors explain that “the uncertainty concerning how human control is exercised over these systems extends to what is knowable about loitering munitions based on open-source data. Much of the available information on the technological capabilities of such systems is drawn from a limited array of sources, often associated with the manufacturers of these weapons.

Another concern is the expanding role of loitering munitions in targeting both objects and personnel, including in urban and “populated areas”²⁴. Initially designed to locate and “destroy radar systems”, modern loitering munitions have been adapted to target a broader range of military and dual-use objects. More critically, a significant number of these systems now include explicit “anti-personnel target profiles”, increasing the risk of unlawful attacks against “civilians and civilian objects” – in the case of the Kargu-2, the UN Security Council (2021) stated that retreating forces were “hunted down and remotely engaged”, further illustrating the risks posed by AWS in dynamic combat situations. Reports, according to Bode & Watts (2023), indicate that a considerable portion of loitering munitions are designed for use in populated environments, which raises serious questions about compliance with the IHL principles, specifically, the principle of distinction and the “principles of humanity”. The ability of these systems to autonomously select and attack targets over an extended period complicates efforts to ensure legal adherence.

Consequently, the evolving trajectory of loitering munitions, particularly demonstrated through the Kargu-2 in the Libya Civil War, underlines the “urgent need” for a legally binding international framework to regulate design, deployment, and use of AWS. Without decisive action, the continued proliferation and operational deployment of loitering munitions could lead to significant legal and humanitarian consequences – “as the case of loitering munitions demonstrates, current practices can also show what is problematic about autonomous technologies in warfare and what should, therefore, be expressly prohibited, regulated, governed, or steered” (Bode & Watts, 2023).

3.2. Drone swarms – Ukraine-Russia conflict

Swarming, as defined by Álvarez (2024), “is a longstanding military tactic whereby several units converge and attack a specific target in a structured and coordinated manner”. When applied to drones, it refers “to large groups of AWS that can share information amongst each other, synchronize, and carry out their shared objectives”. Similarly, as described by Ekelhof & Paoli (2020, pp. 21-29), swarming denotes the use of decentralized, often biologically inspired, algorithms to enable large numbers of autonomous units to act in concert without centralized control.

While most sources agree that AI-enabled networking is a core feature, they diverge in how they describe the extent of autonomy and agency involved – Mozur &

²⁴ The “spatial and temporal distance” between human decision-makers and “the exercise of deliberative judgment from use of force” is expanding, as well, due to the enhanced range of loitering munitions (Bode & Watts, 2023).

Satariano (2024), Volpicelli et al. (2024), and Kirichenko (2024) emphasize battlefield functionality and the role of human oversight, often describing human “in-the-loop” models, in contrast, others, such as Álvarez (2024) and Article 36 (2019, pp. 3-4), consider full autonomy (i.e., “human-off-the-loop”) systems as both imminent and conceptually integral to understanding drone swarms as a new category of AWS. Subsequently, the increasing operational role of drone swarms in modern combat is acknowledged, with their uses including reconnaissance, target acquisition, suppression of enemy defences, and precision strikes.

Following the Drone swarms used and developed in Ukraine²⁵, Mozur & Satariano (2024), Volpicelli et al. (2024), Kirichenko (2024), and the Economic Times (2024) have described how the development and deployment of drone swarms in targeting and striking configurations have given Ukraine an edge in the conflict, with systems like Swarmer’s Styx²⁶ helping Ukraine gain a tactical advantage, since these swarms confer both offensive and defensive roles, often compensating for conventional resource asymmetries²⁷.

The deployment of drone swarms, especially with increasing autonomy, has significant implications for compliance with IHL principles, as Álvarez (2024) argues, highly scalable swarms may become inherently “indiscriminate and disproportionate”. Once the number of units in a swarm exceeds human cognitive control, any attempt at target verification becomes unreliable, raising the risk of unlawful attacks on civilian objects. Swarmer’s system²⁸, although retaining human oversight, illustrates the proximity to “human-off-the-loop” autonomy.

The AI’s capacity to process vast volumes of sensor data and coordinate multi-drone missions increases the efficiency of operations and exacerbates the accountability gap – “Absence of human control over the system’s decision-making processes to select, engage and use lethal force, challenges the allocation of responsibility since a machine cannot be held liable”. If a swarm conducts an unlawful attack, existing doctrines of command responsibility may be ill-suited to determine liability, particularly if no individual directly initiated or authorised the specific conduct. Additionally, as noted by Ekelhof & Paoli (2020, p. 57) and Article

²⁵ “Drones with autonomous capabilities and AI-enabled munitions are already being used on the battlefield, notably in the Russia-Ukraine War” (Rosen, 2023).

²⁶ As Kirichenko (2024) describes, “One company, Swarmer, is building software to network drones, allowing decisions to be executed instantly across a swarm with minimal human input (...) Swarmer’s AI system, Styx, coordinates a mix of reconnaissance and strike drones that operate both in the air and on the ground. Each drone can plan its own actions while anticipating the behaviour of others in the swarm”.

²⁷ As maintained by Kirichenko, D. (2024), “Ukraine’s leaders understand that defeating Russia in a traditional war of attrition is unlikely; instead, they are harnessing agility and technological innovation”.

²⁸ See The Economic Times, 2024; Volpicelli *et al.*, 2024; Kirichenko, 2024.

36 (2019, p. 5), such systems may fail weapons reviews under Article 36 of AP I due to unpredictability, algorithmic opacity, and the potential for misuse.

The Ukrainian battlefield has become the most prominent testing ground for drone swarms. Swarmer's operational trials of the Styx system demonstrate the practical feasibility of AI-enabled swarm behaviour. Ukrainian sources confirm the use of coordinated drone assaults, particularly during engagements in Chasiv Yar and Zaporizhzhia (Kirichenko, 2024), these operations include core drones targeting military infrastructure while secondary units suppress air defence systems, achieving tactical coordination typically unmanageable for human pilots alone.

Other real-world cases reinforce the relevance of the swarm paradigm – Israel's deployment of drone swarms in Gaza in 2021²⁹, and the earlier U.S. Perdix tests, are often cited as historical precedents (Ekelhof & Paoli, 2020, p. 50) (Alvárez, 2024). Still, Ukraine marks the first instance where swarms are used at scale in a high-intensity international armed conflict, with live data feedback loops accelerating both technical development and doctrinal adaptation – “Dubbed the “first full-scale drone war”, the Russia-Ukraine War marks an inflection point (...) While autonomous drones reportedly have been used in Libya and Gaza, the war in Ukraine represents an acceleration of the integration of this technology into conventional military operations “ (Rosen, 2023).

Drone swarms, in addition, play an important role in reshaping the global arms industry, since the proliferation of dual-use technologies, low production costs, and modular AI software has enabled rapid innovation. Ukraine's Brave1 initiative, a government-backed accelerator for defence technologies, exemplifies the integration of civilian tech sectors into military development (Volpicelli et al., 2024). Companies such as Swarmer are not only field-testing AWS but also attracting foreign investment, thereby accelerating commercial militarisation³⁰.

While this innovation provides Ukraine with a strategic edge, it simultaneously raises disarmament and non-proliferation problems – Ekelhof & Paoli (2020, p. 7) and Article 36 (2019, p. 4) warn of a potential arms race driven by swarm technology, exacerbated by the absence of binding regulatory instruments under the CCW Convention and the need of nations to “reaffirm the central values enshrined in existing law and actively seek to clarify the legal and ethical boundaries in swarm

²⁹ “Israel became the first country to openly deploy a drone swarm that gathered intelligence on the geographical position of Hamas militants and relayed this information to ground-based missiles to strike targets located miles away” (Alvárez, 2024).

³⁰ In the words of Mozur & Satariano (2024), “The pressure to outthink the enemy, along with huge flows of investment, donations and government contracts, has turned Ukraine into a Silicon Valley for autonomous drones and other weaponry”.

development”, in order to “to prevent [them] from eroding long-standing legal protections”.

The case of the drone swarms in Ukraine illustrates the evolving reality of AWS in modern armed conflict, their deployment implicates core IHL principles, stretches the limits of accountability, and accelerates a global trend toward the commercial militarisation of AI – as such, they exemplify the urgent need for a binding international framework governing AWS, including drone swarms, to ensure compliance with humanitarian norms and prevent the normalization of legally hazardous technologies.

4. The international debate on a regulatory framework for AWS

When addressing both the role of the Martens Clause in the governance of AWS and the broader regulatory framework applicable to such technologies, it is essential to consider the ongoing discourse within the international community as well. To that end, particular attention must be paid to the positions adopted at the international, regional, and civil levels concerning the regulation or prohibition of AWS.

The European Parliament’s 2018 Resolution (2018/2752) is among the few institutional documents to explicitly refer to the Martens Clause, it recalls that the Clause, as enshrined in AP I, must guide the implementation of IHL and International Human Rights Law (IHRL) when it comes to AWS. The Parliament stressed that “compliance with international law is a key requirement” and called attention to the legal vacuum that may arise with AWS – by linking the Martens Clause to the protection of civilian populations and the ethical implications of dehumanized warfare, the resolution reinforced its role as a minimum humanitarian safeguard in the face of uncertainty³¹.

The Guiding Principles affirmed by the GGE (2019), solidify the foundational role of international law, in the evolving regulation of AWS. The GGE reaffirmed that “international humanitarian law continues to apply fully to all weapons systems” (principle (a)), underscoring that technological novelty does not exempt new means of warfare from established legal obligations. Importantly, the principles stress that the continued work of the GGE must be guided not only by IHL and the UN Charter, but also by “relevant ethical perspectives”, an implicit recognition of the normative

³¹ Paragraphs H and I.

underpinnings of the Martens Clause, which links legality to both the principles of humanity and the dictates of public conscience.

The Guiding Principles introduce key operational dimensions to this normative framework as well. Principle (e) reaffirms the obligation of States to conduct weapons reviews, requiring an *ex ante* legal determination of whether a new weapon or method of warfare would, under any circumstance, “be prohibited by international law”. This provision implicitly integrates the Martens Clause by calling for a substantive, good-faith evaluation of weapons’ effects against the broader legal framework of IHL. Principle (h) reinforces this view by urging States to consider whether emerging technologies in AWS can be employed in a way that upholds “compliance with IHL and other applicable international legal obligations”.

In its report, the European Parliament (2021) goes further in legally anchoring the Martens Clause within the discussion on military AI, declaring that any international framework must “never breach, or permit breaches of, the dictates of public conscience and humanity as stated in the Martens Clause”. The report affirms that compliance with IHL is the minimum admissibility standard for AI-enabled systems and explicitly prohibits the design and production of systems that violate this threshold. Accordingly, the Foreign Affairs Committee’s Opinion (2020) underscores the non-derogable nature of the Martens Clause since it calls on the international community to ensure that military AI “must, as provided for in the Martens Clause, abide by the public conscience and humanity”, “in particular”, and that no authority may lawfully derogate from these principles.

The Council of Europe’s Parliamentary Assembly (2022) presents a deeply normative and rights-based critique of LAWS, clearly linking their potential deployment to the erosion of human dignity and legal protection³². The report emphasizes that these weapons “raise a fundamental issue of human dignity – allowing machines to ‘decide’ to kill a human being”. In legal terms, it reiterates that the conformity of LAWS with both IHL and IHRL hinges on the ability to uphold essential legal principles such as distinction, proportionality, and precaution, and the right to life (Article 2 of the European Convention on Human Rights – ECHR)³³. Importantly, it invokes the Martens Clause explicitly, asserting that, “even in the absence of an explicit prohibition”, the “laws of humanity and the dictates of public conscience” must be respected.

³² As paragraph 4 of the document presented, the imperative in such a position is based on “‘the arms race’ logic” which suggests “to see LAWS as the third military revolution in the history of international relations, after the invention of gunpowder and that of nuclear weapons”.

³³ With the regulation of “development and above all use (...)” being “indispensable”.

In its 2022 policy summary on autonomy, NATO affiliates itself with the 2019 CCW Guiding Principles, affirming that IHL “continues to apply fully to all weapons systems, including the potential development and use of LAWS”. While NATO does not explicitly reference the Martens Clause, its endorsement of the principles of “lawfulness, responsibility, explainability”, and “bias mitigation” in the development of AWS indirectly supports the Clause’s normative core. NATO’s approach supports a regulatory framework that, while technologically grounded, implicitly draws from the safeguards enshrined in the Martens Clause.

The UN General Assembly (UNGA) (2023) Resolution 78/241, adopted on 22 December, represents a decisive step in the international community’s response to the growing difficulties posed by LAWS. Although the resolution does not explicitly invoke the Martens Clause, its content strongly aligns with the clause’s normative function by reaffirming that “international law, in particular the Charter of the United Nations, [IHL] and [IHRL], applies to [AWS]”. This broad reaffirmation is particularly relevant in the context of the Martens Clause, which serves as a legal safeguard where positive law may be underdeveloped or technologically outpaced.

In the submission to the UN Secretary-General, the European Union’s (EU) (2024) unequivocally stresses that compliance with IHL and ethical principles must be central to any future regulatory instrument on LAWS³⁴. It underscores that “those who plan, decide upon and carry out an attack using a [LAWS] must (...) preserve human beings’ ability to make these necessary legal judgments”.

Furthermore, the ICRC’s (2024) submission explicitly affirms the centrality of the Martens Clause in the legal assessment of AWS, calling for the preamble of any legally binding instrument to reaffirm that civilians and combatants remain protected by the principles of humanity and the dictates of public conscience when no specific legal provision applies. The ICRC emphasizes that the Clause “provides a link between ethical considerations and IHL”, making it especially relevant for AWS, which test the ethical boundaries of lawful warfare. The ICRC also recommends that Article 36 reviews must incorporate Martens Clause standards as part of a good-faith compliance check with customary and treaty law.

Likewise, the HRW submission (2024) directly invokes the Martens Clause as the legal foundation for a prohibition on AWS. HRW contends that this weaponry “would contravene basic principles of humanity and the dictates of public conscience established by the Martens Clause”, noting that machines, as “inanimate object”, lack compassion and moral agency necessary for compliance with IHL. The organization

³⁴ “The EU considers it imperative that we collectively address these challenges by establishing principles, international norms and regulations to ensure the responsible use of such technologies” (EU, 2024).

views the removal of human control from the decision to use lethal force as a moral red line and argues that such delegation not only erodes human dignity but also violates established customary law.

In its background paper, the Chair of the GGE on Emerging Technologies in the Area of LAWS (2024), reaffirmed that IHL fully applies to the development and deployment of these weapons³⁵, identifying two primary branches of IHL that are particularly relevant, “weapons law” and “targeting law”³⁶. The paper emphasizes the continued relevance of the Martens Clause³⁷, grounded in the principles of humanity and the dictates of public conscience, as a normative safeguard for situations not explicitly covered by existing treaties, such as the deployment of LAWS. Accordingly, even in the absence of specific treaty provisions, LAWS must adhere to customary international law, ensuring that “civilians and combatants” are protected under these overarching legal principles³⁸.

In the Chair’s Summary of the Second 2024 Session of the GGE on LAWS, during deliberations on the preliminary considerations and the application of IHL, it was noted a “significant convergence among views” on the importance of grounding AWS governance within established legal norms. Although discussions featured technical divergences, several “delegations” explicitly called for the incorporation of “a Martens Clause provision” into “the rolling text”³⁹. This proposal reflects a growing recognition that the Clause is not a peripheral or symbolic principle, but a normative safeguard essential for addressing legal gaps that arise in the face of rapidly evolving weapons technologies.

Lastly, the Report of the Secretary-General (2024) on LAWS (A/79/88) underscores the importance of the Martens Clause in the international debate on the legal governance of AWS, with the report noting that “several States stressed the importance of the Martens Clause and expressed the view that the use of [LAWS] without human control would likely violate it”⁴⁰. This statement illustrates a shared concern that the deployment of AWS, especially those capable of selecting and engaging targets independently, may fall outside the scope of existing treaty law and require recourse to customary international principles grounded in humanity and the dictates of public conscience⁴¹.

³⁵ Paragraphs 1 and 4.

³⁶ Paragraph 8.

³⁷ Paragraph 9.

³⁸ See “the principles of humanity” and the “dictates of the public conscience” and the “Conclusions of the GGE on LAWS regarding how existing IHL applies to LAWS” sections.

³⁹ Paragraph 17.

⁴⁰ Paragraph 27.

⁴¹ *Per* paragraph 69, “several states called for negotiations on a legally binding instrument (...) in order (...) to fill lacunae in international law”.

The Martens Clause serves, in this context, as a normative anchor when assessing the acceptability of emerging technologies that challenge the traditional paradigms of warfare. In line with this reasoning, States such as Austria (p. 24), emphasized that AWS's capability of producing effects that are not "explainable, predictable, or controllable are unacceptable" and unlawful, arguing that AWS which "select and engage persons as targets in a manner that violates the dignity and worth of the human person, as well as the principles of humanity or the dictates of public conscience, are unacceptable and must be prohibited". This position finds additional support in the Chair's Summary of the Vienna Conference on AWS (2024, p. 26), which stated that "the Martens Clause in IHL recognizes that the law can develop in relation to societal concerns and the dictates of public conscience and is, thus, of particular relevance to the AWS issue".

Other States similarly echoed this interpretation, for instance, the "Communiqué of the Latin American and Caribbean Conference on the Social and Humanitarian Impact of Autonomous Weapons" (p. 20), called for "new prohibitions and regulations" on AWS grounded not only in the principles of distinction, necessity, and proportionality, but also in the "principles of humanity and the dictates of public conscience". In contrast, a minority of States, most notably the Russian Federation (p. 94), challenged this approach, asserting that the principles of humanity and public conscience "cannot be used as the absolute and sole sufficient condition for imposing limitations and restrictions on certain types of weapons".

Nonetheless, the widespread invocation of the Martens Clause across diverse legal traditions and regional blocs, coupled with calls from the UN Secretary-General, the ICRC, and various UN Special Rapporteurs to conclude a legally binding instrument by 2026 (p. 18)⁴², highlights a growing normative consensus: that human control, legal accountability, and the preservation of human dignity must remain central to any future regulatory framework governing AWS. In this light, the Martens Clause emerges not merely as a residual clause of last resort but as a dynamic legal principle guiding the ethical boundaries of permissible autonomy in warfare. Be that as it may, while the creation of a regulatory framework for these weapons, already deployed in ongoing conflicts and driving significant technological and economic incentives, might appear feasible in theory, it is unlikely to offer a sustainable or comprehensive solution. Although it is possible that a superficial or limited set of rules may be adopted, the rapid pace at which such weapons are being developed and

⁴² Paragraph 92.

upgraded significantly undermines the prospect of effectively addressing their proliferation or instituting a legally enforceable ban.

Conclusion

This dissertation set out to examine the legal significance of the Martens Clause in the context of AWS, with a view to assessing its normative function within IHL amidst emerging technological developments. The research demonstrates that, although the Clause does not constitute a standalone legal prohibition, it remains a vital interpretative and normative instrument – especially in scenarios not explicitly regulated by treaty law. In particular, the study reinforces the Clause’s role in setting legal assessments to the principles of humanity and the dictates of public conscience, thereby safeguarding the integrity of IHL when confronted with unprecedented dilemmas such as autonomous warfare.

An important contribution of this work lies in the systematization of legal arguments that elevate the Martens Clause beyond its traditional symbolic status, placing it at the core of legal reasoning concerning the regulation of AWS. Consequently, the research offers a nuanced evaluation of how this Clause may influence weapons reviews, contributing to a more comprehensive understanding of how legal compliance assessments can be adapted to evolving technological realities. In addition, the analysis brings an exploratory dimension of legal precedents relevant to the application of the Martens Clause, framing them as interpretative footholds. Moreover, the work contributes to the clarification of the fragmented international regulatory debate, providing a structured overview of state practice, positions within the UN framework, and the normative proposals advanced by regional organizations and civil society.

Nevertheless, this study recognizes certain limitations. It does not offer a technical analysis of algorithmic decision-making processes, nor does it fully explore the criminal accountability problems associated with AWS, both of which merit deeper interdisciplinary investigation. Likewise, while the focus on two case studies (Civil War in Libya and Ukraine-Russia Conflict) provided valuable practical insights, further comparative empirical research would strengthen the understanding of AWS deployment under real-world conditions.

Ultimately, this dissertation contributes to the ongoing international legal discourse by reaffirming the Martens Clause as a dynamic legal safeguard, capable of guiding both interpretation and future regulatory development in the area of AWS. In doing so, it invites a re-evaluation of how foundational humanitarian principles can, and must, continue to shape the legality of technological innovations in warfare.

Bibliography

Books, journals, news articles, and others

- ÁLVAREZ, J. S. V. (2024). Symposium on Military AI and the Law of Armed Conflict: Drone swarms as weapons of mass destruction. *OpinioJuris*. <https://opiniojuris.org/2024/04/05/symposium-on-military-ai-and-the-law-of-armed-conflict-drone-swarms-as-weapons-of-mass-destruction/>.
- ANCONA, F. (2024). AI in warfare: Loitering munitions – Current applications and legal challenges. *Mondo Internazionale APS*. <https://mondointernazionale.org/focus-allegati/ai-in-warfare-loitering-munitions-current-applications-and-legal-challenges>.
- ANDERSON, K. et al. (2014). Adapting the law of armed conflict to Autonomous Weapon Systems. Stockton Center for the Study of International Law. *International Law Studies*. U.S. Naval War College, vol. 90. <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=ils>.
- ARTICLE 36. (2019). *Swarms – Discussion Paper for the Convention on Certain Conventional Weapons (CCW)*. <https://article36.org/wp-content/uploads/2019/06/swarms.pdf>
- BLANCHARD, A. & TADDEO, M. (2022). Jus in bello necessity, the requirement of minimal force, and autonomous weapons systems. *Journal of Military Ethics*, vol. 21. no. 3-4. <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/15027570.2022.2157952?needAccess=true>
- BODE, I. (2024). Falling under the radar: The problem of algorithmic bias and military applications of AI. *Humanitarian Law & Policy*. <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2024/03/14/falling-under-the-radar-the-problem-of-algorithmic-bias-and-military-applications-of-ai/>.
- BODE, I. & WATTS, T.F.A. (2023). Loitering munitions and unpredictability: Autonomy in weapon systems and challenges to human control. Center for War Studies. University of Southern Denmark. https://www.researchgate.net/publication/371351342_Loitering_Munitions_and_Unpredictability_Autonomy_in_Weapon_Systems_and_Challenges_to_Human_Control.
- BOULANIN, V. et al. (2021). Autonomous Weapon Systems and international humanitarian law – Identifying limits and the required type and degree of human-machine interaction. Stockholm International Peace Research Institute. https://www.sipri.org/sites/default/files/2021-06/2106_aws_and_ihl_o.pdf.
- BRUUN, L. (2024). Reinventing the wheel? Three lessons that the AWS debate can learn from existing arms control agreements. *Humanitarian Law & Policy*. <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2024/06/13/reinventing-the-wheel-three-lessons-that-the-aws-debate-can-learn-from-existing-arms-control-agreements/>.
- CASSESE, A. (2000). The Martens Clause: Half a loaf or simply pie in the sky? *EJIL*, vol. 11. <http://www.ejil.org/pdfs/11/1/511.pdf>.

- CHAVANNES, E. et al. (2020). Governing Autonomous Weapon Systems. Hague Centre for Strategic Studies. <https://www.jstor.org/stable/resrep24196.7?seq=1>.
- COPELAND, D. et al. (2022). The utility of weapons reviews in addressing concerns raised by Autonomous Weapon Systems. *Journal of Conflict & Security Law*. Oxford University Press. <https://academic.oup.com/jcsl/article/28/2/285/6833182>.
- DAVIDSON, N. (2018). A legal perspective: Autonomous Weapon Systems under international humanitarian law. *UNODA Occasional Papers*, no. 30. ICRCh https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file_list/autonomous_weapon_systems_under_international_humanitarian_law.pdf.
- EKELHOF, M. & PAOLI, G. P. (2020). Swarm robotics – Technical and operational overview of the next generation of Autonomous Systems. United Nations Institute for Disarmament Research. <https://unidir.org/files/2020-04/UNIDIR%20Swarm%20Robotics%20-%202020.pdf>.
- FORD, C. M. (2017). Autonomous weapons and international law. *University of South Carolina Law Review*, vol. 69, no. 413. <https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4244&context=sclr>.
- GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS. (2014). Autonomous weapon systems under international law (Academy Briefing No. 8). Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Publications/Academy%20Briefings/Autonomous%20Weapon%20Systems%20under%20International%20Law_Academy%20Briefing%20No%208.pdf.
- HENCKAERTS, J-M. & DOSWALD-BECK, L. (2009). *Customary international humanitarian law – Volume I: Rules*. International Committee of the Red Cross. Cambridge University Press. 1. <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>.
- HICKLETON, M. (2019). *Shaky foundations: ‘Killer robots’ and the Martens Clause*. *Perth International Law Journal*. <https://classic.austlii.edu.au/au/journals/PerIntLawJl/2019/7.pdf>.
- HOROWITZ, M. C. (2016). Public opinion and the politics of the killer robots debate. *Research and Politics*, vol. 3, no. 1. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053168015627183>.
- HUMAN RIGHTS WATCH (1995). *Blinding laser weapons – The need to ban a cruel and inhumane weapon*. *Human Rights Watch*, vol. 7, no. 1. <https://www.hrw.org/reports/1995/General1.htm>.
- HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC (2018). Heed the call – A moral and legal imperative to ban killer robots. Human Rights Program at Harvard Law School. https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/arms0818_web.pdf

- HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. (2015). Precedent for pre-emption: The ban on blinding lasers as a model for a killer robots prohibition. Memorandum to Convention on Conventional Weapons Delegates. Human Rights Program at Harvard Law School. https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/robots_and_lasers_final.pdf.
- ICRC GENEVA. (2006). A guide to the legal review of new weapons, means and methods of warfare: Measures to implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977. Reports and Documents. *International Review of the Red Cross*, vol. 88, no. 864. https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc_864_11.pdf.
- ICRC. (2016). Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS). Views of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on autonomous weapons systems. Report of an Expert Meeting held 15-16 March. [https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Informal_Meeting_of_Experts_\(2016\)/2016_LAWS%2BMX_CountryPaper_ICRC.pdf](https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Informal_Meeting_of_Experts_(2016)/2016_LAWS%2BMX_CountryPaper_ICRC.pdf).
- ICRC. (s.d.). Customary IHL principle of precautions in attack. IHL databases. How does law protect in war? ICRC. <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule15>.
- ICRC. (s.d.). Libya, the use of lethal Autonomous Weapons Systems. IHL databases. How does law protect in war? ICRC. <https://casebook.icrc.org/case-study/libya-use-lethal-autonomous-weapon-systems>.
- ICRC. (s.d.). Martens clause. IHL Databases. How does law protect in war? ICRC. https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/martens-clause
- IVANENKO, V. (2022). The origins, causes and enduring significance of the Martens Clause: A view from Russia. How international humanitarian law develops. *International Review of the Red Cross*. Published by Cambridge University Press on behalf of the ICRC. <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/reviews-pdf/2022-11/the-origins-causes-and-significance-of-the-martens-clause-a-view-from-russia-920.pdf>
- JENKS, C. (2016). False rubicons, moral panic, & conceptual cul-de-sacs: Critiquing & reframing the call to ban lethal autonomous weapons. *Pepperdine Law Review*, vol. XLIV, no. 1. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2736407.
- KIRICHENKO, D. (2024). The rush for AI-enabled drones on Ukrainian battlefields. *Lawfare*. <https://www.lawfaremedia.org/article/the-rush-for-ai-enabled-drones-on-ukrainian-battlefields>.
- KRUPLY, T. (2024). What role artificial intelligence could play in evaluating the compliance of military operations with international humanitarian law: The case study of the conduct of hostilities in Ukraine. *Ejil Talk*. <https://www.ejiltalk.org/what-role-artificial-intelligence-could-play-in-evaluating-the-compliance-of-military-operations-with-international-humanitarian-law-the-case-study-of-the-conduct-of-hostilities-in-ukraine/>.

- KUMARAGURU, Y. (2020). The impact of Artificial Intelligence on strategic stability and nuclear risk. Stockholm International Peace Research Institute. <https://www.jstor.org/stable/resrep24515.14?seq=1>.
- LIU, H-Y. (2012). Categorization and legality of autonomous and remote weapons systems. *International Review of the Red Cross*, vol. 94, no. 886. <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-886-liu.pdf>.
- MOZUR, P. & SATARIANO, A. (2024). A.I. begins ushering in an age of killer robots. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2024/07/02/technology/ukraine-war-ai-weapons.html>.
- NASU, H. (2021). The Kargu-2 autonomous attack drone: Legal & ethical dimensions. *Lieber Institute West Point. Articles of war*. <https://lieber.westpoint.edu/kargu-2-autonomous-attack-drone-legal-ethical/>.
- PERIŠIĆ, P. i TOMLJENOVIĆ, M. (2024). Legal permissibility of Autonomous Weapon Systems, with specific reference to the principles of international humanitarian law. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Split*, vol. 61, no. 4. https://www.researchgate.net/publication/387338152_Legal_Permissibility_of_Autonomous_Weapon_Systems_with_Specific_Reference_to_the_Principles_of_International_Humanitarian_Law.
- RASHID, A. (2021). Nagorno-Karabagh conflict and the role of major powers: An international law perspective. In *Artificial Intelligence and the future of warfare*. Lambert Academic Publishing. *Margalla Papers*, no. II. Department of Politics and International Relations. International Islamic University: Islamabad. <https://margallapapers.ndu.edu.pk/site/article/view/73/49>.
- ROSEN, B. (2023). AI and the future of drone warfare: Risks and recommendations. *Just Security*. <https://www.justsecurity.org/89033/ai-and-the-future-of-drone-warfare-risks-and-recommendations/>.
- ROSEN, B. (2023). Unhuman killings: AI and civilian harm in Gaza. *Just Security*. <https://www.justsecurity.org/90676/unhuman-killings-ai-and-civilian-harm-in-gaza/>.
- SCHMITT, M. & WIDMAR, E., W. (2014). On target: Precision and balance in the contemporary law of targeting. *Journal of National Security Law & Policy*, vol. 7, no. 379. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2439345.
- TAULBEE, J. L. & GLAHN, G. v. (2022). *Law Among Nations – An Introduction to Public International Law*. Routledge. Twelfth Edition. Page 577, 589.
- THE ECONOMIC TIMES (2024). Ukraine rushes to create AI-enabled war drones. *The Economic Times*. <https://economictimes.indiatimes.com/tech/artificial-intelligence/ukraine-rushes-to-create-ai-enabled-war-drones/articleshow/111831302.cms?from=mdr>.

- UNITED STATES OF AMERICA. (2015). *Department of Defense law of war manual*. Office of General Counsel Department of Defense. Updated July 2023. <https://media.defense.gov/2023/Jul/31/2003271432/-1/-1/o/DOD-LAW-OF-WAR-MANUAL-JUNE-2015-UPDATED-JULY%202023.PDF>.
- VINCENT, J. (2021). Have autonomous robots started killing in war? – Reports warned of killer robots – the reality is messier. *The Verge*. <https://www.theverge.com/2021/6/3/22462840/killer-robot-autonomous-drone-attack-libya-un-report-context>.
- VOLPICELLI, G., et al. (2024). “Our Oppenheimer moment” – In Ukraine, the robot wars have already begun. *Politico*. <https://www.politico.eu/article/robots-coming-ukraine-testing-ground-ai-artificial-intelligence-powered-combat-war-russia/>.
- WEST, L. (2024). Moving towards best practices in accountability and military use of AI. *Cigi Papers*, no. 301. Center for International Governance Innovation. https://www.cigionline.org/static/documents/Leah_West-no.301_EhDzqMx.pdf.
- WINTER, E. (2022). *The compatibility of Autonomous Weapons with the Principles of International Humanitarian Law*. *Journal of Conflict & Security Law*. Oxford University Press, vol. 27, no. 1. <https://academic.oup.com/jcsl/article/27/1/1/6513626>.
- YNFANZÓN, K. (2023). *The contribution of the authority of ICJ precedents to the argumentative methodology in international law*. Doctoral Dissertation in International Law. Graduate Institute: Geneva. International Law Association. <https://congressos.leading.pt/reports/reports.aspx?ref=resumofinal1&evento=78&formulario=189&render=pagina&cod=14177&chave=0007647C4E>.

Legal Instruments, Courts Decisions, and Official Reports, Resolutions, and Submissions

- COUNCIL OF EUROPE, PARLIAMENTARY ASSEMBLY. (2022). Emergence of lethal autonomous weapons systems (LAWS) and their necessary apprehension through European human rights law (Provisional Report). Report Rapporteur: Damien Cottier. Committee on Legal Affairs and Human Rights. <https://assembly.coe.int/LifeRay/JUR/Pdf/TextesProvisoires/2022/20221116-LawsApprehension-EN.pdf>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. (1950). European Convention on Human Rights. Article 2. Council of Europe. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG.
- EUROPEAN PARLIAMENT. (2018). *European Parliament Resolution on Autonomous Weapon Systems* (2018/2752(RSP)). (P8_TA (2018)0341). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341_EN.pdf.
- EUROPEAN PARLIAMENT. (2021). Report on artificial intelligence: questions of interpretation and application of international law in so far as the EU is affected in the areas of civil and

- military uses and of state authority outside the scope of criminal justice (A9-0001/2021).
Rapporteur: Gilles Lebreton. Committee on Legal Affairs.
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0001_EN.pdf.
- EUROPEAN UNION. (2024). Submission to the United Nations Secretary-General on lethal autonomous weapons systems pursuant to General Assembly Resolution 78/241 – Lethal Autonomous Weapons Systems. [https://docs-library.unoda.org/General_Assembly_First_Committee_-Seventy-Ninth_session_\(2024\)/78-241-EU-EN.pdf](https://docs-library.unoda.org/General_Assembly_First_Committee_-Seventy-Ninth_session_(2024)/78-241-EU-EN.pdf).
- HUMAN RIGHTS WATCH. (2024). *Submission to the United Nations Secretary-General on autonomous weapons systems*. https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2024/05/HRW_UN_AWS_052024_3.pdf.
- ICRC DATABASE. (1899). Treaties, States Parties and commentaries. *Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land*. The Hague, 29 July 1899. Preamble. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-ii-1899/preamble?activeTab=>.
- ICRC DATABASE. (1907). Treaties, States Parties and commentaries. *Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land*. The Hague, 18 October 1907. Preamble. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907/preamble?activeTab=>.
- ICRC DATABASE. (1925). Treaties, States Parties and Commentaries. *Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare*. Geneva, 17 June 1925. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-gas-prot-1925/protocol?activeTab=>.
- ICRC DATABASE. (1980). Treaties, States Parties and Commentaries. *Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects*. Geneva, 10 October 1980. <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/500-IHL-81-EN.pdf>.
- ICRC DATABASE. (1995). Treaties, States Parties and Commentaries. *Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV to the 1980 Convention)*. 13 October 1995. <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/570-IHL-91-EN.pdf>.
- ICRC DATABASE. (1997). Treaties, States Parties and Commentaries. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*. 8 June 1977. <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/470-AP-I-EN.pdf>.
- ICRC. (2010). *Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/icrc_002_0321.pdf
- ICTY. (2000). *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*. United Nations:

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.
<https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. (2024). *Submission on Autonomous Weapon Systems to the United Nations Secretary-General* (ODA-2024-00019/LAWS).
https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/war-and-law/icrc_submission_on_autonomous_weapons_to_unsg.pdf.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (1996). *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Advisory Opinion of 8 July 1996. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.

NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION (NATO). (2022). *Summary of NATO's Autonomy – Implementation Plan*.
https://www.nato.int/cps/ra/natohq/official_texts_208376.htm

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. (2021). *Letter dated 8 March 2021 from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council (S/2021/229)*. March 8, 2021. United Nations. Page 17.
<https://digitallibrary.un.org/record/3905159?v=pdf>.

UNITED NATIONS. (2017). *Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (A/CONF.229/2017/8)*. United Nations General Assembly.
<https://docs.un.org/en/A/CONF.229/2017/8>.

UNITED NATIONS. (2019). *Annex III: Guiding Principles affirmed by the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems (CCW/MSP/2019/9)*. Meeting of the High Contracting Parties to the Convention on Certain Conventional Weapons. Geneva, 2019.
<https://digitallibrary.un.org/record/3856241?v=pdf>.

UNITED NATIONS. (2023). *Resolution adopted by the General Assembly on 22 December 2023: 78/241. Lethal autonomous weapons systems (A/RES/78/241)*. General Assembly, Seventy-eighth session, Agenda item 99: General and complete disarmament. United Nations.
https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://docs.un.org/A/RES/78/241&ved=2ahUKEwix-sejh56MAxWBVKQEHaafNUYQFnoECBoQAQ&usg=AOvVaw1_GNPbt5ZgyFyYhzNHHL37.

UNITED NATIONS. (2024). *Chair's summary – Second 2024 session of the GGE on LAWS: Submitted by the Chairperson (CCW/GGE.1/2024/WP. 11)*. Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems. Convention on Certain Conventional Weapons. Geneva: United Nations.
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g24/181/91/pdf/g2418191.pdf>.

UNITED NATIONS. (2024). *Existing International Humanitarian Law Applicable to Lethal Autonomous Weapon Systems* (CCW/GGE.1/2024/CRP. 3). Group of Governmental

Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons System. Convention on Certain Conventional Weapons (CCW). Geneva: United Nations. [https://docs-library.unoda.org/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_Group_of_Governmental_Experts_on_Lethal_Autonomous_Weapons_Systems_\(2024\)/CCW_GGE1_2024_CRP.3.pdf](https://docs-library.unoda.org/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_Group_of_Governmental_Experts_on_Lethal_Autonomous_Weapons_Systems_(2024)/CCW_GGE1_2024_CRP.3.pdf).

UNITED NATIONS. (2024). *Lethal autonomous weapons systems: Report of the Secretary-General (A/79/88)*. General Assembly. Seventy-ninth session. Item 98 (ss). General and complete disarmament: lethal autonomous weapons. <https://docs.un.org/en/a/79/88>.

**O conceito uniforme de tempo de trabalho na União
Europeia**

Qual o papel da contratação coletiva?

Pedro Filipe Marmelo Vieira

Sob orientação da Professora
Doutora Catarina de Oliveira Carvalho

Aos meus pais, Armando e Cristina, porque o vosso orgulho é tudo o que anseio.
Ao meu irmão Diogo, porque serás sempre uma referência.
Aos meus avós, São, Lurdes, Manel e Raul, porque fazem parte da minha essência.
À Andreia, porque respiras a vida que gosto que seja nossa.

Agradecimentos

À Professora Doutora Catarina de Oliveira Carvalho, pela constante disponibilidade e pela forma clara e exigente com que transmitiu o seu conhecimento e orientação. Desde a primeira aula de Direito do Trabalho – Relações Coletivas, no segundo ano da licenciatura, despertou em mim uma verdadeira paixão por esta área, tendo eu o privilégio de contar com a sua presença e influência até ao último ponto final desta Dissertação.

À Professora Doutora Milena da Silva Rouxinol, por ter sido decisiva no meu terceiro ano da licenciatura, ao tornar evidente que o meu futuro profissional passaria, inevitavelmente, pelo Direito do Trabalho.

À Morais Leitão, por ter tornado possível o desenvolvimento deste estudo enquanto concretizo, em paralelo, o sonho de me tornar Advogado. Em especial, à Dra. Paula Ponces Camanho, ao Dr. José Amorim, à Dra. Filipa Godinho Duarte e à Dra. Catarina Carvalho Oliveira, pelas discussões tão profícuas que tanto contribuíram para o aprofundamento desta matéria.

Aos meus pais, por, mais uma vez, me terem oferecido todas as condições indispensáveis para continuar este meu percurso académico. A vossa dedicação, sacrifício e amor incondicional foram a principal inspiração sobre a qual construí cada passo deste trabalho. Ao meu pai, por sempre projetar em mim a excelência que acreditava que eu podia alcançar. À minha mãe, por me lembrar que há forças que nos tocam de forma única e nos fazem seguir em frente nos momentos mais difíceis.

À Andreia, pelo apoio imensurável e pela presença constante ao longo de todo este processo. Desde a requisição de manuais e artigos na Biblioteca, enquanto trabalhava, até às longas horas partilhadas na análise de cada detalhe dos nossos estudos. A sua ajuda foi, para mim, muito mais do que prática: foi um gesto de carinho, amor e compromisso que me acompanhou em cada página escrita. É um facto – o amor transcende as maiores realidades que conseguimos conceber enquanto humanos.

Aos meus amigos, pelo apoio incondicional e por terem sido fundamentais nos momentos mais exigentes, trazendo leveza e alegria à vida quando mais precisei.

Resumo

O conceito de tempo de trabalho adotado pelo legislador português resulta da transposição do previsto na Diretiva 2003/88/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro. No entanto, face à interpretação seguida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ao longo das últimas décadas, o alcance deste conceito tem evoluído, levantando a questão de saber se o artigo 197.º do Código do Trabalho continua a estar em conformidade com o Direito da União Europeia.

Assim, no presente estudo propõe-se analisar a evolução histórica da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre esta matéria, identificando os desafios decorrentes da consagração de uma conceção binária do tempo de trabalho, em particular a sua compatibilidade com outro Tratado internacional ratificado pelo Estado português: a Carta Social Europeia Revista.

Adicionalmente, serão exploradas novas questões emergentes do confronto entre a mais recente jurisprudência do Tribunal de Justiça e o ordenamento jurídico português: poderão os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho consagrar conceitos menos restritivos de tempo de trabalho? Que margem de manobra terá, afinal, o Estado português, na definição deste conceito?

Palavras-chave: conceito de tempo de trabalho; Diretiva 2003/88/CE; períodos de chamada; contratos coletivos de trabalho; portarias de extensão.

Abstract

The concept of working time adopted by the Portuguese legislator results from the transposition of the provisions set out in Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November. However, given the interpretation followed by the Court of Justice of the European Union over the past decades, the scope of this concept has evolved, raising the question of whether Article 197 of the Labour Code remains in compliance with European Union law.

Thus, this study aims to analyse the historical evolution of the Court of Justice's case law on this matter, identifying the challenges arising from the adoption of a binary conception of working time, particularly its compatibility with another international treaty ratified by the Portuguese State – the Revised European Social Charter.

Furthermore, new issues emerging from the interaction between the Court of Justice's most recent case law and the Portuguese legal system will be explored: can collective bargaining instruments establish less restrictive concepts of working time? Ultimately, what degree of discretion does the Portuguese State have in defining this concept?

Keywords: concept of working time; Directive 2003/88/EC; on-call periods; collective bargaining instruments.

Nota prévia de leitura

Neste trabalho, adotou-se o sistema autor-data para as citações, o que significa que as referências bibliográficas são indicadas pelo último apelido do Autor seguido do ano de publicação, como em: “Nome do Autor (ano)”. As referências completas encontram-se na lista final de bibliografia, organizada por ordem alfabética, que inclui todas as obras consultadas e efetivamente utilizadas para a realização deste estudo.

Em relação às decisões jurisprudenciais, optamos por não incluir o número do processo diretamente no corpo do texto. Em vez disso, elaboramos uma lista final de jurisprudência, organizada por ordem cronológica, que apresenta as fontes correspondentes. Neste sentido, as decisões do Tribunal de Justiça serão identificadas pelo nome que lhes foi atribuído e as decisões dos Tribunais nacionais da seguinte forma: “(Tribunal), (data da decisão), (Relator)”, com exceção dos acórdãos do Tribunal Constitucional que são mencionados pelo respetivo número e data.

Todas as traduções são da autoria do autor desta dissertação. Foram tidas apenas em consideração a doutrina, jurisprudência e demais recursos disponíveis até dia 31 de março de 2025.

Lista de abreviaturas e siglas

Ac(s).	Acórdão(s)
AG	Advogado Geral
al.	alínea
Art./arts.	Artigo/ artigos
BTE	Boletim do Trabalho e Emprego
CC	Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, com as sucessivas alterações
CCt	Contrato Coletivo de Trabalho
CCT	Convenção(ões) Coletiva(s) de Trabalho
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDS	Comité Europeu dos Direitos Sociais
CEE	Comunidade Económica Europeia
Cfr.	Confrontar
Cit.	Citação
Coord.	Coordenação
CRP	Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de 10 de abril de 1976, com as sucessivas revisões
CSER	Carta Social Europeia Revista
CT	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, atualizado de acordo com as sucessivas alterações
Ed/Eds.	Editor/Editores
EFTA	European Free Trade Association ou Associação europeia de comércio livre, em português
EM	Estado(s)-Membro(s)
FMI	Fundo Monetário Internacional
IRCT	Instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho
N.º/n.ºs	Número/números
OIT	Organização Internacional do Trabalho
p./pp.	página/páginas
PE	Portaria(s) de extensão
PME	Pequenas e Médias Empresas
Proc.	Processo
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE	Tratado da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça (União Europeia)
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
<i>Vd.</i>	<i>vide</i> (ver)
Vol.	Volume

Índice

Introdução	10
1. O conceito de tempo de trabalho no Direito da EU	11
1.1. O fim declarado da UE em matéria de tempo de trabalho	11
1.2. A preferência por um sistema binário	12
1.3. A concretização do conceito de “tempo de trabalho”	13
1.4. Períodos de chamada – A evolução histórica da jurisprudência do TJ	16
2. O tempo de trabalho no direito nacional	20
2.1. O Código do Trabalho	20
2.2. A influência do Direito da EU	21
2.3. A (in)compatibilidade do Direito Europeu	24
3. O art. 197.º n.º 2 al. a) CT e a sua conformidade em face da Diretiva 2003/88/CE	27
3.1. A legitimidade da contratação coletiva para definir o conceito de tempo de trabalho	27
3.2. Outras possíveis implicações da interpretação conforme ao Direito da EU	31
4. A outra face da Diretiva 2003/88/CE	32
4.1. A natureza jurídica das PE	32
4.2. A razão de ser das PE e os seus efeitos	34
4.3. A influência da defesa da concorrência no conceito de tempo de trabalho	36
Conclusão	38
Lista bibliográfica	39
Lista de jurisprudência	43

Introdução

O conceito de tempo de trabalho assume um papel crucial na regulamentação laboral da UE, refletindo a necessidade de conciliar a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores com a flexibilidade organizacional das empresas. Neste contexto, a presente dissertação procurará determinar se a legislação nacional, nomeadamente o art. 197.º CT, está em conformidade com o conceito de tempo de trabalho adotado pelo legislador europeu através da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4/11, ou se deve, pelo menos, ser interpretado de forma restritiva. A jurisprudência do TJ tem sido determinante na concretização deste conceito transposto para os ordenamentos jurídicos dos EM. Assim, através destas decisões serão estudadas as suas concretizações e limites, os tipos de períodos considerados relevantes para essa qualificação, a evolução histórica da interpretação adotada pelo TJ, os respetivos fundamentos e o impacto dessas decisões nos ordenamentos jurídicos nacionais, com especial enfoque no caso português. A CRP prevê que o direito da UE é aplicável em Portugal nos termos definidos pelo próprio direito da UE (art. 8.º n.º 4), o que inclui o princípio do primado, nos termos declarados pelo TJ¹. Por essa razão, o conhecimento da respetiva jurisprudência é essencial para a compreensão integral da matéria.

Neste sentido, analisaremos as possíveis alterações ao papel da contratação coletiva na definição deste conceito, em especial se as partes estão legitimadas a estabelecer um conceito menos restritivo. Independentemente da conclusão a que cada um chegue, o impacto das decisões do TJ no ordenamento jurídico português impõe a consideração do instituto das PE. Olharemos à sua natureza jurídica, às suas vantagens e desvantagens, e ao impacto que estas podem ter na concorrência entre as empresas no âmbito do mercado interno da UE, um dos principais objetivos que as instâncias europeias visam prosseguir e que poderá conflitar com outro valor essencial que a Diretiva pretende salvaguardar: a segurança e a saúde dos trabalhadores no espaço da UE.

Ao longo da dissertação, teremos ainda a oportunidade de escrutinar o cumprimento da legislação nacional relativamente a outras convenções internacionais ratificadas pelo Estado Português, em especial a CSER, e de avaliar se (ainda) será possível a conciliação entre o Direito da UE e este instrumento fundamental em matéria de direitos sociais emanado pelo Conselho da Europa.

¹ Martins, 2017, pp. 52 ss.

1. O conceito de tempo de trabalho no Direito da UE

1.1. O fim declarado da UE em matéria de tempo de trabalho

O art. 153.º TFUE prevê que a UE deve apoiar e complementar a ação dos EM com vista à melhoria do ambiente de trabalho, com o objetivo de proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores. Deste modo, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a Diretiva 2003/88/CE² (doravante, Diretiva), que revogou e substituiu a Diretiva 93/104/CE³⁻⁴.

O preâmbulo da Diretiva estabelece desde o início que o seu principal objetivo é clarificar todo o normativo emanado pela UE no que respeita às prescrições mínimas⁵ de segurança e de saúde em matéria de organização do tempo de trabalho⁶. Este ponto assume uma importância fundamental, uma vez que o TJ, de forma consistente, fundamenta as opções hermenêuticas que adota em considerações de ordem teleológica, tendo sempre em vista a proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores⁷. Por outro lado, o seu âmbito de aplicação é abrangente, uma vez que se aplica quer a entidades públicas, como também a entidades privadas. Apesar das numerosas derrogações previstas⁸ (arts. 18.º ss.), a Diretiva admite o princípio *favor laboratoris*⁹ (art. 15.º), que se traduz na proteção mais favorável aos trabalhadores, caso a legislação nacional assim o permita¹⁰.

Contudo, há uma outra finalidade¹¹, não expressamente declarada, mas que permite compreender certas opções legislativas adotadas pelo legislador europeu. Esta

² Leccese, 2018, p. 1289; Risak, 2014, p. 387.

³ Sem prejuízo da essencialidade da Diretiva 93/104/CE do Conselho, de 23/11, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, as preocupações da UE em matéria de duração do tempo de trabalho recuam a 1975, então CEE, com a Recomendação 75/457/CEE do Conselho, de 22/07, relativa ao princípio da semana de quarenta horas e ao princípio das quatro semanas anuais de férias pagas. Sem prejuízo disto, o conceito de tempo de trabalho é uma referência invocada desde a Convenção n.º 30 da OIT, de 28/08/1930 (Rocha, 2018, p. 36).

⁴ A Diretiva 93/104/CE foi ainda alterada pela Diretiva 2000/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 2000, a fim de abranger os sectores e atividades excluídos dessa diretiva.

⁵ Estas prescrições aplicam-se aos períodos de descanso diário, pausas, descanso semanal, tempo máximo de trabalho semanal, férias anuais e a certos aspetos do trabalho noturno, do trabalho por turnos e do ritmo de trabalho (cfr. Cordeiro, 2018, p. 232).

⁶ A interação entre a regulação do tempo de trabalho e a segurança e saúde laborais foi afirmada, perentoriamente, pela primeira vez, pelo TJ no caso *Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte vs. Conselho da União Europeia*. Neste ac., o TJ deixa claro que os aspetos relativos à limitação e organização do tempo de trabalho se incluíam no âmbito do art. 118.º-A TUE (com este preceito, inscreveu-se a *melhoria do ambiente de trabalho, em ordem à proteção da saúde e segurança dos trabalhadores no quadro dos objetivos da Comunidade*).

⁷ Rouxinol & Vicente, 2023, p. 803.

⁸ As exclusões para que remete o art. 1.º são interpretadas restritivamente pelo TJ à luz da primeira parte do n.º 2, não sendo suficiente estarmos perante uma atividade das aí elencadas para afirmar a exceção, tendo de existir particularidades inerentes a essa atividade que a tornem incompatível com os objetivos de proteção de segurança e saúde (Cfr. caso *Pfeiffer*).

⁹ Sobre a essência deste princípio cfr. Cordeiro, 2018, pp. 336 ss.

¹⁰ Fernandes, 2018, p. 12.

¹¹ Demonstrativo de outras finalidades prosseguidas, *vd.* Xavier, 2020, p. 519: “num primeiro momento, as intervenções legislativas relativamente ao tempo de trabalho focaram-se, essencialmente, na tutela da saúde e segurança do trabalhador (...) Ao longo do tempo, outras dimensões foram adquirindo relevância, como a

está relacionada com a necessidade de harmonização numa matéria determinante para a competitividade empresarial¹². Embora esta última finalidade possa parecer secundária, importa destacar que poderá revelar-se um ponto crucial na conclusão do estudo em questão, especialmente quando se trata de analisar o impacto da Diretiva no equilíbrio entre os direitos sociais e a concorrência económica no mercado interno da UE¹³.

Ainda quanto às fontes de Direito da UE com influência na matéria¹⁴, o art. 31.º CDFUE (*condições de trabalho justas e equitativas*) consagra também que: “todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas” e que “todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima de trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas”¹⁵.

1.2. A preferência por um sistema binário

O art. 2.º da Diretiva define “tempo de trabalho” como “qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua atividade ou das suas funções, de acordo com a legislação e/ou prática nacional”. De seguida, o legislador define pela negativa o que se deve considerar por “tempo de descanso”, consagrando assim uma conceção binária de tempo de trabalho¹⁶, não havendo espaço para quaisquer categorias intermédias¹⁷, não existindo, portanto, à luz do direito da UE, tempos de terceiro tipo¹⁸. Referimo-nos a uma conceção binária do conceito de tempo de trabalho porque do confronto entre ambos os conceitos anteriormente enunciados concluímos que “tudo o que não for qualificado como tempo de trabalho será considerado período de descanso”¹⁹.

libertação de tempo para o desenvolvimento da personalidade do trabalhador e a necessidade de conciliação entre o trabalho e a vida familiar, social e cívica. Mais recentemente, em momentos de crise económica e de maior escassez de postos de trabalho, a disciplina do tempo de trabalho dirigiu-se também à partilha do emprego disponível”. No mesmo sentido, Moreira, 2024, p. 170.

¹² Na medida em que o tempo de trabalho constitui um dos principais instrumentos a que se tem recorrido para permitir às empresas enfrentarem a mundialização da atividade produtiva (Carvalho, 2011, p. 328).

¹³ Note-se, ainda assim, que o próprio preâmbulo da Diretiva prevê no seu ponto 4 o seguinte: “A melhoria da segurança, da higiene e de saúde dos trabalhadores no trabalho constitui um objetivo que não se pode subordinar a considerações de ordem puramente económica”.

¹⁴ No caso dos EM fazerem uso das cláusulas “opt out” de modo a se autoexcluírem, total ou parcialmente, da Diretiva, o art. 31.º poderá ser o único instrumento de Direito da UE a que os trabalhadores poderão recorrer para se oporem a uma legislação nacional que não garanta o direito à limitação da duração máxima do tempo de trabalho (Ales, 2018, p. 1207).

¹⁵ Para mais desenvolvimentos, por exemplo, *vd.* Ramalho, 2013, pp. 375 ss.

¹⁶ Rouxinol & Vicente, 2023, p. 803.

¹⁷ Exclui-se, à luz do art. 14.º da Diretiva, os trabalhadores que exercem atividades móveis de transporte rodoviário, aos quais é aplicada a Diretiva 2002/15/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11/03, que consagra um tempo de disponibilidade.

¹⁸ No que respeita aos conceitos de tempo de trabalho e de descanso não se verificou nenhuma alteração substancial com a revogação das anteriores diretivas.

¹⁹ Carvalho, 2017, p. 281.

De facto, a construção dicotômica da Diretiva sempre foi muito criticada²⁰, uma vez que existem circunstâncias que, inevitavelmente, não se enquadram nos conceitos em questão, parecendo exigir uma regulamentação específica. Nesse sentido, chegaram mesmo a ser apresentadas propostas de revisão²¹, onde se reconheciam “tempos de terceiro tipo”²² – o “tempo de permanência”²³ e o “período inativo do tempo de permanência”²⁴. Estes “tempos de terceiro tipo” constituem, assim, uma figura híbrida entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso. Nestas situações enunciadas, o trabalhador não está efetivamente a usufruir do seu direito ao descanso, mas também não existe trabalho efetivo. No entanto, o trabalhador permanece disponível para, a qualquer momento e caso seja necessário, ser chamado pelo empregador a prestar a sua atividade. É precisamente essa disponibilidade para o exercício da atividade, mesmo fora do local de trabalho, que caracteriza os sistemas de prevenção. Estamos, assim, a referir-nos aos regimes de disponibilidade que serão tratados posteriormente.²⁵

1.3. A concretização do conceito de “tempo de trabalho”

Pese embora os elementos constitutivos do conceito de “tempo de trabalho” adotados²⁶ atualmente pelo TJ – i) critério espacial; ii) critério de autoridade; e iii) critério profissional – o TJ esclarece que se trata de um conceito geral de Direito da UE, devendo ser definido “segundo características objetivas, tomando-se por referência o sistema e a finalidade da referida diretiva”²⁷. Acrescenta ainda que “só essa interpretação autónoma é suscetível de assegurar a essa diretiva a plena eficácia, bem como uma aplicação uniforme do referido conceito no conjunto dos EM”. Esta afirmação reveste-se de grande importância prática, uma vez que, nos termos da definição prevista no art. 2.º da Diretiva, o conceito de “tempo de trabalho” parecia ficar condicionado à concordância da “legislação e/ou prática nacional”.

Com esta conclusão do TJ, cai a argumentação apresentada pelo Governo do Reino Unido, no caso *SIMAP*, segundo a qual a remissão para a legislação e/ou práticas nacionais, que figura na definição de “tempo de trabalho”, impede uma interpretação do

²⁰ Sobre a preferência pela adoção de categorias intermédias, *vd.* Sousa & Moreira, 2018, p. 204.

²¹ COM (2004) 607 final; COM (2005) 246 final. Sobre o assunto, *cfr.* Ferrandans, 2006, pp. 120 ss.

²² São realidades que assim foram qualificadas por *Emmannuele Ray*, tendo esta denominação sido entre nós adotada por Mendes Baptista (Baptista, 2002, p. 43).

²³ Considerando que as propostas de revisão da Diretiva entrariam em confronto direto com a jurisprudência do TJ, *vd.* Alves, 2011, p. 230 e Rocha, 2018, p. 42.

²⁴ Este último período só seria considerado como tempo de trabalho se assim estivesse expressamente previsto nas legislações nacionais ou consagrado em convenções coletivas de trabalho.

²⁵ Também podem ser designados por regimes de prevenção, assistência, à chamada ou “on call”.

²⁶ *Christophe Vigneau*, p. 220, *apud* Carvalho, 2017, p. 289.

²⁷ Caso *SIMAP* e ainda caso *Jaeger*.

preceito “que tenha por efeito limitar excessivamente a possibilidade de os EM intervirem nesta matéria”.²⁸

Assim, do conceito evidenciam-se três critérios essenciais²⁹ a ter em consideração aquando da delimitação do tempo de trabalho: a prestação de trabalho efetivo, a disponibilidade do trabalhador para a prestação da atividade e o trabalhador encontrar-se no exercício das suas funções. A enunciação dos critérios nem sempre é a mais clara³⁰, suscitando-se dúvidas quanto à necessidade de estarem preenchidos cumulativamente os três elementos identificados³¹. A questão tem sido amplamente debatida pelo TJ, embora as conclusões permaneçam controversas. Por um lado, o Tribunal tem sempre a preocupação de verificar se os três elementos estão preenchidos³²; por outro, existem AG³³ que têm defendido que uma interpretação nesse sentido não é compatível com os objetivos e a finalidade da Diretiva. Ao analisarmos o preceito, especialmente a redação portuguesa da Diretiva³⁴, constatamos que o legislador utiliza uma conjunção disjuntiva entre os dois primeiros elementos e, posteriormente, uma cumulativa, o que indicia que os dois primeiros critérios são alternativos, mas devem ser cumulados com o terceiro³⁵. Como bem observa Mendes Baptista³⁶, considerar que os critérios são cumulativos levantaria um problema na articulação entre o conceito de tempo de trabalho efetivo e o de disponibilidade, uma vez que estes, pela sua própria natureza, são incompatíveis entre si. Adotar essa posição implicaria excluir da noção de tempo de trabalho todas as atividades realizadas pelo trabalhador fora do local de trabalho, bem como os períodos em que o trabalhador se encontra no seu posto, mas sem desempenhar ativamente a sua função, apesar de permanecer disponível para tal.

O primeiro critério, denominado “critério espacial”³⁷, estabelece que o trabalhador deve encontrar-se no seu posto de trabalho ou noutro local indicado pelo empregador³⁸. Não obstante a existência de condições de descanso disponibilizadas pelas entidades

²⁸ Carvalho, 2017, p. 301.

²⁹ Como refere a doutrina, é pacífica a questão de que estão em causa três requisitos autónomos (Rocha, 2018, p. 38).

³⁰ Rouxinol & Vicente, 2023, p. 809.

³¹ Gomes, 2007, p. 655; Carvalho, 2017, p. 284; Galdeano, 2013, pp. 145 ss.

³² Neste sentido, a Comissão Europeia e todos os EM que intervieram no caso *SIMAP* defenderam que os três requisitos deveriam estar cumulativamente preenchidos.

³³ Nas conclusões apresentadas no caso *SIMAP*, o AG *Saggio* considera que a aplicação conjunta dos três critérios utilizados se concilia mal com a *ratio* da Diretiva: assegurar aos trabalhadores um tempo razoável de descanso (Conclusões do AG *Saggio*, apresentadas a 16/12/1999, ECLI:EU:C:1999:621). Sem prejuízo disto, no caso *Tyco*, o AG *Yves Bot* parte do pressuposto que os três elementos têm de estar cumulativamente preenchidos (Conclusões apresentadas a 11/06/2015, ECLI:EU:C:2015:391).

³⁴ O mesmo não se verifica nas versões inglesa, francesa, espanhola, italiana ou alemã.

³⁵ Sobre este aspeto, *vd.* Gomes, 2007, p. 655 e Martins, 2018, p. 37.

³⁶ Baptista, 2002, p. 39. Por outro lado, há quem considere necessário verificar-se cumulativamente os dois primeiros requisitos (Rocha, 2018, p. 38).

³⁷ Assim identificado pelo AG *Bot* nas conclusões identificadas *supra*, ponto 33.

³⁸ Foi assim que no caso *SIMAP*, o TJ considerou o critério preenchido no caso do tempo dedicado à atividade de guarda no estabelecimento de saúde.

empregadoras – processo C-151/02 (*Jaeger*) – o relevante, para este efeito, está na “adstrição física dos trabalhadores ao local de trabalho”, em linha com o decidido no processo C-397/01 (*Pfeiffer*), ou no processo C-437/05 (*Vorel*)³⁹.

O segundo critério, de natureza qualitativa⁴⁰, refere-se à situação em que o trabalhador, estando à disposição do empregador, se submete ao seu poder de direção⁴¹. Durante este período, o trabalhador deve cumprir as instruções do empregador, estando disponível para iniciar imediatamente as suas funções, se necessário⁴². É, portanto, imprescindível que o trabalhador esteja fisicamente presente no local de trabalho ou noutro local determinado pelo empregador, pois, de facto, no ac. *Tyco*, foi com base na circunstância de os trabalhadores receberem um itinerário para as suas deslocações e não poderem dispor livremente do seu tempo durante esse período que se considerou verificado que “os trabalhadores estavam à disposição do empregador”⁴³. Deste modo, quando se verificar que os trabalhadores têm a possibilidade de gerir o seu tempo de forma autónoma, sem grandes limitações, e podem dedicar-se aos seus próprios interesses, conforme determinado no ac. *SIMAP*, isso é um indicativo de que o período em questão não deve ser considerado como tempo de trabalho⁴⁴.

Finalmente, o último critério, também denominado “critério profissional”⁴⁵, exige que o trabalhador esteja no exercício da sua atividade ou das suas funções⁴⁶. O critério deverá ser interpretado à luz do princípio de tutela da profissionalidade⁴⁷, e por isso, podemos concluir, também da jurisprudência do TJ⁴⁸, que a intensidade da atividade desempenhada pelo trabalhador não é relevante para a qualificação de um determinado período como tempo de trabalho, uma vez que esta pode, em certos casos, resultar da própria natureza da atividade exercida. Como destaca Catarina Carvalho⁴⁹, este requisito, numa interpretação literal, poderia ser reconduzível ao critério do trabalho

³⁹ No caso *Tyco* foi salientado que a determinação desse local não tem de ser coincidente com o local de trabalho, relevante será que o trabalhador se encontre à disposição para fornecer de imediato as prestações adequadas, em caso de necessidade.

⁴⁰ Martins, 2022, p. 201.

⁴¹ Rouxinol & Vicente, 2023, p. 809.

⁴² “Cuida-se, em substância, de um elemento de autoridade, que não existe quando se está perante um tempo de descanso” (Martins, 2018, p. 40).

⁴³ No ac. *Vorel*, o TJ afirmou o seguinte: “as Diretivas 93/104 e 2003/88 não se opõem à aplicação, por parte de um EM, de uma legislação que, para efeitos de remuneração do trabalhador e relativamente às permanências por ele realizadas no próprio local de trabalho, tome em conta de forma diferente os períodos em que são realmente realizadas prestações de trabalho e aqueles durante os quais nenhum trabalho efetivo é realizado”. De facto, este entendimento do TJ mostra-se de acordo com o art. 153.º n.º 5 TFUE, segundo o qual o disposto neste art. não é aplicável às remunerações. Assim, o direito da UE não impede que a lei portuguesa qualifique como tempo de trabalho os períodos de prestação efetiva de trabalho e os períodos de prevenção assegurados em regime de presença no local de trabalho e, de seguida, estabeleça regimes remuneratórios diferentes para cada um. Contra essa implementação (Fernandes, 2012, p. 29).

⁴⁴ Martins, 2018, p. 40.

⁴⁵ Conclusões do AG *Yves Bot*, identificadas *supra*, ponto 31.

⁴⁶ Rouxinol & Vicente, 2023, p. 809.

⁴⁷ Martins, 2018, p. 41 e Gomes, 2007, pp. 99-100.

⁴⁸ Cfr. parágrafo 48 do caso *SIMAP*.

⁴⁹ Carvalho, 2017, p. 290.

efetivo, logo o TJ, com fundamento no escopo da Diretiva, seguiu uma interpretação teleológica.

Neste sentido, visto que a intensidade das atividades realizadas e as suas interrupções não são consideradas relevantes, não há fundamento para excluir deste critério situações em que o trabalhador esteja presente no local de trabalho e disponível para exercer as suas funções⁵⁰. De facto, esta interpretação extensiva do terceiro requisito dificulta a sua distinção em relação ao critério da disponibilidade, conduzindo à conclusão de que o cumprimento dos dois primeiros pressupostos seria, por si só, suficiente. Assim, há quem considere que uma vez verificados os primeiros dois elementos, dever-se-á presumir que o trabalhador se encontra no exercício da sua atividade⁵¹.

1.4. Períodos de chamada – A evolução histórica da jurisprudência do TJ

Questão diversa e de difícil qualificação corresponde aos períodos de chamada porque são situações em que o trabalhador não tem de estar presente no local de trabalho, embora tenha de estar disponível para responder à chamada e apresentar-se ao serviço em caso de necessidade⁵². O TJ foi, por diversas vezes⁵³, confrontado com a temática da qualificação dos “tempos de terceiro tipo” como tempos de trabalho ou tempos de descanso, sendo, assim, pertinente conhecer algumas das suas decisões.

No ac. *SIMAP* o TJ traça a linha que vai seguir ao longo da década seguinte⁵⁴: se os trabalhadores têm que estar presentes no local de trabalho mesmo que não estejam a exercer a atividade para o qual foram contratados, esse período será considerado como tempo de trabalho⁵⁵, assumindo-se que, ainda nessas condições, estão esses trabalhadores no exercício das suas funções⁵⁶; se, pelo contrário, os trabalhadores estão em regime de chamada, esse período não será qualificado como tempo de trabalho por se considerar existir por parte desses trabalhadores uma maior autodisponibilidade.

⁵⁰ Em sentido contrário, na jurisprudência nacional, ac. TRP de 02/07/2011 (Machado da Silva): o período de permanência de 45 minutos para preparação de abertura da sala de jogos ou mudança de turno não foi considerado tempo de trabalho.

⁵¹ *Christophe Vigneau*, p. 221, *apud* Carvalho, 2017, p. 290.

⁵² Carvalho, 2017, p. 292.

⁵³ Cfr. casos *SIMAP*, proc. C-303/98, ac. de 03/10/2000; *Jaeger*, proc. C-151/02, ac. de 09/09/2003; *Pfeiffer*, procs. C-397/01 a C-403/01, acs. de 05/10/2004; *Dellas*, proc. C-14/04, ac. de 01/12/2005; *Matzak*, proc. C-518/15, ac. de 21/02/2018; *Radiotelevizija Slovenija*, proc. C-344/19, ac. de 09/03/2021; *Stadt Offenbach am Main*, proc. C-580/19, ac. de 09/03/2021.

⁵⁴ *Infra* será explicitada a razão pela qual esta linha de pensamento não seja, atualmente, rigorosamente seguida.

⁵⁵ Baptista, 2024, p. 104.

⁵⁶ No caso *Jaeger* levantou-se também a questão de saber se o período de prestação de serviço de urgência interna, mesmo quando o trabalhador tem permissão para dormir, deve ser considerado como tempo de trabalho para efeitos da Diretiva. O TJ, seguindo a linha de raciocínio adotada no processo *SIMAP*, concluiu que esse período deve ser classificado como tempo de trabalho.

Na doutrina, Júlio Gomes⁵⁷ destaca que, à luz desta construção dicotómica, é difícil sustentar que os períodos de disponibilidade fora do local de trabalho não sejam classificados como tempo de descanso. Sublinha que, em certos casos, esta classificação se revela inevitável, o que leva a questionar a necessidade de criar uma terceira categoria de natureza intermédia - os chamados “tempos de terceiro tipo” — com o objetivo de reforçar a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores⁵⁸.

Ora, o TJ seguia esta interpretação porque à luz dos três critérios que definem o conceito de “tempo de trabalho”, os períodos em que os trabalhadores se encontram à chamada não preenchiam o primeiro e o terceiro critérios. Embora o TJ não se referisse expressamente aos mesmos como períodos de descanso, atendendo à conceção binária adotada pelo legislador europeu, estes reconduziam-se automaticamente a esta categoria⁵⁹. De facto, este foi o *iter* argumentativo seguido pelo TJ até ao ac. *Matzak*^{60 61}. Vejamos o que sucedeu neste caso⁶².

O Sr. Matzak, sapador de bombeiros, pese embora não estivesse obrigado a estar em permanência no quartel dos bombeiros, este estava obrigado a apresentar-se, quando chamado, num período não superior a oito minutos⁶³. O TJ foi, por isso, questionado pelos órgãos jurisdicionais belgas se este período em que o trabalhador se encontra à chamada deveria ser qualificado como tempo de descanso, em linha com a jurisprudência já consagrada do TJ, ou se, pelo contrário, a necessidade do trabalhador ter de se apresentar em oito minutos no local de trabalho poderia ter alguma influência quanto à qualificação daquele período à chamada⁶⁴.

O TJ inicia a discussão em causa com uma breve explicação daquilo que foi a jurisprudência até então consagrada por referência aos acs. *Simap* e *Jaeger*, onde se afirmava que os conceitos de “tempo de trabalho” e “período de descanso” se excluem mutuamente, e rapidamente enumera as várias especificidades do caso em concreto: “R.

⁵⁷ Gomes, 2007, pp. 660-661.

⁵⁸ Neste sentido, Baptista, 2002, pp. 41-43, e Cardoso, 2009, p. 288.

⁵⁹ Sem prejuízo de o AG *Saggio*, no caso *SIMAP*, ter afirmado que esses períodos à chamada não podem ser qualificados como tempo de descanso, uma vez que os trabalhadores, por terem de estar contactáveis, não possuem uma disponibilidade total e absoluta do seu próprio tempo (Conclusões do AG *Saggio*, ECLI:EU:C:1999:621, ponto 38).

⁶⁰ Huybrechts, 2024, p. 278; Silva, 2023, p. 200; Arochena, 2022, p. 8.

⁶¹ Irei-nos centrar no ac. que se mostrou disruptivo em face da jurisprudência até então consagrada, mas, posteriormente, existiram outras decisões do TJ no seguimento daquela aqui consagrada, como por exemplo: o caso *XR* e o caso *Stadt Offenbach am Main*.

⁶² Para uma breve análise do ac., cfr. Reis, 2018, pp. 15 ss.

⁶³ Nos termos do ac., todos os membros do pessoal voluntário que exerciam funções no quartel de Nivelles deveriam “permanecer sempre a uma distância do quartel que permita que o período necessário para chegar a esse local, em condições normais de circulação, não exceda um máximo de oito minutos”.

⁶⁴ Referimo-nos à seguinte questão prejudicial: “Opõe-se a [Diretiva 2003/88] a que o tempo de prevenção seja considerado tempo de trabalho quando, apesar de a prevenção se realizar no domicílio do trabalhador, os constrangimentos impostos a este durante a prevenção (como a obrigação de responder às chamadas da entidade patronal num prazo de 8 minutos), restringem significativamente as possibilidades de outras atividades?”.

Matzak não devia estar contactável unicamente nos seus períodos de prevenção. Este estava, por um lado, obrigado a responder às chamadas da sua entidade patronal num prazo de 8 minutos e, por outro, obrigado a estar fisicamente presente no local determinado pela entidade patronal. Todavia, esse lugar era o domicílio de R. Matzak e não, como nos litígios que deram origem à jurisprudência citada (...), o seu local de trabalho”. Neste seguimento, conclui que os constrangimentos em causa “podem limitar de maneira objetiva as possibilidades de um trabalhador que se encontra nas condições de R. Matzak se dedicar aos seus interesses pessoais e sociais” durante o período de prevenção.

O TJ foi sensível às particularidades do caso⁶⁵ e conclui que o tempo de autodisponibilidade, isto é, de existir uma margem significativa de o trabalhador poder dispor do seu tempo de acordo com as suas necessidades, característica essencial dos períodos à chamada até então cuidados pelo TJ, neste caso, se mostrava muito reduzido. Assim, à luz deste argumento, o TJ veio qualificar este período de prevenção, fora do local de trabalho, como tempo de trabalho⁶⁶.

Sucedendo que o TJ não se pronunciou sobre os limites ao período de tempo exigido a um trabalhador para se apresentar ao serviço quando chamado para efeitos de qualificação desse tempo de prevenção como tempo de trabalho, o que ficou definido, única e exclusivamente, é que o período de oito minutos não seria suficiente para excluir esse período de chamada ao conceito de tempo de trabalho.

Deste modo, verificou-se posteriormente que o TJ⁶⁷, ao ser confrontado com uma situação como a enunciada em que o trabalhador tem um período máximo a apresentar-se no local de trabalho, remete para uma análise casuística⁶⁸ sobre as circunstâncias do caso em concreto para se concluir se essas circunstâncias afetam “objetiva e muito⁶⁹ significativamente a faculdade do trabalhador gerir o seu tempo”⁷⁰.

Neste sentido, foi consagrada uma nova vertente em face do critério espacial anteriormente referido, tendo em conta que a determinação desse local não tem de ser coincidente com o local de trabalho, com uma linha de pensamento similar ao caso do ac. *Tyco*. No ac. *Matzak*, o TJ não se pronunciou no sentido de considerar local de trabalho aquele em que o trabalhador se encontra em regime à chamada, mas não deixou

⁶⁵ No seguimento do que foi proferido pela AG *Eleanor Sharpston*: “é necessário ter atenção à qualidade do tempo utilizado pelo trabalhador quando está nesse tipo de trabalho, avaliando, por exemplo, a possibilidade de este se dedicar aos seus próprios interesses e aos da sua família. É a qualidade do tempo gasto, mais do que propriamente o grau de proximidade ao local de trabalho, que se revela importante neste contexto”.

⁶⁶ European Employment Law Cases, 2018, p. 80.

⁶⁷ *Vd.*, por exemplo, o caso *Radiotelevizija Slovenija* e o caso *Stadt Offenbach am Main*.

⁶⁸ *Infra* será explicitado que fatores, no entender do TJ, deverão ser tidos em conta na apreciação deste tipo de casos.

⁶⁹ Sobre a utilização do advérbio “muito” e a sua relevância, cfr. Martins, 2022, p. 219.

⁷⁰ Esse período “é constrangido em termos não só qualitativos (aquilo que pode fazer), mas também geográficos e temporais (onde pode fazer)” (Sousa & Moreira, 2018, p. 196).

de reconhecer que também esse local, nestas circunstâncias, acaba, ainda que indiretamente, por ser definido pela entidade empregadora pelo facto do trabalhador ter de se apresentar num período reduzido de tempo nas instalações da empresa. Esta “ginástica” argumentativa do TJ para poder concluir que, também nesta situação, o critério espacial estava preenchido, é demonstrativo do entendimento segundo o qual o TJ considera que os critérios constitutivos do conceito de tempo de trabalho devem estar preenchidos cumulativamente. Assim, esta lógica de “imediatez”, quando combinada com a autodisponibilidade do trabalhador, impõe-se que esse tempo seja considerado tempo de trabalho⁷¹.

Sem prejuízo do que foi anteriormente referido, entre todos os processos do TJ relacionados com períodos de disponibilidade, o caso do *Conselho Municipal de Dublin*⁷² revelou que o limiar para qualificar um período de disponibilidade como tempo de trabalho era ainda mais elevado do que se previa⁷³. Este processo dizia respeito a um outro bombeiro, que permanecia de prevenção 24 horas por dia, sete dias por semana, com exceção dos períodos de férias. Durante esse período de disponibilidade, não havia restrições geográficas específicas, exceto a exigência de que o bombeiro conseguisse chegar ao quartel num prazo de cinco a dez minutos em caso de emergência. Nos termos do seu contrato, estava obrigado a responder a 75% das chamadas, o que lhe conferia alguma margem de flexibilidade na escolha do momento de resposta. Um aspeto singular desta situação era o facto de o bombeiro poder exercer outras atividades profissionais, mesmo durante o período em que se encontrava à chamada, desde que não ultrapassassem um total de 48 horas semanais.

O TJ determinou que para a qualificação destes períodos à chamada deveriam ser consideradas as seguintes circunstâncias: o bombeiro não estava obrigado a permanecer num local específico; este apenas tinha de responder a 75% das chamadas; o trabalhador, durante esses períodos, poderia exercer outras atividades profissionais. No entanto, o TJ, contrariamente ao caso *Matzak*, decidiu não atender a outras circunstâncias, nomeadamente o curto prazo de resposta às chamadas e o facto de essa obrigação se aplicar de forma contínua, 24 horas por dia, sete dias por semana, o que, apesar da exigência de resposta a “apenas” 75% das chamadas, representava um encargo significativo. Neste sentido, também pode colocar-se a questão de saber como poderão ser cumpridos os objetivos da Diretiva relativa ao tempo de trabalho, no que concerne à melhoria das condições de segurança e saúde dos trabalhadores, quando não é devidamente considerada a circunstância de um trabalhador acumular o dever de se

⁷¹ Martins, 2018, p. 39.

⁷² Caso *MG/Dublin*.

⁷³ Huybrechts, 2024, p. 289.

encontrar à chamada e a permissão, por parte das entidades empregadoras, deste poder exercer simultaneamente outras atividades profissionais⁷⁴.

Deste modo, parece-nos que perante uma situação deste tipo, em que existe um período de chamada durante o qual o trabalhador é obrigado a apresentar-se num curto espaço de tempo quando solicitado⁷⁵, o TJ tende a aplicar uma espécie de presunção⁷⁶, assente na ideia de que a reduzida margem de autodisponibilidade do trabalhador implica a qualificação desse período como tempo de trabalho⁷⁷. No entanto, esta presunção poderá ser “ilidida”⁷⁸, recorrendo-se à invocação de outras circunstâncias que demonstrem que a capacidade do trabalhador para gerir o seu tempo em função das suas necessidades e interesses não se encontra objetivamente e de forma significativa afetada pela exigência de um prazo tão curto para a sua apresentação ao serviço⁷⁹. Assim, como afirma Zenha Martins⁸⁰: “é em função da própria relacionalidade negativa do conceito de tempo de descanso que se tem desenhado *a contrario* o conceito de tempo de trabalho”.

2. O tempo de trabalho no direito nacional

2.1. O Código do Trabalho

Atendendo ao art. 197.^o⁸¹, juntamente com o art. 199.^o CT, percebemos que o legislador nacional, em linha com o passado⁸², seguiu a construção dicotómica da

⁷⁴ Gramano, 2022, p. 581.

⁷⁵ Note-se que o TJ não se limita a valorizar a extensão do período de reação exigido ao trabalhador, mas também tem em consideração outros fatores, designadamente a frequência média das prestações efetivas que são normalmente realizadas por esse trabalhador, durante cada um dos seus períodos de prevenção. Neste sentido, por exemplo, o caso *Stadt Offenbach am Main*. Sobre os problemas associados à sobrevalorização deste critério, cfr. Martins, 2022, p. 222.

⁷⁶ Em sentido semelhante, Martins, 2018, p. 67.

⁷⁷ No caso *Stadt Offenbach am Main*, o TJ afirma o seguinte: “um período de prevenção durante o qual o prazo imposto ao trabalhador para voltar ao trabalho está limitado a alguns minutos deve, em princípio, ser considerado, na sua totalidade, «tempo de trabalho», na aceção desta diretiva, uma vez que o trabalhador, neste último caso, fica, na prática, fortemente dissuadido de planear qualquer atividade de recreio”.

⁷⁸ Caberá aos órgãos jurisdicionais nacionais avaliar se o trabalhador está sujeito, durante os seus períodos de prevenção em regime de disponibilidade contínua, a limitações de uma intensidade tal, que afetam, objetiva e muito significativamente, a sua capacidade de gerir livremente esses períodos (Rouxinol & Vicente, 2023, p. 808).

⁷⁹ *Ibidem*, o TJ conclui da seguinte forma: “o impacto desse prazo de reação deve ser avaliado no termo de uma apreciação concreta, que tenha em conta, se for caso disso, as outras limitações impostas ao trabalhador, bem como as Facilidades que lhe são concedidas, no decurso do seu período de prevenção”.

⁸⁰ Martins, 2018, p. 66. No mesmo sentido, Rouxinol & Vicente, 2023, p. 803.

⁸¹ A este propósito a CRP estabelece que todos os trabalhadores têm direito “ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas” – art. 59.^o n.º 1 al. d); e o n.º 2 al. b) do mesmo preceito acrescenta incumbir ao Estado “a fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho”.

⁸² O atual sentido do conceito de tempo de trabalho foi introduzido com a Lei n.º 73/98, de 10/11, esclarecendo as dúvidas suscitadas por outro conceito introduzido pela Lei n.º 21/96, de 23/07 – o conceito de “período de trabalho efetivo”, que já não foi referido no CT de 2003 (Ramalho, 2024, p. 466; Leite, 1998, p. 218).

Diretiva⁸³. Deste modo, segundo aquela norma, será considerado tempo de trabalho: i) o período durante o qual o trabalhador exerce a sua atividade (n.º 1, primeira parte); ii) o período durante o qual o trabalhador permanece adstrito à realização da sua atividade (n.º 1, segunda parte); iii) o correspondente aos períodos legalmente equiparados a tempos de trabalho (n.º 2).

Como salienta Liberal Fernandes⁸⁴, este preceito, nos termos do n.º 1 e do n.º 2, “compreende dois módulos temporais diferentes: o tempo de trabalho efetivo e os períodos de inatividade equiparados a tempo de trabalho por lei ou por IRCT”⁸⁵. Ainda que o autor determine que o conceito de tempo de trabalho se reconduz, além dos períodos equiparados por lei ou por IRCT, ao tempo de trabalho efetivo⁸⁶, este, por sua vez, corresponde, não apenas ao desempenho da prestação, mas também ao tempo de disponibilidade para o trabalho⁸⁷. Por isso, também no direito nacional, o tempo de trabalho corresponde ao período durante o qual o trabalhador está adstrito à execução da sua atividade laboral ou se encontra disponível para essa execução⁸⁸. De facto, o mesmo autor também faz notar que ambos os elementos beneficiam de igual nível de valoração, sendo, portanto, na esteira de Liberal Fernandes, critérios alternativos, não exigindo que os mesmos concorram simultaneamente para que um determinado período seja qualificado como tempo de trabalho⁸⁹.

Nos termos deste preceito, integram-se também no conceito de tempo de trabalho outras circunstâncias que a lei, de imediato, as qualifica como o sendo. A lei dirige-se a estas situações como “interrupções e intervalos do trabalho”, termos que podem equivocar o interprete, uma vez que o conceito “intervalo” é tradicionalmente utilizado para referir os “intervalos de descanso”⁹⁰. Mas várias destas hipóteses reconduzem-se a explicitações do conceito enunciado no n.º 1, como é o caso das interrupções de trabalho ditadas por razões técnicas, dos intervalos para refeição em que o trabalhador tem de permanecer à disposição da entidade empregadora, ou interrupções impostas por prescrições específicas de segurança e saúde no trabalho⁹¹. Por outro lado, menos

⁸³ Sem prejuízo do CT admitir a “possibilidade de ser ajustado por via da negociação coletiva ou individual” (Fernandes, 2018, p. 14).

⁸⁴ Fernandes, 2012, p. 25. No mesmo sentido, *vd.* Amado, 2022, p. 258.

⁸⁵ Como se tem destacado, “esta tem sido uma área de intervenção privilegiada dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho” (Ramalho, 2024, p. 458).

⁸⁶ Ramalho, 2024, p. 467, refere-se a este elemento como o núcleo do conceito.

⁸⁷ Como conclui Amado, 2022, p. 258: “o conceito técnico-jurídico de tempo de trabalho não coincide com o conceito naturalístico de tempo de trabalho”, designadamente porque não está necessariamente associado à prestação efetiva da atividade. Neste sentido, Rocha, 2018, p. 35 e Ramalho, 2024, p. 469, que acrescenta: “o conceito de período de descanso (...) também não é rigorosamente coincidente com a realidade naturalística do descanso”.

⁸⁸ Ramalho, 2024, p. 467.

⁸⁹ Fernandes, 2012, p. 26.

⁹⁰ Ramalho, 2024, p. 467.

⁹¹ Além das pausas equiparadas a tempo de trabalho efetivo contidas no art. 197.º CT, o art. 65.º considera como prestação efetiva de trabalho, ainda com perda do direito à retribuição, outras interrupções de trabalho.

evidentes são as situações de interrupção consideradas tempo de trabalho pelas convenções coletivas⁹², regulamentos internos, ou usos de empresa, assim como as interrupções ocasionais inerentes à satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador⁹³.

Também no direito nacional pode ser colocada a questão de como tratar os tempos de prevenção. A letra da lei refere que será tempo de trabalho o período durante o qual o trabalhador “permanece adstrito” à direção do empregador. Assim, poderia, nos termos da lei nacional, ser tempo de trabalho todo e qualquer período – que não supõe necessariamente a presença física do trabalhador no local de trabalho – em que o trabalhador estiver disponível para trabalhar, ou seja, à disposição do empregador e pronto para iniciar a sua atividade laboral sempre que solicitado. Assim, o legislador português assegurou o integral cumprimento quer da Diretiva quer da CSER⁹⁴, à qual nos referiremos *infra*. Contudo, como veremos, esta nunca foi a interpretação adotada pela maioria da jurisprudência nacional, que interpreta restritivamente o preceito por influência das interpretações do TJ, em respeito pelo princípio da interpretação conforme⁹⁵.

2.2. A influência do Direito da UE

Atente-se ao sumário do ac. do STJ de 19/11/2008, relatado pelo Exmo. Conselheiro Sousa Grandão: “II – A disponibilidade relevante, para efeitos da sua qualificação como tempo de trabalho, pressupõe que o trabalhador permaneça no seu local de trabalho. IV – Assim, se o trabalhador permanece no seu local de trabalho e se encontra disponível para trabalhar, esse período de tempo deve considerar-se como tempo de trabalho; se o trabalhador permanece disponível ou acessível para trabalhar, mas fora do seu local de trabalho ou do local controlado pelo empregador (por exemplo, no seu domicílio), esse período de tempo deve considerar-se como tempo de repouso”⁹⁶. De facto, esta decisão do Tribunal de última instância é demonstrativa de como o

⁹² Defendendo que os IRCT devem qualificar expressamente as pausas como correspondendo a tempo de trabalho para que integrem esta previsão normativa (Monteiro, 2020, p. 501).

⁹³ Fernandes, 2023, p. 484.

⁹⁴ Carvalho, 2017, p. 309.

⁹⁵ País, 2010, p. 489. Sem prejuízo de existir doutrina que coloca em causa se os acs. prejudiciais de interpretação do TJ deveriam vincular também os restantes órgãos jurisdicionais nacionais e não apenas o órgão jurisdicional de reenvio (Mesquita, 2022, p. 130).

⁹⁶ *Vd.*, no mesmo sentido, a título de exemplo, acs. do STJ de 02/11/2004 (Mário Pereira), STJ de 23/02/2005 (Fernandes Cadilha), STJ de 09/01/2019 (Ribeiro Cardoso): “A obrigatoriedade, ou não, de permanência no local de trabalho nos períodos em que o trabalhador não está a desempenhar a atividade, mas à disposição do empregador, tem sido a pedra de toque na jurisprudência desta 4.^a Secção para se considerarem aqueles períodos como tempo de trabalho ou como tempo de descanso”. Em sentido diverso, *vd.* o ac. TRP de 15/02/2016 (Paula Maria Roberto).

ordenamento jurídico português⁹⁷ se sente compelido a cumprir com aquilo que era exigido pelo TJ⁹⁸, ainda que isso implique a violação de um outro Tratado internacional que o Estado português ratificou, designadamente a CSER⁹⁹, vejamos porquê.

Ora, as diretivas constituem um instrumento jurídico da UE que, nos termos do art. 288.º TFUE, impõem aos EM a obrigação de alcançar um determinado resultado, concedendo-lhes, no entanto, liberdade na escolha dos meios para o efeito¹⁰⁰. Sem prejuízo disto, verificando-se uma situação de incorreta ou incompleta transposição das diretivas, os cidadãos da UE poderão, perante os tribunais nacionais, invocar o efeito direto das diretivas¹⁰¹. O efeito direto vertical das diretivas foi, pela primeira vez, objeto de análise autónoma no ac. *Van Duyn*. Neste caso, o TJ foi instado a pronunciar-se sobre a possibilidade de um indivíduo invocar direitos consagrados numa diretiva contra o Estado. O Tribunal decidiu afirmativamente, reconhecendo que as diretivas podem produzir efeitos diretos verticais sempre que as suas disposições sejam suficientemente claras, precisas e incondicionais, e desde que o prazo de transposição tenha expirado.

Todavia, o âmbito de aplicação desta doutrina apresenta limitações significativas. Apenas os trabalhadores cujo empregador seja uma entidade estatal poderão eventualmente beneficiar do efeito direto vertical, ficando excluídas as relações laborais entre particulares. A inadmissibilidade do efeito direto horizontal foi reafirmada no ac. *Marshall*, no qual o TJ teve de se pronunciar sobre um litígio relativo ao despedimento de uma trabalhadora, alegadamente vítima de discriminação de género, por parte de uma entidade privada. O Tribunal esclareceu que “uma Diretiva não pode, por si só, criar obrigações na esfera jurídica de um particular, e que uma disposição de uma Diretiva não pode, portanto, ser invocada, enquanto tal, contra tal pessoa”. Assim, consolidou-se a jurisprudência segundo a qual as diretivas vinculam exclusivamente os Estados, não podendo, por si mesmas, gerar obrigações diretas nas relações entre particulares.

Em face da impossibilidade de reconhecimento do efeito direto horizontal das diretivas, emergiu o princípio da interpretação conforme ao direito da UE. Este princípio foi inicialmente enunciado pelo TJ no ac. *Von Colson e Kamann* e, posteriormente, aprofundado no ac. *Marleasing*. No primeiro litígio, analisou-se uma situação de

⁹⁷ O art. 19.º CT belga prevê um conceito de tempo de trabalho muito próximo àquele que é previsto no CT português, e os tribunais superiores belgas seguiam também, meticolosamente, a jurisprudência fixada no ac. *SIMAP* (Huybrechts, 2024, p. 279).

⁹⁸ De facto, os tribunais portugueses demonstram ser fiéis ao princípio da interpretação conforme relativamente à jurisprudência consagrada pelo TJ antes do ac. *Matzak*, mas coloca-se a questão de saber se, da mesma forma, será a jurisprudência nacional sensível a esta pequena disrupção da jurisprudência europeia (Rouxinol & Vicente, 2023, p. 812). Por sua vez, na Bélgica, o Tribunal de Cassação teve, em 2021, a oportunidade de remeter, pela primeira vez, para o ac. *Matzak*, recorrendo ao *iter* argumentativo adotado no caso *Stadt Offenbach am Main* (Huybrechts, 2024, p. 288).

⁹⁹ Por uma questão de lógica de exposição debruçar-nos-emos *infra* sobre esta questão.

¹⁰⁰ Baptista, 2024, p. 34.

¹⁰¹ Pais, 2017, p. 27.

incorreta transposição de uma Diretiva pelo Estado alemão. Nesse contexto, o TJ declarou que “cabe ao tribunal nacional dar à lei adotada para a transposição da Diretiva (...) uma interpretação e aplicação de acordo com as exigências do Direito comunitário”.

De facto, o TJ acabou por instituir uma nova obrigação a ser respeitada pelos órgãos jurisdicionais nacionais, já que, segundo esta jurisprudência, estão obrigados, na medida do possível, a interpretar o direito nacional à luz do texto e da finalidade de cada uma das diretivas. Segundo o TJ, esta obrigação é inerente ao sistema do TFUE, contribuindo para assegurar a eficácia do direito da UE¹⁰², à luz do princípio da cooperação leal, previsto no art. 4.º n.º 3 TUE. Afirma-se que este princípio terá aplicação “na medida do possível” porque o próprio TJ já lhe reconheceu limites. Deste modo, não poderá ser invocado o princípio da interpretação conforme quando “leve a impor a um particular uma obrigação prevista numa diretiva não transposta ou, por maioria de razão, quando leva a determinar ou a agravar, com base na diretiva e na falta de uma lei adotada para sua aplicação, a responsabilidade penal daqueles que atuem em violação das suas disposições”¹⁰³, ou, atendendo aos princípios gerais de direito, a interpretação conforme possa “servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do direito nacional”¹⁰⁴.

Ora, se atendermos à letra da lei do art. 197.º CT compreendemos, como já afirmado, que a mesma permite que possa ser interpretada no mesmo sentido ao entendimento consagrado na jurisprudência do TJ, não implicando uma interpretação *contra legem*. Todavia, se o aplicador da lei nacional interpretasse o CT à luz do escopo da Diretiva 2003/88, isto é, à luz da proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, temos dúvidas que a interpretação adotada correspondesse à consagrada pelo TJ.

Deste modo, é notória a influência da jurisprudência do TJ que supera, por várias vezes, aquilo que é expressamente consagrado nas diretivas da UE, recaindo o princípio da interpretação conforme, em termos materiais, na interpretação adotada pelo TJ, e não no que terá sido expressamente previsto pelo legislador da UE. Neste sentido, refere-se que “o princípio se estendeu não somente à interpretação conforme da diretiva, mas também à interpretação conforme à interpretação da diretiva por parte do TJ (...). Nestes casos, o TJ não tratou de corrigir, através da interpretação, uma norma nacional com vista a colocá-la conforme a diretiva, mas sim de completar o que aquela não disse expressamente, através de uma doutrina jurisprudencial em sede comunitária que vem assegurando uma harmonização de conceitos e de direitos”¹⁰⁵.

¹⁰² Pais, 2019, p. 73.

¹⁰³ Caso *Arcaro*.

¹⁰⁴ Caso *Maribel Dominguez*.

¹⁰⁵ Rodríguez-Pinero & Bravo-Ferrer, 2010, pp. 1-8.

2.3. A (in)compatibilidade do Direito Europeu

De facto, o direito europeu não se limita ao direito da UE, sendo igualmente necessário considerar o papel do Conselho da Europa e, neste contexto, em especial, a CSER¹⁰⁶.

Ao abrigo do seu art. 2.º, que impõe aos Estados signatários a obrigação de fixação de uma duração razoável ao trabalho diário e semanal¹⁰⁷, uma confederação sindical francesa (*Confédération Générale du Travail*) apresentou uma reclamação coletiva¹⁰⁸ contra o Estado francês pelo facto da sua legislação permitir que regimes de prevenção sem presença obrigatória dos trabalhadores no local de trabalho fossem qualificados como tempos de descanso (diga-se, consagração legal compatível com a jurisprudência do TJ já referida). Ora, o CEDS veio dar razão à confederação sindical¹⁰⁹ e apontou como critério essencial de diferenciação entre tempos de trabalho e tempos de descanso, à luz da CSER, a autodisponibilidade total do trabalhador¹¹⁰. Na verdade, o Comité não foi perentório ao afirmar que estes períodos de prevenção sem presença obrigatória no local de trabalho, ou regimes à chamada, devam ser qualificados como tempo de trabalho, mas ficou claro que não podem ser qualificados como tempos de descanso¹¹¹, sendo realçadas, uma vez mais, as potenciais vantagens de criação de tempos de terceiro tipo, que como já visto, são incompatíveis com o direito da UE.

À partida não existiria uma contradição entre sistemas europeus, só um nível diferente de proteção¹¹², sendo a CSER mais exigente no que ao conceito de tempo de descanso diz respeito. Os EM da UE que tenham ratificado, tal como Portugal, a CSER, teriam, à partida, no art. 15º da Diretiva, que consagra um princípio comum do tratamento mais favorável, a solução¹¹³ para cumprir os dois instrumentos legislativos¹¹⁴, isto é, ao abrigo deste art. estariam os Estados legitimados a estabelecer um conceito de tempo de trabalho mais favorável ao trabalhador e consequentemente, considerar períodos de prevenção sem presença física obrigatória do trabalhador no local de trabalho como tempos de trabalho.

¹⁰⁶ Carvalho, 2017, p. 303.

¹⁰⁷ Marhold & Kovács, 2018, pp. 255 ss.

¹⁰⁸ Reclamação coletiva n.º 55/2009; o sistema de reclamações coletivas encontra-se previsto no Protocolo Adicional à CSE.

¹⁰⁹ Rocha, 2018, p. 45.

¹¹⁰ Rouxinol & Vicente, 2023, pp. 810-811.

¹¹¹ Carvalho, 2017, p. 305. Ainda antes desta decisão já era a posição sufragada por alguns autores como Ribeiro, 2006, p. 219.

¹¹² J-F. Akandji-Kombé, pp. 239 ss. *apud* Carvalho, 2017, p. 307.

¹¹³ Terá sido, na verdade, o próprio CEDS a indicar esta via de conciliação.

¹¹⁴ Assim é porque o CEDS já referiu na Reclamação coletiva n.º 1/998, que os Estados signatários devem assegurar a conformidade com a CSER, não apenas no âmbito legislativo, mas também na sua aplicação prática.

Todavia, o ac. *Matzak* foi um marco relevante da jurisprudência do TJ, não só por redefinir o tratamento a ser dado a determinadas situações de períodos de prevenção à chamada, mas porque reforçou uma ideia caracterizadora do conceito de tempo de trabalho na UE, isto é, que está em causa um conceito geral de direito da UE. Surpreendentemente, o TJ, no caso *Matzak*, veio afirmar que o art. 15.º da Diretiva deve ser interpretado no sentido em que não permite aos EM uma definição menos restritiva do conceito de tempo de trabalho¹¹⁵. Vejamos a fundamentação seguida pelo Tribunal.

O art. 15.º prevê que: “a diretiva não impede os Estados-Membros de aplicarem ou introduzirem disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis à proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores, ou de promoverem ou permitirem a aplicação de convenções coletivas ou acordos celebrados entre parceiros sociais mais favoráveis à proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores”. O TJ rejeita retirar o carácter mínimo próprio das diretivas, mas limita-o às disposições “que, pela sua função e objeto, têm vocação para fixar um nível de proteção mínimo da segurança e da saúde dos trabalhadores”¹¹⁶. Neste sentido, o TJ refere que as disposições constantes dos arts. 1.º e 2.º são de natureza distinta daquelas, porquanto apenas estabelecem “as definições necessárias para delimitar o objeto da Diretiva 2003/88 e o seu âmbito de aplicação”. Uma vez mais, o TJ justifica esta opção com a necessidade de assegurar a plena eficácia da Diretiva. Para isso, refere que a própria AG salientou, nas suas conclusões, que Diretiva visa garantir, nos domínios abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, uma proteção mínima, aplicável a todos os trabalhadores. No nosso entender este argumento utilizado pelo TJ não pode vingar porque, como referido pela AG, o único objetivo da Diretiva deverá ser assegurar a proteção mínima consagrada na diretiva, o que é diferente da necessidade de se ter de assegurar o mesmo nível de proteção previsto na Diretiva.

Por outro lado, também temos dificuldades em compreender a razão pela qual o TJ considera as disposições previstas nos capítulos 2 e 3 da Diretiva de natureza distinta das disposições previstas no capítulo 1, designadamente o art. 2.º que estabelece as definições adotadas pelo legislador da UE. Se é um facto que as definições aí previstas não fixam períodos mínimos de descanso nem dizem respeito a outros aspetos da organização do tempo de trabalho, esses períodos e tempos de descanso serão sempre fixados em função do conceito que todas estas disposições pressupõem: o conceito de tempo de trabalho.

Além disso, o TJ conclui da seguinte forma: resulta “do art. 15.º da Diretiva 2003/88, lido à luz do sistema estabelecido por esta, que a faculdade prevista neste

¹¹⁵ Alfredo Casotti e Maria Rosa Gheido, pp. 7-8, *apud* Martins, 2018, p. 36.

¹¹⁶ O TJ refere-se aos arts. compreendidos entre os arts. 3.º e 13.º da Diretiva.

último art. não é aplicável à definição do conceito de ‘tempo de trabalho’”. Neste sentido, não compreendemos como é que um sistema estabelecido com a finalidade de proteger a segurança e saúde dos trabalhadores impede que os seus destinatários possam estabelecer um conceito fundamental à determinação das restantes disposições aí previstas, que seja mais favorável aos trabalhadores, em especial quanto à sua segurança e saúde.

É, portanto, reforçada, agora numa outra dimensão, a ideia de que estamos perante um conceito geral de direito da UE, que além de não poder ser derogado ao ponto de se submeter a qualquer condição o direito dos trabalhadores a que esses períodos de trabalho sejam devidamente tomados em conta (ac. *SIMAP*), segundo o TJ, o mesmo nem sequer poderá ser alterado em sentido mais favorável aos trabalhadores. Contrariamente à natureza das diretivas que visam a harmonização das legislações nacionais por meio de prescrições mínimas, o TJ acaba por uniformizar um conceito com influência na esmagadora maioria dos preceitos da Diretiva¹¹⁷.

Por outro lado, com esta decisão no caso *Matzak*, o TJ acaba por colocar a tónica na tal finalidade implícita ou não declarada da Diretiva: a salvaguarda da concorrência entre empresas dos EM. De facto, caso um EM pudesse estabelecer um conceito de tempo de trabalho mais amplo do que aquele previsto nos restantes EM isso poderia vir a ser considerado um fator de desvirtuação do mercado interno.

Assim sendo, é de concluir que os EM da UE, simultaneamente signatários da CSER, não têm como resolver o agora real conflito entre a interpretação adotada da Diretiva e a principal fonte de proteção de direitos sociais na Europa, sob pena de ou violarem o prescrito na CSER ou violarem um dos principais princípios de direito da UE, como o é o princípio da interpretação conforme¹¹⁸. Até aqui, e em jeito de crítica, competia aos tribunais nacionais efetuar o controlo de convencionalidade, garantindo a coesão do ordenamento jurídico, competindo-lhes a tarefa de interpretar as normas do CT de acordo com as disposições hierarquicamente superiores, incluindo as constantes de convenções internacionais ratificadas por Portugal, em consonância com o estabelecido no art. 8.º CRP. E, como refere Catarina Carvalho, no caso em questão, essa interpretação não apresentava qualquer dificuldade, dado que a qualificação dos períodos de chamada/localização como tempo de trabalho refletia a interpretação com maior suporte no texto literal do art. 197.º CT¹¹⁹.

¹¹⁷ Carvalho, 2017, p. 302.

¹¹⁸ Rouxinol & Vicente, 2023, p. 811.

¹¹⁹ Carvalho, 2017(b), p. 229.

3. O art. 197.º n.º 2 al. a) CT e a sua conformidade em face da Diretiva 2003/88/CE

3.1. A legitimidade da contratação coletiva para definir o conceito de tempo de trabalho

Outro aspeto relevante deste estudo será perceber se esta jurisprudência do TJ pode ter alguma influência noutras disposições de direito nacional. Como *supra* referido, o art. 197.º n.º 2 CT qualifica, *ab initio*, determinadas situações como sendo tempo de trabalho ainda que não haja prestação efetiva de trabalho¹²⁰.

O art. 197.º n.º 2 al. a) CT, ao abrigo das derrogações previstas no art. 18.º da Diretiva, prevê a possibilidade de, através de um IRCT, serem consideradas como tempo de trabalho determinadas interrupções durante as quais, no plano naturalístico, não são executadas tarefas inerentes ao posto de trabalho, mas que, no plano normativo, podem ser qualificadas como tal.

Deste modo, a lei admite que o conceito de tempo de trabalho, definido no n.º 1 do art. 197.º CT, possa ser ajustado por via da negociação coletiva ou individual¹²¹. Isto significa que, a nível contratual (seja individual ou coletivo), é possível considerar como tempo de trabalho determinados intervalos ou interrupções não expressamente previstas na lei¹²².

Este já era o regime legal existente antes do ac. *Matzak*, e por essa razão a doutrina concluía que o carácter mínimo das disposições da Diretiva permitia que os EM adotassem normas mais favoráveis à proteção da segurança e saúde dos trabalhadores. Assim, tanto no âmbito da transposição legal como na interpretação das disposições nacionais sobre o tempo de trabalho, ou ainda através da autonomia coletiva ou individual, não seria admissível considerar o tempo de disponibilidade como tempo de descanso. De facto, sendo o conceito de tempo de trabalho um “conceito de trabalho mínimo” o mesmo poderia vir a ser ampliado, mas nunca reduzido¹²³.

Tendo em conta a fundamentação desse ac., onde se afirma que apenas as disposições que, pela sua função e objeto, visam garantir um nível mínimo de proteção da segurança e saúde dos trabalhadores podem ser enquadradas no princípio do tratamento mais favorável — nomeadamente os arts. 3.º a 13.º —, levanta-se a questão de saber se a interpretação do art. 18.º da Diretiva, que prevê as derrogações por convenções coletivas, deve seguir a mesma abordagem restritiva.

¹²⁰ Rouxinol & Vicente, 2023, p. 817.

¹²¹ Sobre a questionável legalidade da possibilidade de as entidades empregadoras determinarem, de forma unilateral, a integração dos trabalhadores em regimes de disponibilidade, ver Sousa e Moreira, 2018, p. 202.

¹²² Fernandes, 2018, p. 14.

¹²³ Martins, 2018, p. 36.

Isto significa que, ao contrário do que permite a legislação portuguesa, essa interpretação não admitiria que o conceito de tempo de trabalho fosse modificado por IRCT, em conformidade com a posição adotada pelo TJ relativamente ao conceito de tempo de trabalho. Na verdade, os argumentos pouco claros invocados pelo TJ para fundamentar a decisão no caso *Matzak* poderiam, por maioria de razão, ser igualmente aplicados neste contexto.

Além disso, ao contrário do art. 15.º da Diretiva, que parece referir-se a toda a regulamentação, o art. 18.º especifica expressamente quais os arts. suscetíveis de derrogação por esta via, não incluindo o art. 2.º, que consagra a definição de tempo de trabalho.

Assim, fica a dúvida sobre se o TJ, com a interpretação seguida em *Matzak*, não restringiu para lá daquilo que pretendia o conceito de tempo de trabalho. Pelas razões expostas, parece-nos que foi, efetivamente, essa a intenção do TJ, designadamente porque o art. 15.º da Diretiva, objeto de interpretação pelo TJ, também prevê a possibilidade de os EM “permitirem a aplicação de convenções coletivas (...) mais favoráveis à proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores”.

Vejamos, na prática, as consequências da interpretação seguida pelo TJ. O CCT celebrado entre a APQuímica – Associação Portuguesa da Química, Petroquímica e Refinação e outras entidades e a Federação de Sindicatos da Indústria, Energia e Transportes – COFESINT e outros¹²⁴, estabelece na cláusula 29.^a, relativa à organização do trabalho por turnos, que, no regime de três turnos, “os trabalhadores têm direito a um período para repouso ou refeição de duração não inferior a trinta minutos, o qual será considerado, para todos os efeitos, como tempo de trabalho”. O n.º 2 desta cláusula determina que este período deve ser “utilizado junto ao próprio posto de trabalho, que deve ter condições adequadas para o efeito”. Perante esta formulação, surge uma questão: caso o posto de trabalho não ofereça as condições necessárias para garantir um verdadeiro repouso ou refeição, será que, ainda assim, o trabalhador está obrigado a usufruir desse período junto ao seu local de trabalho? Se assim não for, esse período continuará a ser considerado tempo de trabalho? Na verdade, caso a cláusula não impusesse, desde logo, a permanência junto ao posto de trabalho, este período sempre seria qualificado como tempo de descanso, de acordo com a interpretação seguida pelo TJ.

Em termos semelhantes, a cláusula 45.^a do acordo coletivo entre a REN – Redes Energéticas Nacionais, SGPS, SA e outras e a Federação Intersindical das Indústrias Metalúrgicas, Químicas, Elétricas, Farmacêutica, Celulose, Papel, Gráfica, Imprensa,

¹²⁴ Publicado no BTE n.º 19, de 22/05/2022.

Energia e Minas – FIEQUIMETAL e outros¹²⁵, estabelece o seguinte: “o horário de turno (...) corresponde a oito horas de trabalho diário, nas quais se inclui o período de refeição de trinta minutos”. Todavia, contrariamente ao último exemplo, o n.º 2 clarifica que durante o período de refeição referido o trabalhador poderá abandonar o posto de trabalho desde que fique assegurado o serviço a seu cargo por um outro trabalhador.

Poderá, assim, uma CCT, ao abrigo da autonomia coletiva, e ainda que em benefício da segurança e saúde dos trabalhadores, proceder à qualificação de um período que legalmente coincidiria com um tempo de descanso como um tempo de trabalho? Ora, se interpretarmos o conceito de tempo de trabalho do direito da UE e consequentemente de direito nacional como uma norma absolutamente imperativa¹²⁶, podemos também argumentar no sentido de que, em face do disposto nos arts. 3.º n.º 1 e 478.º n.º 1 al. a) do CT, os IRCT estão impedidos de estabelecer um conceito distinto de tempo de trabalho, ainda que mais favorável, porque contrariaria uma norma legal imperativa¹²⁷.

Questão semelhante, mas menos clara, corresponde à regulação de períodos de disponibilidade por IRCT. O acordo coletivo *supra* referido prevê um regime de disponibilidade para as relações de trabalho abrangidas por este IRCT.

Na cláusula 42.ª afirma-se, desde logo, que “A isenção de horário de trabalho é incompatível com a prestação de trabalho em turnos, com a disponibilidade e com a prestação de trabalho suplementar em dia normal de trabalho” (sublinhado nosso). O próprio IRCT reconhece as implicações negativas que o período de disponibilidade pode ter na autodisponibilidade a ser assegurada aos trabalhadores e coloca este regime de disponibilidade a par de outros regimes de flexibilização do tempo de trabalho. Todavia é nas cláusulas 51.ª e 52.ª que vem definido o que se deve entender por “disponibilidade” e onde é regulado este regime, respetivamente. Assim, um trabalhador encontrar-se-á em disponibilidade quando “em períodos fixados pela empresa, tenha de estar imediatamente contactável para poder iniciar a sua atividade em presença física no local determinado ou por via remota sempre que ocorram situações de serviço que o exijam”. De seguida, o IRCT dedica-se a regular o regime, o modo como são elaboradas estas escalas de serviço de disponibilidade, estabelecendo limitações à utilização destes períodos, como a necessidade de ser assegurado, “em cada semana de calendário, um período mínimo de 24 horas consecutivas sem disponibilidade”, ou estabelecendo um limite mensal máximo do tempo de disponibilidade. Além disso, o IRCT prevê que os trabalhadores também terão direito a um subsídio de disponibilidade por cada hora que estiverem afetos a essa escala. Ainda que a Diretiva não trate da matéria retributiva, o

¹²⁵ Publicado no BTE n.º 24, de 29/06/2023.

¹²⁶ Concordamos com a qualificação efetuada de que se tratava de uma norma relativamente imperativa antes do ac. *Matzak* (Rocha, 2018, p. 63).

¹²⁷ Rouxinol, 2006, pp. 159 ss.

próprio TJ, no acórdão *Vorel*, como mencionado anteriormente, reconhece que, no que diz respeito aos períodos de prevenção com presença física no local de trabalho, é possível tratar de forma distinta os períodos em que realmente se prestam serviços e aqueles em que nenhum trabalho efetivo é realizado. Este raciocínio aplica-se, “*mutatis mutandis*”, ao IRCT em causa¹²⁸, mas quanto aos períodos de prevenção à chamada. Assim, as partes regulam um período que, legalmente, é de descanso, em termos semelhantes àquele que, por sua natureza, seria sempre considerado como tempo de trabalho¹²⁹.

Ora, se é um facto que o IRCT não admite expressamente que o período de disponibilidade deva ser considerado como tempo de trabalho, também é verdade que a CCT parece aproximar-se de um regime de tempo de trabalho de terceiro tipo, que como vimos, o direito da UE não admite. Seguindo o entendimento anteriormente sufragado, as partes que celebram uma CCT deverão, portanto, ter um redobrado cuidado na regulação dos regimes de disponibilidade, de modo a não transformar esses períodos de disponibilidade, que legalmente são qualificados como tempo de descanso, em verdadeiros tempos de terceiro tipo. Considere-se, por exemplo, a hipótese de um período normal de trabalho reduzido para os trabalhadores sujeitos a regimes de disponibilidade. Neste caso, mesmo que as partes não qualificassem expressamente esses períodos como tempo de trabalho, tal teria um impacto direto na contagem do n.º total de horas trabalhadas. Isso ocorreria porque as entidades empregadoras, ao aceitarem essa redução, estariam implicitamente a reconhecer que os períodos em que os trabalhadores permanecem à chamada não são irrelevantes para essa contabilização.

De facto, até ao caso *Matzak*, as partes estavam convencidas de que poderiam estabelecer condições mais favoráveis do que aquelas que se encontram previstas na Diretiva, como seria consagrar novas interrupções ao trabalho e considerá-las como tempo de trabalho, ou regular regimes de disponibilidade¹³⁰ como verdadeiros tempos de terceiro tipo. Neste sentido, o TJ, no caso do *Conselho Municipal de Dublin*, anteriormente mencionado, já demonstrou ser insensível, para efeitos de qualificação do

¹²⁸ Seguimos a posição que não qualifica esta prestação como retribuição em sentido técnico-jurídico, por não se afigurar contrapartida da prestação efetiva de trabalho (Sousa & Moreira, 2018, p. 212). Na jurisprudência *vd.* STJ de 21/09/2017 (Gonçalves Rocha). Considerando que a disponibilidade é suficiente para este efeito (Fernandes, 2023, p. 385).

¹²⁹ Se é um facto que, com a referida afirmação do TJ no caso *Vorel*, este não reconheceu a existência de um terceiro tipo de tempo, mas apenas permitiu um tratamento diferenciado para tempos de trabalho com determinadas características (Rouxinol & Vicente, 2023, p. 805), também é verdade que as partes sentem uma necessidade acrescida de adotar esse tipo de tratamento para períodos que, legalmente, são considerados tempos de descanso.

¹³⁰ Considerando que estes períodos são legalmente qualificados como tempos de descanso, concordámos com a doutrina que considera necessário serem introduzidos limites legais nos casos em que os serviços de prevenção se podem estender, sem interrupções, durante longos períodos (Martins, 2022, p. 223). Neste sentido, ainda que concordemos com Batista, 2024, p. 104, que considera a qualificação do período em causa como determinante para se concluir se foi ou não violado o dever de abstenção previsto no art. 199.º-A CT, em casos como os descritos, este dever de abstenção corre o risco de se tornar irrelevante.

período de prevenção como tempo de trabalho, ao facto de os trabalhadores estarem obrigados a estarem disponíveis 24 horas, sete dias por semana. Isto dito, o TJ parece preferir permitir que os trabalhadores possam estar sujeitos a estas circunstâncias laborais, sem qualquer tipo de limitações, do que admitir a necessidade de serem estabelecidas categorias de tempos de terceiro tipo, ou pelo menos, permitir que os EM promovam a aplicação de CCT que prevejam conceitos de tempo de trabalho menos restritivos daqueles que estão previstos na diretiva e na jurisprudência do TJ¹³¹.

Deste modo, torna-se, uma vez mais, evidente que a interpretação seguida pelo TJ no caso *Matzak*, quanto à natureza mínima das disposições da Diretiva, não pode ser entendida, como por ele justificada, à luz do fim por ela declarado. De facto, a interpretação que equipara o tempo de prevenção ao tempo de descanso sempre que não ocorra uma solicitação do empregador para a prestação efetiva de trabalho, ou que impede a consagração de novas interrupções ao trabalho compreendidas na noção de tempo de trabalho, reflete a lógica de compromisso inerente à Diretiva¹³².

3.2. Outras possíveis implicações da interpretação conforme ao Direito da UE

Sem prejuízo destas considerações, e ainda que se conclua que a legitimidade da contratação coletiva para regular estas matérias continua imaculada¹³³, certo é que desde *Matzak*, os EM estão impedidos de estabelecer um conceito menos restritivo de tempo de trabalho, ou por outras palavras, proceder ao alargamento do mesmo, ainda que em sentido mais favorável aos trabalhadores.

Neste contexto, surge a seguinte questão: à luz do princípio da interpretação conforme, não estará o intérprete da lei portuguesa obrigado a adotar uma interpretação restritiva do conceito “instrumento de regulamentação coletiva de trabalho”, previsto no art. 197.º n.º 2 al. a) CT, de modo a excluir desta matéria as PE, uma vez que estas constituem um instrumento de regulamentação coletiva de natureza não negocial (nos termos do art. 514.º CT)? Por outras palavras, tendo em conta que a PE é um ato

¹³¹ Elucidativo das conclusões bizarras que esta solução jurídica pode originar *vd.*, a título de exemplo, o ac. do STJ de 07/02/1991 (Sousa Macedo), onde se entendeu o seguinte: “um horário que obrigue o trabalhador a permanecer num local determinado 24 horas por dia, mesmo que em trabalho acentuadamente intermitente, permitindo o repouso do trabalhador, é inconstitucional, por não respeitar o direito ao lazer”. No ac. STJ de 19/11/2008 (Sousa Grandão), o Tribunal desconsiderou a cláusula do contrato de trabalho que obrigava o trabalhador a um regime de disponibilidade de 24 horas por dia. A doutrina, por outro lado, considera essa cláusula nula por ofensa à ordem pública (art. 280.º CC) (cfr. Dray, 2002, p. 101).

¹³² Relativamente ao equilíbrio entre a proteção dos trabalhadores e os interesses de gestão, pode-se consultar Ramalho, 2009, pp. 105 ss.

¹³³ De facto, há quem considere que a UE carece de competência legislativa sobre o direito à negociação coletiva, sendo, além disso, perspetivado como direito fundamental no art. 28.º CDFUE (Gomes & Ribeiro, 2021, p. 223). Revelador da importância da contratação coletiva no espaço da UE é a Resolução do Parlamento Europeu, de 01/06/2023, sobre o reforço do diálogo social (2023/2536(RSP)).

emanado pelo Governo e que a convenção coletiva que lhe serve de base pode qualificar um período de disponibilidade do trabalhador como tempo de trabalho ou, pelo menos, como um tempo de “terceiro tipo”, não estará o Estado, ainda que de forma indireta, a consagrar, para determinado setor de atividade, um conceito de tempo de trabalho mais abrangente do que o previsto no art. 2.º da Diretiva?

De facto, o art. 15.º da Diretiva, objeto de interpretação pelo ac. *Matzak*, estabelece que as “disposições regulamentares ou administrativas” aplicadas ou introduzidas pelos EM estão integradas no seu âmbito. Assim, de acordo com a linha argumentativa do TJ nesta decisão, o Estado português, além de não poder, quando legisla e aplica o direito, respeitar simultaneamente o direito da UE e a CSER, também poderá ficar impedido de promover a extensão, por via administrativa, de convenções coletivas que consagrem um conceito de tempo de trabalho mais favorável aos trabalhadores, o que, segundo o nosso entendimento, como *supra* explicado, também já se encontra vedado desde o ac. *Matzak*. Por outro lado, uma vez que a decisão do TJ não parece compatível com o objetivo de proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores, analisaremos posteriormente outro argumento que pode afastar a possibilidade de estender partes de CCT que prevejam regimes de disponibilidade deste tipo, caso aceitemos que o único propósito considerado pelo TJ nesta decisão foi a proteção da competitividade entre as empresas.

4. A outra face da Diretiva 2003/88/CE

4.1. A natureza jurídica das PE

A PE permite alargar o âmbito de aplicação de uma convenção coletiva de trabalho ou de uma sentença arbitral para além do inicialmente previsto. O objetivo destas portarias é colmatar a falta de iniciativa dos particulares¹³⁴, seja através da adesão a associações laborais já existentes, seja pela promoção da sua formação¹³⁵.

Para concluirmos se é válida, à luz do direito da UE, a extensão por via de PE de cláusulas resultantes de contratação coletiva que prevejam conceitos de tempos de trabalho menos restritos do que aquele que está previsto na Diretiva, devemos começar por analisar a natureza jurídica deste instituto¹³⁶, que tem sido objeto de discussão doutrinal.

¹³⁴ Uma posição minoritária da doutrina defende também a sua aplicação a empregadores e trabalhadores filiados em associações não signatárias (Silva, 2001, pp. 759 ss.). Em sentido contrário e seguindo a posição maioritária da doutrina (Gomes, 2016, pp. 91 ss.) e na jurisprudência o ac. STJ de 20/06/2018 (Gonçalves Rocha) e o ac. STJ de 22/06/2022 (Mário Belo Morgado).

¹³⁵ Cordeiro, 2018, p. 763.

¹³⁶ A denominação “portaria” pode designar um regulamento, um ato administrativo ou até uma categoria intermédia entre os dois (Silva, 2021, p. 311).

Se existe doutrina que entende estarmos perante atos administrativos gerais¹³⁷, também há quem prefira enquadrar as portarias de extensão como “atos normativos ministeriais no exercício da função administrativa”¹³⁸. Por outro lado, Coutinho de Abreu vê-as “como regulamentos administrativos”¹³⁹. A mesma doutrina¹⁴⁰ é seguida por Menezes Cordeiro, que afirma o seguinte: “em termos formais as portarias de extensão não podem ter uma natureza diversa das de regulamentação de trabalho: trata-se de manifestações de poder regulamentar do Estado que, no âmbito deixado pelas mesmas de tipo absolutamente imperativo, surge como legislativo”¹⁴¹, mas em termos materiais, estas não deixam de ter como base uma convenção devidamente negociada ao abrigo da autonomia privada¹⁴². De facto, como destaca Gonçalves da Silva¹⁴³, como os regulamentos “também as convenções coletivas têm o seu âmbito de aplicação definido por categorias, o que explica que estejamos perante atos gerais e abstratos”. Por outro lado, o autor também destaca que a PE “é emitida pelo Ministro em nome do Governo, que sem dúvida é uma autoridade administrativa”¹⁴⁴, razão pela qual podemos concluir estarmos perante o exercício de um poder regulamentar¹⁴⁵.

Após a análise das principais perspectivas doutrinárias sobre a natureza da PE, que oscila entre a classificação como ato administrativo geral, ato administrativo individual e regulamento – sendo esta última a posição predominante –, importa ainda considerar a abordagem jurisprudencial. Embora os tribunais não tenham aprofundado detalhadamente esta questão, a sua interpretação, designadamente a do TC merece atenção. O TC sustenta que a PE constitui um ato normativo de natureza pública¹⁴⁶, funcionando como uma fonte de direito objetivo, na medida em que estabelece normas jurídicas¹⁴⁷. Alternativamente, considera-se também a sua qualificação como um

¹³⁷ Soares, 1978, p. 82.

¹³⁸ Moura, 1979/1980, p. 297.

¹³⁹ O autor sustenta a sua posição com dois argumentos: primeiro, a possibilidade de a extensão ser apenas parcial, sem abranger a parte obrigacional; segundo, a completa separação entre as portarias de extensão e a convenção coletiva (cit., 1987, p. 13). Neste sentido, a PE é um “regulamento normativo emanado da Administração Pública (sob a forma de uma portaria ministerial) que alarga o âmbito de aplicação de convenções coletivas” (Pinto, 1996, p. 204).

¹⁴⁰ Neste sentido, ver também Canotilho & Moreira, 1993, p. 985; Silva, 2021, p. 317. Martinez, 1994, p. 133, acrescenta que, procedendo-se a uma comparação em face da natureza normativa da portaria de regulamentação de trabalho, quanto aos efeitos, “não há diferenças substanciais entre uma portaria de extensão e uma portaria de regulamentação de trabalho e quanto à natureza jurídica estas duas portarias devem ter um tratamento unitário, porque pretendem resolver as mesmas situações (...): ambas se englobam no poder regulamentar do Estado”. No mesmo sentido, *vd.*, ainda, Silva, 2021, p. 341.

¹⁴¹ Cit., 2018, p. 764.

¹⁴² Em sentido semelhante, *vd.* Ramalho, 2023, p. 456.

¹⁴³ Silva, 2021, p. 337.

¹⁴⁴ *Ibidem*, cit. p. 338.

¹⁴⁵ O autor conclui que a circunstância de o conteúdo da PE resultar de um acordo e do facto de as associações outorgantes da CCT estendida serem ouvidas ou os interessados deduzirem oposição fundamentada não são condições suficientes para afastar a unilateralidade da atuação da Administração.

¹⁴⁶ Ac. do TC. n.º 172/93, de 10/02.

¹⁴⁷ Ac. do TC. n.º 214/94, de 02/03.

regulamento externo¹⁴⁸. Certo é que, contrariamente às normas das CCT¹⁴⁹, segundo o TC, a PE é apreciável em sede de fiscalização de constitucionalidade¹⁵⁰.

Concluindo pela natureza regulamentar da PE, importa aferir em que tipo de regulamento se consubstancia a PE. Os regulamentos, enquanto expressões do poder da administração, encontram-se subordinados às normas hierarquicamente superiores, emanadas sob a forma de atos legislativos. Assim, é com base no grau de dependência do regulamento em relação a uma lei anterior que se faz a distinção entre regulamentos de execução e regulamentos independentes¹⁵¹. Seguimos a tese apresentada por Gonçalves da Silva que qualifica a PE como um regulamento independente, designadamente porque as PE “são inequivocamente fontes de direito objetivo – contêm normas jurídicas, que não têm como referência, nem desenvolvem ou completam qualquer diploma em particular”¹⁵².

Podemos, portanto, concluir, que a PE se configura como um ato normativo emanado pelo Estado português no exercício do seu poder regulamentar, refletindo a intervenção da administração pública na regulação das relações laborais. Conhecida a natureza jurídica da PE importa, para conclusão do nosso estudo debruçarmo-nos sobre a razão de ser deste instituto.

4.2. A razão de ser das PE e os seus efeitos

As PE permitem que as condições estipuladas numa determinada CCT sejam aplicáveis a empresas e trabalhadores que, de outro modo, não estariam incluídos, em virtude do princípio da filiação (art. 496.º CT)¹⁵³. A sua emissão justifica-se pela necessidade de assegurar uma maior harmonização das condições laborais¹⁵⁴ dentro de cada categoria profissional e evitar a existência de vínculos de trabalho desprovidos de regulamentação coletiva¹⁵⁵. Atenta a reduzida taxa de filiação sindical verificada em

¹⁴⁸ Ac. do TC. n.º 98/95, de 22/02.

¹⁴⁹ Sem prejuízo de não ser uma posição unanimemente aceite, para isso, *vd.* o voto de vencido do Juiz José João Abrantes no ac. do TC. n.º 478/2022, de 04/10.

¹⁵⁰ Ac. do TC. n.º 392/89, de 14/09: “as normas de uma portaria preenchem, seguramente, o conceito de *norma* para o efeito da sua submissão ao controlo de constitucionalidade”. Mais recentemente, *vd.* o ac. do TC. n.º 478/2022, de 04/10: “A natureza jurídico-privada das convenções coletivas de trabalho distanciamas do exercício de poderes públicos de criação normativa (...), só no eventual caso de sobrevir um ato normativo público que incorpore as normas da convenção coletiva (referimo-nos às portarias de extensão) se poderá afirmar que está em causa o exercício de tais poderes. Mesmo nesse caso, é já o ato normativo público a ser sindicado e não diretamente o acordo privado que o antecedeu”.

¹⁵¹ Almeida, 2020, p. 218.

¹⁵² Silva, 2021, cit. p. 358.

¹⁵³ Contrariamente ao ordenamento francês, onde as CCT têm eficácia *erga omnes*, em Portugal a sua aplicação geral exige a intervenção do Estado através de PE – cfr. arts. 2261-15 do CT francês e Ramalho, 2023, p. 435.

¹⁵⁴ Xavier, 2005, p. 121.

¹⁵⁵ Desde que estejam em causa circunstâncias sociais e económicas que a justifiquem, nomeadamente, a identidade ou semelhança económica e social das situações abrangidas (art. 514.º n.º 2 CT).

Portugal, a elevada amplitude da cobertura das CCT tem de se dever precisamente a esta figura¹⁵⁶. No nosso ordenamento jurídico, a PE é tradicionalmente considerada um instrumento de aplicação generalizada¹⁵⁷, sendo habitual a sua emissão após a celebração de uma CCT¹⁵⁸.

Sem prejuízo dos reconhecidos traços positivos seguidos por esta figura, designadamente a promoção da igualdade das condições de trabalho entre trabalhadores de PME¹⁵⁹ ou permitir uma gestão mais eficaz das empresas, uniformizando as condições a que os trabalhadores estão sujeitos¹⁶⁰, também há quem prefira sustentar alguns dos seus potenciais efeitos negativos, designadamente o facto de desencorajarem a filiação sindical¹⁶¹ ou a respetiva (in)compatibilidade com a liberdade sindical daqueles trabalhadores que decidem não associar-se a um sindicato, em especial, desde que o CT 2003 passou a permitir que as CCT previssessem condições menos favoráveis daquelas que constam da lei¹⁶².

Neste sentido, uma das características normalmente associadas às PE é o facto de estas impedirem o desenvolvimento natural da concorrência entre empresas do mesmo setor¹⁶³, ainda que a diferenciação das condições de trabalho seja suscetível, por outro lado, de gerar riscos de deslealdade ou de concorrência incontrolada¹⁶⁴. Para compreender o porquê de as condições de trabalho, em especial, o tempo de trabalho, poderem ser um elemento importante na concorrência entre empresas, é necessário estudar a relação efetuada entre a aplicação das PE e os potenciais efeitos da uniformização das condições de trabalho sobre a competitividade e a lealdade no mercado.

No Memorando de Entendimento com a Troika¹⁶⁵, assinado em 2011, o Estado Português assumiu o compromisso de adotar medidas legislativas¹⁶⁶ para restringir a emissão de PE¹⁶⁷, em especial, com a definição de critérios para a respetiva emissão tendo em consideração as implicações dessa extensão para a competitividade das empresas não filiadas¹⁶⁸ e o nível de representatividade das partes que outorgam a CCT. Com a

¹⁵⁶ Ribeiro, 2014, p. 17.

¹⁵⁷ Amado & Rouxinol, 2024, p. 162.

¹⁵⁸ Crítica da utilização abundante da figura – Ramalho, 2023, pp. 435-437.

¹⁵⁹ Neste sentido, Ribeiro, 2014, p. 20 – nestes casos, o acesso à contratação coletiva não está só dependente da vontade do trabalhador em filiar-se.

¹⁶⁰ Martinez, 2023, p. 1202.

¹⁶¹ Ribeiro, 2019, p. 320.

¹⁶² Ribeiro, 2014, p. 23; Ribeiro, 2019, p. 319; Silva, Hespanha & Caldas, 2017, p. 251.

¹⁶³ Carvalho, 1988, p. 461.

¹⁶⁴ Silva, 2001, p. 699.

¹⁶⁵ Sobre o circunstancialismo e as consequências decorrentes da assinatura deste Memorando de Entendimento com três instituições internacionais, Comissão Europeia, FMI e Banco Central Europeu, cfr. Silva, Hespanha & Caldas, 2017, p. 80.

¹⁶⁶ Ribeiro, 2015, p. 30.

¹⁶⁷ Em muitos países europeus, uma das principais respostas à crise de 2008 foi a adoção de medidas que impactaram a negociação coletiva (Silva, Hespanha & Caldas, 2017, p. 245).

¹⁶⁸ Ponto 4.7., ii), do Memorando.

aprovação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/2012, de 31/10¹⁶⁹, registou-se uma redução drástica dessas portarias, resultando numa diminuição significativa da taxa de cobertura das CCT¹⁷⁰. O propósito desta medida era, em última instância, impulsionar a contratação coletiva. No entanto, a curto prazo, num contexto de baixa sindicalização e crise económica, a decisão intensificou a concorrência entre empresas¹⁷¹, muitas vezes à custa dos direitos laborais – entendia-se a negociação coletiva como um obstáculo institucional à regulação pelo mercado¹⁷². Esta abordagem reflete uma mudança de paradigma, dando primazia à eficiência e à competitividade económica como princípios orientadores das reformas laborais e até das interpretações jurisprudenciais, especialmente as do TJ, como a que se verificou na interpretação sobre o carácter imperativo do conceito de tempo de trabalho previsto na Diretiva.

4.3. A influência da defesa da concorrência no conceito de tempo de trabalho

Aqui chegados, o objetivo será verificar se cláusulas como as *supra* identificadas podem ter influência na concorrência entre as empresas que sejam abrangidas pelo âmbito de aplicação de uma mesma PE.

De facto, os requisitos do art. 101.º TFUE poderiam levar à classificação de uma CCT como um acordo restritivo da concorrência¹⁷³. No entanto, o TJ, nos acs. *FNV Kunsten, Albany* e *Pavlov*, confirmou que os acordos coletivos celebrados entre associações de empregadores e associações sindicais¹⁷⁴ estão excluídos das regras da concorrência¹⁷⁵, desde que tenham por objetivo melhorar as condições laborais, pelo facto destes acordos visarem objetivos de política social¹⁷⁶.

¹⁶⁹ De facto, face ao decréscimo acentuado de PE, o Governo, pressionado pelos parceiros sociais, introduziu um critério alternativo através da Resolução n.º 43/2014 (Silva, Hespanha & Caldas, 2017, p. 266).

¹⁷⁰ As medidas implementadas em matéria de contratação coletiva, bem como as limitações impostas à emissão de PE, provocaram o declínio do n.º de convenções negociadas anualmente, bem como do n.º de trabalhadores abrangidos por estas – de acordo com a DGERT, *Relatórios sobre Regulamentação Coletiva, 2009-2015*.

¹⁷¹ S. DEAKIN, pp. 92-93, *apud* Ribeiro, 2019, p. 322.

¹⁷² Silva, Hespanha & Caldas, 2017, p. 246.

¹⁷³ No sentido de que a CCT representa sempre uma restrição à concorrência (Gomes & Ribeiro, 2021, p. 220).

¹⁷⁴ Sem prejuízo do TJ não se ter pronunciado sobre o âmbito subjetivo de aplicação das regras de concorrência no caso *Albany*, da jurisprudência posterior ficou claro que esta imunidade só se verifica quando a CCT seja outorgada por sindicatos (Gomes & Ribeiro, 2021, p. 228). Sobre a necessidade de ser alterado o conceito restritivo de “trabalhador” adotado pelo TJ para efeitos de aplicação das regras da concorrência cfr. Donini, 2025, p. 73.

¹⁷⁵ Freire, 2024, p. 136. No mesmo sentido, Donini, 2025, pp. 66-67.

¹⁷⁶ Pais, 2021, p. 52.

Ora, se é certo que estes acordos¹⁷⁷ não são proibidos pelo direito da concorrência e que os regimes de tempos de terceiro tipo são vistos como condições mais favoráveis para os trabalhadores, também é verdade que, em especial as PE¹⁷⁸, podem influenciar os níveis de competitividade entre as empresas, especialmente quando existe uma “identidade ou semelhança económica e social” entre elas. Na verdade, recorrendo à jurisprudência do Tribunal EFTA, no caso *LO*¹⁷⁹, após ter verificado a natureza e o objeto da CCT afirmou que, independentemente de o seu objetivo ser melhorar as condições de trabalho dos trabalhadores abrangidos, isso não significa que todo o seu conteúdo deva ser imune às regras da concorrência, se se concluir que existem cláusulas que prosseguem outros fins¹⁸⁰.

Neste sentido, se a CCT estendida por uma PE estabelecer um conceito menos restritivo de tempo de trabalho, aplicável a um universo de empresas muito mais vasto do que o inicialmente previsto pelo princípio da filiação, estar-se-á a uniformizar o tratamento de uma matéria que, de outra forma, poderia diferenciar os níveis de intensidade de trabalho entre essas empresas. Quando essa desigualdade resulta do próprio acordo, pode presumir-se que as entidades empregadoras aceitam essa diferenciação ao aderirem à associação outorgante¹⁸¹. No entanto, alargar esse conceito restritivo a empresas que não estavam originalmente abrangidas significa admitir que a PE pode tornar-se um instrumento suscetível de distorcer a concorrência, ao impor um regime mais limitativo na organização da atividade económica de outras empresas. Permitir que por via de PE se aplique um regime que inviabiliza o poder das empresas decidirem sobre uma matéria que lhes compete traduz-se numa interferência no funcionamento das empresas¹⁸², que de outro modo não existiria pelo facto desses períodos de disponibilidade serem legalmente qualificados como tempos de descanso dos seus trabalhadores. Note-se que não defendemos que cláusulas de disponibilidade como as apresentadas sejam proibidas no âmbito da contratação coletiva. Com efeito, por um lado, parece-nos evidente que estas visam precisamente a melhoria das condições de trabalho dos trabalhadores. Por outro lado, ainda que possam exercer alguma influência, não têm como objetivo regular uma atividade económica — o que, de acordo com o disposto no art. 478.º n.º 1 al. b) CT, seria proibido no nosso ordenamento jurídico.

¹⁷⁷ Note-se que excluímos deste conceito de “acordo” verdadeiras práticas restritivas da concorrência no mercado de trabalho, como acordos de fixação de salários ou acordos de não contratação (*no-poach*), que são considerados em geral, restrições “por objeto”, proibidas pelo art. 101.º TFUE (Freire, 2024, p. 140).

¹⁷⁸ “A extensão da convenção coletiva tem uma eficácia de cartel que acresce à eficácia de cartel da própria convenção” (Gomes & Ribeiro, 2021, p. 221, nota 6).

¹⁷⁹ Ac. E-8/00 de 22 /03/2002 (*Landsorganisasjonen i Norge*).

¹⁸⁰ Gomes & Ribeiro, 2021, p. 231.

¹⁸¹ Razão pela qual consideramos não se verificar uma violação do princípio da igualdade de tratamento se no seio de uma mesma empresa existirem trabalhadores sujeitos a tempos de disponibilidade como os identificados e outros não.

¹⁸² Com algum paralelismo a esta situação *vd.* Camanho, 2007, pp. 755-756.

Assim, centramo-nos, somente, nos efeitos que uma PE poderá ter quando estende cláusulas deste tipo¹⁸³.

No nosso entendimento, ao decidir como decidiu sobre a possibilidade de alargamento nacional do conceito de tempo de trabalho — a *ratio* do TJ é clara e conecta-se com a necessidade de reconduzir os tempos de trabalho a jornadas tendencialmente uniformes por forma a proteger a competitividade empresarial¹⁸⁴ entre as empresas dos EM —, o TJ pretendeu evitar que um grande n.º de empresas dentro de um EM adotasse conceitos de tempo de trabalho diferentes dos praticados por empresas de outros EM. Assim, considerando a verdadeira razão subjacente à decisão do TJ, parece natural concluir que, sendo a PE um instrumento com potenciais efeitos disruptivos na concorrência entre empresas, a proibição de os EM definirem esse conceito também se aplica quando o mesmo objetivo é alcançado de forma indireta, através da autonomia coletiva dos agentes económicos, sobretudo quando, como já referido, se verifica tratar-se de um instrumento de aplicação generalizada.

¹⁸³ Concordámos com a doutrina que afirma que a transformação da CCT num instrumento “anticoncorrencial” ocorre quando se decide estender o seu conteúdo, nomeadamente pela elevada discricionariedade do Governo, sendo essencial uma regulação mais exigente quanto à sua emissão (Gomes & Ribeiro, 2021, p. 246).

¹⁸⁴ Moreira, 2024, p. 164.

Conclusão

À luz da jurisprudência do TJ no caso *Matzak*, podemos concluir que foi adotada uma nova interpretação do conceito de tempo de trabalho: também os períodos à chamada podem ser qualificados como tempo de trabalho. Concluímos, da jurisprudência ulterior, que esses períodos serão, presumivelmente, considerados tempo de trabalho se for imposto ao trabalhador um prazo muito reduzido para se apresentar ao serviço. Caberá aos tribunais nacionais analisar, caso a caso, as circunstâncias concretas para determinar se o trabalhador poderá, afinal, não estar “objetiva e significativamente” limitado na gestão desse período. Por outro lado, desde o acórdão *Matzak*, os EM foram esclarecidos quanto ao alcance do art. 15.º da Diretiva. Até então, acreditavam que as disposições da Diretiva, incluindo o art. 2.º que define o conceito de tempo de trabalho, eram relativamente imperativas e que, por isso, poderiam adotar, nos seus ordenamentos jurídicos, definições mais favoráveis aos trabalhadores, em nome do seu direito à segurança e saúde no trabalho. No entanto, surpreendentemente e seguindo uma argumentação pouco clara, o TJ declarou que os EM não estão legitimados a consagrar um conceito menos restritivo de tempo de trabalho, por considerar que tal colocaria em causa a plena eficácia da Diretiva.

Com base nesta argumentação do TJ, procuramos, neste estudo, perceber se, os parceiros sociais também estarão impedidos, ao abrigo do art. 18.º da Diretiva, de estabelecer, por via da negociação coletiva, definições mais favoráveis aos trabalhadores. No nosso entendimento, essa foi, de facto, a posição assumida pelo TJ. Ainda assim, reconhecemos que esta interpretação se revela difícil de conciliar com o próprio valor do direito fundamental à contratação coletiva. Sem prejuízo desta conclusão, é indiscutível que, desde *Matzak*, o Estado português está impedido de definir um conceito de tempo de trabalho diferente do previsto na legislação da UE, e esse impedimento pode vir a concretizar-se, indiretamente, através da extensão de CCT que adotem definições divergentes.

Posto isto, embora o artigo 197.º CT aparente estar em conformidade com o Direito da UE e a CSER, se, numa fase inicial, os tribunais nacionais tiveram de interpretar restritivamente este preceito para garantir o cumprimento do princípio da interpretação conforme, ainda que se tenha concretizado numa leitura incompatível com a posição do CEDS, atualmente, o intérprete, pelo menos, deverá adotar uma nova leitura igualmente restritiva. Em particular, deve limitar a alínea a) do n.º 2 do artigo 197.º aos IRCT de natureza negocial, sob pena de o Estado português se encontrar, afinal, em incumprimento de ambos os diplomas legais.

Lista bibliográfica

- ABREU, J. M. C. (1987). Os regulamentos administrativos em direito do trabalho. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, número especial. Coimbra.
- ALES, E. (2018). Article 31 CFREU. In E. Ales, M. Bell, O. Deinert & S. Robin-Olivier (eds.). *International and European labour law: Article-by-article commentary*. Beck, Hart, Nomos, pp. 1207-1209.
- ALMEIDA, M. A. (2020). *Teoria geral do direito administrativo*, 6.^a edição. Almedina.
- ALVES, M. L. T. (2011). As fronteiras do tempo de trabalho. *Estudos de direito do trabalho*, pp. 165-257, 1.^a edição. Coimbra Editora.
- AMADO, J. L. (2022). *Contrato de trabalho – Noções básicas*, 4.^a edição. Coimbra: Almedina.
- AMADO, J. L. & ROUXINOL, M. S. (2024). Autonomia coletiva e liberdade associativa: que papel para as portarias de extensão? *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4044, pp. 157-168.
- AROCHENA, F. L. (2022). Guardias localizadas: A veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso. *Revista Jurisprudencial Laboral*, n.º 1.
- BAPTISTA, A. M. (2002). Tempo de trabalho efetivo, tempos de pausa e ‘tempos de terceiro tipo’. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, vol. 43, n.º 1, pp. 29-53.
- BAPTISTA, M. (2024). *Direito à desconexão ou dever de não contactar? – Reflexos nas relações de trabalho*. Almedina.
- CAMANHO, P. P. (2007). Fixação do horário de trabalho por convenção coletiva de trabalho – Conflito entre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho não negociais. *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra Editora, pp. 742-758.
- CARDOSO, M. L. (2009). A duração e organização do tempo de trabalho – evolução de 2003 para 2009). *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 15, pp. 285-310.
- CARVALHO, A. N. (1988). Regulamentação do trabalho por portarias de extensão. *Revista de direito e estudos sociais*, n.º 4, pp. 437-467.
- CARVALHO, A. N. (2011). Notas sobre o regime de tempo de trabalho na revisão do Código do Trabalho. In P. M. Carvalho (coord.). *Código do Trabalho – A revisão de 2009*, pp. 327-379. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, C. O. (2017(b)). Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional. In B. Lobo Xavier, M. R. Palma Ramalho, J. J. Abrantes, J. Leal Amado, D. Falcão & S. T. Tomás (coord.). *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Parte 1, pp. 279-313. Nova Causa, Edições Jurídicas.
- CARVALHO, C. O. (2017). O impacto da jurisprudência do Comité Europeu de Direitos Sociais em matéria laboral no ordenamento jurídico português. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, pp. 211-243.

- CORDEIRO, A. M. (2018). *Direito do Trabalho I – Direito europeu, dogmática geral, direito coletivo*. Coimbra: Almedina.
- DONINI, V. (2024). Competition law and collective bargaining for self-employed persons in the European Union. In A. Peruli & S. Bellomo (eds.). *The major themes of contemporary labour law*, pp. 65-75. Giappichelli.
- DRAY, G. (2002). Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, pp. 75-105. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, A. M. (2023). *Direito do trabalho*, 22.^a edição. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, F. L. (2012). Anotação ao artigo 197.º. *O tempo de trabalho: Comentário aos artigos 197.º a 236.º do Código do Trabalho (revisto pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FERNANDES, F. L. (2018). Tempo de trabalho e tempo de descanso). In M. R. Palma Ramalho & T. C. Moreira (coord.). *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: O regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 11-23. Lisboa: Estudos APODIT, n.º 4.
- FERRANDANS, C. C. (2006). La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo. *Temas Laborales*, n.º 86, pp. 9-132.
- FREIRE, P. V. (2024). Defesa da concorrência nos mercados de trabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. In *memoriam Prof. Doutor Pedro Romano Martinez*, n.ºs 1-2, pp. 133-151.
- GALDEANO, B. R. S. (2013). La ordenación del tiempo de trabajo: El caso del SIMAP. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º 202, pp. 145-164.
- GOMES, C. & MOREIRA, V. (1993). *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.^a edição. Coimbra Editora.
- GOMES, J. M. V. (2007). *Direito do trabalho – I – Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES, J. M. V. (2016). A contratação coletiva *in peius* e a representatividade sindical. In M. R. Palma Ramalho & T. C. Moreira (coord.). *Crise económica: Fim ou refundação do direito do trabalho? Actas do Congresso mediterrânico de Direito do Trabalho*, pp. 91-121. Lisboa: AAFDUL.
- GOMES, J. M. V. & RIBEIRO, A. T. (2021). Algumas notas sobre a contratação coletiva e o direito da concorrência. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1-4, pp. 219-246.
- GRAMANO, E. (2022). Stand-by time through the Court of Justice's lens. *European Labour Law Journal*, vol. 12, n.º 4, pp. 577-584.
- HUYBRECHTS, S. (2024). Before, after and beyond the Matzak case: Overview of the Belgian jurisprudence. *European Labour Law Journal*, vol. 15, n.º 2, pp. 277-292.

- LECCESE, V. (2018). Directive 2003/88/EC, concerning certain aspects of the organization of working time). In E. Ales, M. Bell, O. Deinert & S. Robin-Olivier (eds.). *International and European labour law: Article-by-article commentary*, pp. 1285-1318. Beck, Hart, Nomos.
- LEITE, J. (1998). “Trabalho é trabalho, descanso é descanso” ou o modo de ser do direito. *Questões Laborais*, n.º 12, pp. 205-220.
- MARHOLD, F. & KÓVACS, E. (2018). Article 2 RESC. In E. Ales, M. Bell, O. Deinert & S. Robin-Olivier (eds.). *International and European labour law: Article-by-article commentary*, pp. 255-264. Beck, Hart, Nomos.
- MARTINEZ, P. R. (1994/1995). *Direito do trabalho*, vol. II. Lisboa.
- MARTINEZ, P. R. (2023). *Direito do trabalho*, 11.ª edição. Almedina.
- MARTINS, J. Z. (2018). Tempo de trabalho e tempo de repouso: Qualificação e delimitação de conceitos. In M. R. P. Ramalho & T. C. Moreira (coord.). *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: O regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito europeu e internacional*, pp. 25-67. Estudos APODIT 4, Lisboa.
- MARTINS, J. Z. (2022). O tempo de trabalho na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o direito nacional: Estado da arte. *Prontuário de direito do trabalho*, I, pp. 191-225.
- MARTINS, P. F. (2017). Princípios fundamentais de direito da União Europeia. In S. O. Pais (coord.). *Uma abordagem jurisprudencial*, pp. 41-92. Almedina.
- MESQUITA, M. J. R. (2022). *Introdução ao contencioso da União Europeia*, 4.ª edição. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, L. M. (2020). Anotação ao Art. 197.º. In *Código do Trabalho anotado*, pp. 498-503, 13.ª edição. Coimbra: Almedina.
- MOREIRA, A. J. (2024). *Escravidão, dignidade, trabalho*, 6.ª edição. Almedina.
- MOURA, J. B. (1979/1980). *Direito do trabalho (notas de estudo)*, policopiado, Lisboa.
- PAIS, S. O. (2010). Algumas reflexões sobre o princípio da interpretação conforme no contexto da ‘transposição judicial’ das directivas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, pp. 489-517.
- PAIS, S. O. (2017). Princípios fundamentais de direito da União Europeia. In S. O. Pais (coord.). *Uma abordagem jurisprudencial*, pp. 41-92. Almedina.
- PAIS, S. O. (2021). A aplicação do direito da concorrência nos mercados laborais: Participação de trabalhadores das plataformas digitais em convenções coletivas e acordos de não contratação. *Questões Laborais*, n.º 58, pp. 45-72.
- PINTO, M., MARTINS, P. F. & CARVALHO, A. N. (1996). *Glossário de direito de trabalho e relações industriais*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RAMALHO, M. R. P. (2009). *Direito social da União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M. R. P. (2013). Comentário ao artigo 31.º. In M. Canotilho & A. Silveira (coord.). *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*, pp. 375-383. Coimbra: Almedina.

- RAMALHO, M. R. P. (2023). *Tratado de direito do trabalho, Parte III – Situações laborais coletivas*, 4.^a edição. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M. R. P. (2024). *Tratado de direito do trabalho, Parte II, Situações laborais individuais*, 9.^a edição– reimpressão. Coimbra: Almedina.
- REIS, V. (2018). Anotações de jurisprudência – Tribunal de Justiça. *Prontuário de Direito do Trabalho*, I, pp. 15 e ss. Almedina.
- RIBEIRO, A. T. (2014). Portarias de extensão – Um breve olhar. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 25, pp. 15-27.
- RIBEIRO, A. T. (2015). Portarias de extensão – As novas regras e a sua repercussão nas relações jurídico-laborais. *Questões Laborais*, n.º 46, pp. 29-45.
- RIBEIRO, A. T. (2019). Recentes desenvolvimentos legislativos e jurisprudenciais no domínio das portarias de extensão. *Prontuário de Direito do Trabalho*, I, pp. 315-330.
- RIBEIRO, M. F. (2006). Breves notas críticas sobre a evolução de alguns aspetos do regime de duração e organização do tempo de trabalho. *Questões Laborais*, XIII, n.º 28, pp. 219-249.
- RISAK, M. (2014). 2003/88EC: Working time. In M. Schlachter (ed.). *EU labour law: A commentary*, pp. 385-419. Kluwer Law International.
- ROCHA, T. (2018). Algumas considerações sobre o conceito de tempo de trabalho, em especial sobre o tempo de deslocação. *Questões Laborais*, n.º 52, pp. 33-71.
- RODRIGUEZ-PINERO & BRAVO-FERRER (2010). Efecto directo e invocabilidad interprivatos de las directivas. *Relaciones Laborales*, n.º 6, pp. 1-8.
- ROUXINOL, M. S. (2006). O Princípio do tratamento mais favorável nas relações entre a lei e a convenção coletiva do trabalho. *Questões Laborais*, n.º 28, pp. 159-190.
- ROUXINOL, M. S & VICENTE, J. N. (2023). Duração e organização do tempo de trabalho. In *Direito do trabalho: Relação individual*, pp. 801-892, 2.^a edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- SILVA, C. A. (2023). “Eight hours of work, eight hours of play, eight hours of sleep”: E os “tempos de prevenção”? *Prontuário de direito do trabalho*, I, pp. 169-210.
- SILVA, L. G. (2001). Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão. *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, vol. I, pp. 659-771.
- SILVA, L. G. (2021). *Portaria de extensão: Contributos para o seu estudo*. Lisboa: Instituto de Direito de Trabalho.
- SILVA, M. C., HESPANHA, P. & CALDAS, J. C. (2017). *Trabalho e políticas de emprego – Um retrocesso evitável*. Actual Editora.
- SOARES, R. (1978). *Direito administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora.
- SOUSA, P. F. & MOREIRA, F. N. (2018). O tempo de disponibilidade do trabalhador – perspectiva laboral, fiscal e contributiva. *Prontuário de direito do trabalho*, II, pp. 195-215.
- XAVIER, B. L. (2005). As fontes específicas de direito do trabalho e a superação do princípio da filiação. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, abril/dezembro, pp. 117-153.
- XAVIER, B. L. G. (2020). *Manual de direito do trabalho*, 4.^a edição revista e atualizada. Sintra: Rei dos Livros.

Lista de jurisprudência

I. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de dezembro de 1974, Caso Yvonne van Duyn contra Home Office, Proc. 41/74, ECLI:EU:C:1974:133. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61974CJ0041&qid=1742671660769>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de abril de 1984, Caso Sabine von Colson e Elisabeth Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen, Proc. 14/83, ECLI:EU:C:1984:153. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0014&qid=1742671905262>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de fevereiro de 1986, Caso M. H. Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, Proc. C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0152&qid=1742671186224>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de novembro de 1990, Caso Marleasing SA contra La Comercial Internacional de Alimentación SA, Proc. C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61989CJ0106&qid=1742672289940>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de setembro de 1996, Caso Arcaro, Proc. C-168/05, ECLI:EU:C:1996:363. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0168&qid=1738523256429>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de novembro de 1996, Caso Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte vs. Conselho da União Europeia, Proc. C-84/94, ECLI:EU:C:1996:431. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0084&qid=1738332251532>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de setembro de 1999, Caso Albany, Proc. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0067&qid=1743695423240>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de setembro de 2000, Caso Pavlov, Proc. C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0180&qid=1743695597843>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de outubro de 2000, Caso SIMAP, Proc. C-303/98, ECLI:EU:C:2000:528. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0303&qid=1738338781522>.
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de setembro de 2003, Caso Jaeger, Proc. C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0151&qid=1738338710750>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de outubro de 2004, Caso Pfeiffer, Proc. C-397/01, ECLI:EU:C:2004:584. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0397&qid=1738333013657>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 1 de dezembro de 2005, Caso Dellas, Proc. C-14/04, ECLI:EU:C:2005:728. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0014&qid=1738338623178>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 24 de janeiro de 2012, Caso Maribel Dominguez, Proc. C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0282&qid=1738521405518>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de dezembro de 2014, Caso FNV Kunsten Informatie en Media, Proc. C-413/13. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62013CA0413&qid=1743696074090>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de setembro de 2015, Caso Tyco, Proc. C-266/14, ECLI:EU:C:2015:578. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0266&qid=1738342427120>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de fevereiro de 2018, Caso Matzak, Proc. C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0518&qid=1738339105498>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de março de 2021, Caso Radiotelevizija Slovenija, Proc. C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0344&qid=1738339062629>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de março de 2021, Caso Stadt Offenbach am Main, Proc. C-580/19, ECLI:EU:C:2021:183. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62019CJ0580>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de setembro de 2021, Caso XR, Proc. C-107/19. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62019CA0107&qid=1741546190858>.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de novembro de 2021, Caso MG/Dublin City Council, Proc. C-214/20. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62020CA0214&qid=1741547216705>.

II. Jurisprudência Nacional (disponíveis em www.dgsi.pt)

1. Tribunal Constitucional:

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 14 de setembro de 1989, Relator Messias Bento, Proc. n.º 200/88.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 10 de fevereiro de 1993, Relator Luís Nunes de Almeida, Proc. n.º 74/90.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 2 de março de 1994, Relator António Vitorino, Proc. n.º 276/93.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 22 de fevereiro de 1995, Relator Messias Bento, Proc. n.º 127/94.

Acórdão do Tribunal Constitucional de 4 de outubro de 2022, Relator José António Teles Pereira, Proc. n.º 971/2021.

2. Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07 de fevereiro de 1991, relator Sousa Macedo, Proc. n.º 003159.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02 de novembro de 2004, relator Mário Pereira, Proc. n.º 340/04.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de fevereiro de 2005, relator Fernandes Cadilha, Proc. n.º 04S3164.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de novembro de 2008, relator Sousa Grandão, Proc. n.º 09S0930.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 2017, relator Gonçalves Rocha, Proc. n.º 393/16.8T8VIS.C1.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de junho de 2018, relator Gonçalves Rocha, Proc. n.º 3910/16.0T8VIS.C1.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09 de janeiro 2019, relator Ribeiro Cardoso, Proc. n.º 2066/15.0T8PNF.P1.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 2022, relator Mário Belo Morgado, Proc. n.º 1842/19.9T8FAR.E1.S1.

3. Tribunal da Relação do Porto:

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de fevereiro de 2016, relator Paula Maria Roberto, Proc. n.º 1116/14.1T8PNF.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 02 de julho de 2011, relator Machado da Silva, Proc. n.º 636/09.4TTPRT-P1.

III. Jurisprudência do EFTA

Acórdão do EFTA, de 22 de março de 2002, Caso Landsorganisasjonen i Norge, Proc. E-8/00.
<https://eftacourt.int/cases/e-08-00/>.

Ukraine's stolen generations
The forcible transfer of Ukrainian children as cultural genocide

Pedro Henrique Lavinas Ortman

Sob a orientação do Professor
Doutor José Alberto Azeredo Lopes

To my grandmother Yaracy,
my greatest inspiration and example of humaneness.

Acknowledgements

I would like to express my gratitude to a few persons who were fundamental to the realisation of this dissertation.

Firstly, I would like to thank my supervisor, Professor José Alberto Azeredo Lopes, for believing in my proposal from the very beginning and for all his guidance during this process. I would also like to extend my gratitude to Professor Nuno Pinheiro Torres, who has kindly shared with me relevant and useful sources and materials.

I would like to thank Professor Paula Wojcikiewicz Almeida for the opportunity to work with her research projects at FGV Rio Law School and for always having in mind that I was also writing this dissertation during this period.

To Maria Luiza, I would like to thank for standing by my side throughout this process and for supporting me at all times, especially during my daily commute between Coimbra and Porto in my first year of the Masters.

A final word of gratitude is owed to my mother, Andréa, who has always encouraged me to pursue my aspirations and for her unconditional support over the course of this chapter of my life.

Resumo

A presente dissertação foca-se no estudo de caso da transferência forçada de crianças ucranianas, levada a cabo pela Federação Russa no contexto da invasão russa da Ucrânia. À luz da decisão do Tribunal Penal Internacional de emitir mandados de detenção qualificando estes atos como crimes de guerra, o objetivo desta análise é lançar luz sobre esta prática de transferência forçada de crianças, propondo que tais atos constituem outro crime internacional: o crime de genocídio, sob a forma de genocídio cultural. Para este fim, esta dissertação examina a relação entre estes conceitos através do estudo das origens históricas do crime de genocídio e da sua evolução até à formulação adotada na Convenção sobre o Genocídio, bem como através da análise das evidências existentes para estabelecer os requisitos para a prática do crime.

Palavras-chave: Transferência forçada de crianças; genocídio; genocídio cultural; Ucrânia; Rússia; invasão russa da Ucrânia; Tribunal Penal Internacional; mandado de detenção.

Abstract

The present dissertation focuses on the case study of the forcible transfer of Ukrainian children, carried out by the Russian Federation in the context of the Russian invasion of Ukraine. In light of the decision of the International Criminal Court to issue arrest warrants qualifying these acts as war crimes, the aim of this analysis is to shed light on this practice of forcibly transferring children, proposing that such acts constitute another international crime: the crime of genocide, in the form of cultural genocide. To this end, this dissertation examines the relationship between these concepts through the study of the historical origins of the crime of genocide and its evolution to the formulation adopted in the Genocide Convention, as well as by examining the available evidence to establish the requirements for the commission of the crime.

Keywords: Forcible transfer of children; genocide; cultural genocide; Ukraine, Russia; Russian invasion of Ukraine; International Criminal Court; arrest warrant.

Disclaimer

Throughout this dissertation, a number of terms will be used repeatedly. The terms ‘forcible transfer’, ‘forced transfer’, ‘forcible removal’, ‘enforced relocation’ and ‘deportation’ will be employed as interchangeable concepts.

Acronyms and abbreviations

CCR	Commissioner for Children's Rights
CPPCG	Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide
DPR	Donetsk People's Republic
ECOSOC	Economic and Social Council
FTC	Forcible transfer of children
HREOC	Human Rights and Equal Opportunity Commission
ICC	International Criminal Court
ILC	International Law Commission
IHL	International Humanitarian Law
IHRL	International Human Rights Law
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
IICIU	Independent International Commission of Inquiry on Ukraine
ICJ	International Court of Justice
ICL	International Criminal Law
ICTY	International Criminal Tribunal to Former Yugoslavia
IMT	International Military Tribunal
LPR	Lugansk People's Republic
OTP	Office of the Prosecutor
OHCHR	Office of the UN High Commissioner for Human Rights
TRC	Truth and Reconciliation Commission
TOT	Temporarily Occupied Territories
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UNGA	UN General Assembly

Table of contents

Introduction	9
I. The Facts	11
A. Examples of FTC in history	11
1. The “Stolen Generations” in Australia and Canada	11
2. War and FTC	12
B. Forcible transfer of Ukrainian children in the context of the Russian invasion of Ukraine	13
1. Forced transfer of civilians from the outset of the Russian aggression	13
2. Types of FTC implemented by Russia	15
a. Transfer of children in institutions and separated from their families during the hostilities	15
b. Transfer of children who have lost contact with their family as a result of the “filtration” process	16
c. Children who, with or without parental consent, have travelled temporarily to re-education camps in Russia	17
3. Enactment of legislation enabling FTC	18
4. Other acts: Attacks on cultural objects and Russia’s rhetoric against Ukrainians	19
II. FTC: War crime or a case of genocide?	20
A. FTC as a war crime	20
1. Basic elements	20
2. ICC investigation in Ukraine: The Prosecutor’s decision	20
B. FTC, genocide and cultural genocide	22
1. Cultural genocide as conceptualised by Raphael Lemkin	22
2. Historical-legal review of the elaboration of the Genocide Convention	24
III. Prosecuting FTC as genocide	31
A. The elements of the crime of forcibly transferring children under Article II e) of the CPPCG	31
1. Physical element	31
a. Forcible transfer	31
b. Ukrainian children	33
2. Mental element	33
a. Specific intent to forcibly transfer children	34

b. Dolus specialis	34
i. Forcible transfers per se	35
ii. Larger programme to commit genocide	36
B. Prosecution at the ICC	37
1. Potential challenges	37
2. Arrest warrant: a non-official sanction?	37
Conclusion	39
Bibliography	41

Introduction

With the outbreak of hostilities following the new wave of aggression by the Russian Federation against Ukraine in 2022, Russian forces have forcibly transferred Ukrainian children from their country to Russia or to territories under their control. Other terms have been used to describe these actions, such as kidnappings, abductions or stealing of children. The facts show that an incalculable number of Ukrainian children have been taken from their group against their will or that of their parents.

Throughout history, deportation or forcible transfer of civilian populations has been a common occurrence in times of armed conflict or occupation.¹ It is firmly established in international law that such practices constitute a violation of IHL, which may fall under the categories of war crimes or crimes against humanity.²

In February 2022, the Prosecutor of the International Criminal Court (ICC) announced his decision to open an investigation into the situation in Ukraine. The Office of the Prosecutor (OTP) decided to request the Court to issue arrest warrants for the perpetrators, qualifying the acts as war crimes. Nevertheless, this decision is highly questionable. When the transferred civilians are children, a distinct legal possibility may arise: the crime of genocide by forcible transfer of children (FTC).

The crime of genocide is defined in Article II of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, or Genocide Convention (CPPCG). Article II, paragraph e) includes within the scope of genocide acts of forcibly transferring children of one group to another. This is a result of the historical origins of the crime of genocide and its evolution to the formulation contained in the convention.

The purpose of this study is to demonstrate that there is evidence to qualify the acts of forcible transfer of Ukrainian children as crime of genocide. In addition, this research aims to prove that these acts constitute a specific form of this crime, the so-called 'cultural genocide'.

In Chapter I, this dissertation will discuss the facts. It begins by addressing previous examples of FTC in history. It will then provide an analysis on the available evidence concerning the transfers of Ukrainian children in the context of the Russian aggression against Ukraine.

Chapter II will present a critical analysis of the qualification proposed by the ICC Prosecutor. It then explores the relationship between FTC, the crime of genocide and cultural genocide, through a historical-legal review of the elaboration of the CPPCG.

¹ Fernández Sánchez, 2019, p. 1.

² ICRC, s.d.; Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, art. 7(1)(d).

Finally, Chapter III will examine the specific set of requirements for the crime of genocide under Article II e) of the CPPCG, followed by a discussion on the prosecution of this crime at the ICC stage.

I. The Facts

A. Examples of FTC in history

Throughout history, forcible transfer of civilian populations has been a common occurrence in times of occupation or armed conflict, a phenomenon that is especially heinous when it involves children.³ As it will be discussed, FTC is neither a new nor an isolated practice.

1. The “stolen generations” in Australia and Canada

From the beginning of the European occupation of Australia, indigenous children have been forcibly removed from their families and communities.⁴ Indigenous Aboriginal children have been subjected to numerous human rights violations during the colonisation period and subsequently under the aegis of the Australian state.⁵

In Australia, it was a programme that initially focused on the so-called ‘half-cast’ children, before being generalised and administered to all Aboriginal children in 1940.⁶ The transfers lasted until the 1960s.⁷ Children were transferred either to boarding schools or to white Australian families in order to be acculturated and assimilated.⁸ Indigenous children were often placed under the ‘guardianship’ of a public ‘protector’.⁹ This ‘protector’ could remove children from their families in case of neglect, and this argument was used recurrently by the authorities.¹⁰

In most cases, these transfers occurred without parental consent.¹¹ In cases where it was required, authorities would pressure and threaten parents if they initially refused.¹² Authorities would sometimes proceed to the separation of children “by taking the child from the mother’s arms”.¹³

In the 1990s, the HREOC was requested to undertake an inquiry into the separation of indigenous children from their families”.¹⁴ In 1997, it published a report entitled “Bringing Them Home”.¹⁵ This was the final report of a major inquiry into the separation of indigenous children from their families.¹⁶ Its most relevant conclusion was

³ Fernández Sánchez, 2019, p. 1.

⁴ Australian Human Rights Commission, 1997, p. 22.

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ Novic, 2016, p. 40.

⁷ Australian Human Rights Commission, 1997, p. 30.

⁸ Novic, 2016, p. 40.

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹ Australian Human Rights Commission, 1997, pp. 5-8.

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ Australian Human Rights Commission, 1997, p. 5.

¹⁴ Australian Human Rights Commission, 1997, p. 2.

¹⁵ Australian Human Rights Commission, 1997.

¹⁶ Woodford, 2022.

that the forcible removal of children from indigenous Australians could be qualified as genocide.¹⁷ The victims of these practices have been known as the “Stolen Generations”.¹⁸

In Canada, the practice of forcibly removing indigenous children from their families and sending them to residential schools was also extensively carried out from the 1870s until the 1970s.¹⁹ The conditions imposed on the children were similar to those inflicted on Australian indigenous.²⁰

The purpose of these practices was not to educate the children, but primarily to break their connection to their culture and identity.²¹ During the 1980s, survivors of the residential school system began to seek compensation. Later, the TRC was established, empowered to reconstruct the history of the residential school system, raise awareness and make recommendations to the Government of Canada.²² In 2008, the Prime Minister of Canada issued a formal apology to the victims.²³

The TRC published a final report in 2015.²⁴ In a landmark conclusion, the report categorised the residential school system for indigenous children as “cultural genocide”.²⁵

These two cases were prominent for having recognised such practices as FTC and qualified them as genocide. However, this recognition was only achieved at the national level, due to states’ willingness to acknowledge the harm inflicted upon the victims, who belonged to indigenous groups. Controversies have emerged over the question of whether these policies were deliberately designed to result in the destruction of groups, rather than being merely a probable outcome.²⁶ The conclusions of the two commissions remain non-binding and governments and courts have not yet embraced the label of genocide for these practices.²⁷

2. War and FTC

FTC has also been implemented during armed conflicts. During the Second World War, the German Nazi regime orchestrated large-scale operations to forcibly transfer children from occupied territories (mainly children of Polish origin, but also others such

¹⁷ Australian Human Rights Commission, 1997, pp. 235-239.

¹⁸ Reconciliation Australia, 2020.

¹⁹ Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015, p. 3.

²⁰ Novic, 2016, p. 41.

²¹ Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015, p. 2.

²² Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015, pp. 5-10.

²³ National Centre for Truth and Reconciliation, 2020.

²⁴ Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015.

²⁵ Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015, p. 1.

²⁶ Guilfoyle, 2016, p. 279.

²⁷ Novic, 2016, p. 42.

as Ukrainian children) to Germany.²⁸ These transfers targeted children who possessed so-called “Aryan” traits.²⁹

The transfers took place as part of the Lebensborn program, a policy designed to increase Germany’s population.³⁰ These measures aimed at the ‘germanisation’ of ‘biologically valuable’ children, who were to be raised within German families, in accordance with the regime’s racial ideology and eugenics theories.³¹

Children have been abducted from foster homes and orphanages, and even directly from their parents.³² They were tested to verify their racial status, and those regarded as insufficiently Aryan were sent to concentration camps, where many were killed.³³ Those who passed the test were sent to Germany and forced to assimilate.³⁴ At least 40,000 children from the ages of 10 to 14 had been stolen from their families³⁵, and other sources estimated that 200,000 Polish children had been abducted.³⁶

After the end of the war, at the IMT, the Prosecutors made multiple references to genocide in the indictment, citing FTC (under the name of ‘kidnapping children’) as a genocidal act.³⁷

B. Forcible transfer of Ukrainian children in the context of the Russian invasion of Ukraine

1. Forced transfer of civilians from the outset of the Russian aggression

On 24 February 2022, President Putin announced that Russian forces would engage in a “special military operation” in Ukraine.³⁸ On the same day, Russian forces crossed several border points into Ukraine and conducted attacks by land, air and sea.³⁹ This event marked the beginning of a full-scale invasion of Ukraine that completed three years in 2025, despite tensions in the region having been ongoing for almost a decade.⁴⁰

²⁸ Dyck, 2013, p. 20.

²⁹ United States Holocaust Memorial Museum, 2020.

³⁰ Idem, *ibidem*.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² Dyck, 2013.

³³ Idem, *ibidem*.

³⁴ Idem, *ibidem*.

³⁵ United States Government Printing Office, 1946, p. 71.

³⁶ Dyck, 2013.

³⁷ United States Government Printing Office, 1946, p. 89.

³⁸ President of the Russian Federation, 2022a.

³⁹ UN OHCHR, 2022, p. 6.

⁴⁰ Walker, 2024, pp. 4-5.

The event is widely regarded as an aggression against Ukraine by the Russian Federation, as evidenced by numerous international legal instruments.⁴¹

In the preceding days, President Putin had recognised the provinces of Donetsk and Luhansk, in eastern Ukraine, as independent republics.⁴² These territories are referred to by Russia as DPR and LPR.⁴³ Under Ukrainian law, these are considered Temporarily Occupied Territories (TOT).⁴⁴

Since 2014, and particularly since 2022, Russia has advanced a policy of large-scale, systematically enforced displacement and deportation of Ukrainian citizens.⁴⁵ Alongside millions of displaced civilians, there have been numerous reports of Ukrainian children being forcibly transferred to the territory of Russia.⁴⁶

In the context of the conflict, several Russian authorities have explicitly issued threats to transfer Ukrainian children.⁴⁷ Maria Lvova-Belova, Russia's Commissioner for Children's Rights (CCR), has confirmed her intention to transfer children on multiple occasions via her official website.⁴⁸ In a meeting with President Putin on 9 March 2022, she reported that a total of 1,090 Ukrainian children, whom she referred to as "orphans", had arrived in Russia.⁴⁹ She stated that she was working to find temporary accommodation or permanent settlement for them.⁵⁰ During the meeting, President Putin suggested amending the legislation, ultimately facilitating the permanent settlement of Ukrainian children in Russia.⁵¹

There have been reports that the Russian occupation authorities have threatened to take away the children of Ukrainian parents who refuse to enrol their children in schools using the Russian curriculum.⁵² The Independent International Commission of Inquiry in Ukraine (IICIU), established by the UN Human Rights Council in February 2022, has reported that parents in the occupied regions of Ukraine have received threats and intimidating messages, with the aim of forcing them to register their children in schools operating under the system of the Russian Federation.⁵³

⁴¹ At least three UNGA Resolutions (ES-11/1, ES-11/2 and ES-11/5) and six UN reports of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine have designated the event using such nomenclature.

⁴² UN OHCHR, 2022, p. 6.

⁴³ Federation Council of the Federal Assembly of the Russian Federation, s.d.-a; Federation Council of the Federal Assembly of the Russian Federation, s.d.-b.

⁴⁴ Ministry for Development of Communities and Territories of Ukraine, s.d.

⁴⁵ Umland, 2024, p. 4.

⁴⁶ Ioffe, 2023, p. 315.

⁴⁷ Ibidem, p. 325.

⁴⁸ Idem, ibidem.

⁴⁹ President of the Russian Federation, 2022b.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ Idem, ibidem.

⁵² Orlova, 2022.

⁵³ UN OHCHR, 2023, p. 15.

A range of coercive measures have been employed by the Russian military and affiliated forces to compel Ukrainian civilians to relocate to either Russia or the TOT.⁵⁴ Russian armed forces have attacked individuals in humanitarian corridors intended for the evacuation of Ukrainians from conflict zones to the rest of Ukraine's territory.⁵⁵ Amnesty International has reported that a significant proportion of displaced Ukrainians have found themselves in Russia or in the TOT against their will, even in the absence of direct physical force.⁵⁶

As to the quantity of children forcibly transferred, the exact number remains unknown.⁵⁷ In October 2022, Ukraine's CCR received official requests from parents and other relatives concerning 8,709 children who had been forcibly transferred to Russia.⁵⁸

The Ukrainian Government has created an official registry of missing children.⁵⁹ This platform serves as a channel for communicating the disappearance of a child or to inform of a child's deportation.⁶⁰ This registry is updated by law enforcement bodies in Ukraine.⁶¹ As of 14 February 2025, the registry indicated that 19,546 children had been forcibly transferred, 2,055 were missing, and only 388 had been returned.⁶² These numbers refer exclusively to children whose families were able to officially register forcible transfers⁶³, what indicates that the actual number of victims is significantly higher.⁶⁴ According to the President of Ukraine, Volodymyr Zelenskyy, in June 2022, approximately 200,000 Ukrainian children were forcibly transferred to Russia.⁶⁵ Other sources have claimed that the number totalled 240,000.⁶⁶

Meanwhile, Russia has alleged that the number of Ukrainian children that have entered the country since February 2022 exceeds 700,000.⁶⁷ CCR Lvova-Belova claimed that the majority of these children came to Russia accompanied by parents and relatives.⁶⁸

⁵⁴ Human Rights Watch, 2022.

⁵⁵ UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 2023, para. 57.

⁵⁶ Amnesty International, 2022.

⁵⁷ Ioffe, 2023, p. 325.

⁵⁸ Lipchansky, 2022.

⁵⁹ Children of War, s.d.-a.

⁶⁰ Idem, *ibidem*.

⁶¹ Idem, *ibidem*.

⁶² Children of War, s.d.-b.

⁶³ Ioffe, 2023, p. 326.

⁶⁴ *ibidem*.

⁶⁵ AP, 2022.

⁶⁶ Human Rights Watch, 2022.

⁶⁷ Current Time, 2023.

⁶⁸ Idem, *ibidem*.

2. Types of FTC implemented by Russia

a. Transfer of children in institutions and separated from their families during the hostilities

Evidence indicates that Russian authorities have forcibly transferred Ukrainian children residing in institutions from areas under their control in Ukraine to other locations and to the Russian Federation.⁶⁹ The UN has acknowledged that there were credible allegations of forced transfers of unaccompanied children to the TOT or to Russia itself.⁷⁰ In March 2022, CCR Lvova-Belova confirmed that around 1,500 Ukrainian “orphans”, mostly children from boarding schools and orphanages in the Donbass region, had been transferred to Russia.⁷¹ On 15 July, she revealed that she had just returned from a visit to the ‘DPR’, during which she had brought a group of 13 “orphans”, specifically from children’s institutions in the TOT, to be placed with families in Russia. Another event was the transfer of 19 children, this time from the DPR to Rostov-on-Don, Russia.⁷²

As presented above, Lvova-Belova has stated that the Russian authorities were “evacuating only ‘orphans’ and children left without parental care” residing in specialised institutions in the TOT to the Russian territory, and that they were not prevented from being reunited with blood relatives. However, reports indicate that these “orphans” include children who have living parents or family members capable of providing care for them, or children who temporarily lost contact with their family members during the hostilities.⁷³ Ukraine alleges that most children residing in orphanages or similar institutions are not true orphans, but rather have been placed there due to their families’ challenging circumstances.⁷⁴

Ukrainian authorities verified that children forcibly transferred to Russia also included children who were separated from their families during the hostilities.⁷⁵ In certain cases, Russian military personnel had deliberately separated Ukrainian children from their parents, a practice that was particularly evident in hospitals in the temporarily occupied territories.⁷⁶ Human Rights Watch has confirmed one case in which 17 Ukrainian children were forcibly transferred by Russian authorities from a healthcare

⁶⁹ UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 2023, para. 97.

⁷⁰ Al Jazeera, 2022.

⁷¹ Priemskaya, 2022.

⁷² Osadcha, 2022.

⁷³ UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 2023.

⁷⁴ El Deeb, Shvets & Tilna, 2023.

⁷⁵ Dolotova, 2022.

⁷⁶ Idem, *ibidem*.

facility in Mariupol in Ukraine and taken to Russia.⁷⁷ The children were in an ambulance that was stopped at a DNR checkpoint and the children were taken away by DNR forces, leaving it unclear as to where the children were taken.⁷⁸

b. Transfer of children who have lost contact with their family as a result of the “filtration” process

Russian authorities have been reported to have separated Ukrainian children from their parents at so-called ‘filtration points’ following the detention of a parent.⁷⁹ This policy of ‘filtering’ the population is considered to be a means of suppressing Ukrainian resistance and enforcing loyalty among the remaining population.⁸⁰

The “filtration” process involved a compulsory screening procedure entailing interrogations concerning their political views and a search of their personal belongings, including telephones, and the collection of biometric data.⁸¹ Many were obliged to remain at the filtration points for long periods of time awaiting processing.⁸² Those who were considered to have “failed” the filtration process in the DNR, apparently due to their suspected connections to the Ukrainian military or alleged nationalist groups, were arrested and detained within the DNR or forcibly disappeared.⁸³

The objective of these camps was twofold.⁸⁴ Firstly, the purpose of the camps was to identify and neutralise individuals considered disloyal to the Putin regime.⁸⁵ Secondly, they were intended to manage the movement of Ukrainians across Russian territory.⁸⁶

It has been reported that in cases where parents or other accompanying adults were unable to pass the filtration process, children were forcibly transferred to Russia, while the adults remained behind.⁸⁷

⁷⁷ Human Rights Watch, 2022, p. 55.

⁷⁸ Ibidem, p. 73.

⁷⁹ UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 2023, para. 97.

⁸⁰ United States Department of State, 2022.

⁸¹ Ostrovsky, Tiefenthaler & Pavone, 2022.

⁸² Human Rights Watch, 2022, p. 73.

⁸³ Idem, ibidem.

⁸⁴ Urbancik & Rudenko, 2024.

⁸⁵ Idem, ibidem.

⁸⁶ Idem, ibidem.

⁸⁷ UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 2023, para. 97.

c. Children who, with or without parental consent, have travelled temporarily to re-education camps in Russia

A significant number of children from regions that had come under the control of Russia travelled temporarily, with or without parental consent, to vacation camps in the Russian territory or in Crimea and the city of Sevastopol, in Ukraine.⁸⁸

Russia has operated a large, systematic network of camps and other facilities that held at least 6,000 children from Ukraine in Russian-occupied Crimea and on the Russian mainland in 2022.⁸⁹ There have been at least 43 institutions operating summer camps.⁹⁰ Of these, at least 32 have been identified as being conducting systematic re-education efforts, exposing Ukrainian children to Russia-centred academic, cultural, patriotic and military education.⁹¹ Evidence has been found that multiple camps endorsed by Russia are being promoted as “integration programs”, with the objective of assimilating children from Ukraine into the Russian government’s conception of national culture, history, and society.⁹²

In fact, Ukrainian children have been subjected to indoctrination and, in some cases, military training.⁹³ Evidence reveals that all levels of the Russian government are involved in this practice.⁹⁴ The OHCHR stated in June 2022 that Russia’s removal of children from Ukraine “do not appear to include steps for family reunification or respect the best interests of the child”.⁹⁵

Following the restoration of state control by Ukrainian forces in some regions, Russian authorities required parents or guardians to travel personally to regain custody of their children.⁹⁶ Logistical and security challenges have prevented many parents from travelling, leading to prolonged or indefinite separation.⁹⁷ Some have later been informed that their children would be placed in foster care or adopted.⁹⁸

3. Enactment of legislation enabling FTC

On 30 May 2022, President Putin signed a decree granting Russian citizenship via a simplified procedure to orphaned children and those without parental care, who have Ukrainian citizenship and reside in “DPR, LPR, and Ukraine”.⁹⁹ CCR Lvova-Belova

⁸⁸ Ibidem, p. 99.

⁸⁹ Yale HRL, 2023, p. 4.

⁹⁰ Ibidem, p. 5

⁹¹ Idem, ibidem.

⁹² Idem, ibidem.

⁹³ Ibidem, p. 8.

⁹⁴ Ibidem, p. 5.

⁹⁵ United Nations, 2022.

⁹⁶ UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 2023, para. 99.

⁹⁷ Idem, ibidem.

⁹⁸ Ibidem, p. 100.

⁹⁹ Russia’s Official Internet Platform for Legal Information, 2022.

confirmed that in July 2022, almost 200 Ukrainian children had been granted Russian citizenship as a result of this legislation.¹⁰⁰ She declared that “now that the children have become Russian citizens, temporary guardianship can become permanent”¹⁰¹. Also, Lvova-Belova revealed that the transfer of children “was preceded by a large and painstaking work, which was carried out taking into account the legislative features of the interested states, and was connected with the preparation of documents, the choosing of regions capable of creating the necessary conditions (...)”.¹⁰²

In order to encourage the adoption and fostering of children forcibly transferred from Ukraine by Russian citizens, the Russian government implemented supplementary financial benefits for adoptive families.¹⁰³ Russia has committed to providing a “one-time payment of maternity benefits and state aid”.¹⁰⁴ An annual payment was granted for each adopted child, with a higher amount for a child with a disability, a child older than seven years of age, or the adoption of siblings.¹⁰⁵

More recently, on 4 January 2024, President Putin signed a decree determining certain categories of foreign citizens and stateless persons who would be granted the right to apply for Russian citizenship.¹⁰⁶ The decree introduces a simplified procedure for Russian citizenship acquisition by orphans, children without parental care, legally incapable Ukrainian citizens, and stateless persons who have permanently resided in Ukraine.¹⁰⁷ The Ukrainian government has asserted that this decree constitutes a grave violation of its legislation, as well as of the norms of international law.¹⁰⁸

4. Other acts: Attacks on cultural objects and Russia’s rhetoric against Ukrainians

In addition to the reports on FTC, the IICIU has identified destruction of cultural objects and calls for the destruction of Ukrainians as a people. There have been reports of destruction and looting of Ukrainian cultural heritage by Russian forces, such as in Odesa province, where Russian attacks damaged several cultural buildings, according to Ukrainian authorities.¹⁰⁹ Most of the buildings affected were located in the area of the

¹⁰⁰ Mordovmedia, 2022.

¹⁰¹ UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 2023, para. 96.

¹⁰² Commissioner Lvova-Belova, 2022a.

¹⁰³ Krechetova, 2022.

¹⁰⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁶ President of the Russian Federation, 2024.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁸ Ministry of Foreign Affairs of Ukraine, 2024.

¹⁰⁹ UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 2024, para. 29.

historic centre of the city of Odesa, which is listed as a World Heritage Site. In Mariupol, Russian forces demolished a memorial to the victims of the Holodomor famine.¹¹⁰

Reports indicate a widespread process of ‘russification’ of Ukrainian children through re-education in Russian language, culture and history.¹¹¹ Children are reported to have been forbidden to speak Ukrainian and exposed to propaganda.¹¹²

Furthermore, the IICIU has indicated that several public statements have been identified as employing dehumanising language, inciting hatred, violence and destruction against Ukraine.¹¹³ For example, the denial of the right of Ukrainians to exist has been widely broadcast on Russian television,¹¹⁴ with multiple references to them as “subhuman”, “animals” and “Nazis”.¹¹⁵ These statements have been attributed to individuals who have expressed their support for the full-scale invasion of Ukraine by the Russian Federation¹¹⁶, including members of the Russian Government, the Russian Parliament and other prominent figures.

II. FTC: War crime or a case of genocide?

Once the facts have been examined, a question arises: how does international law address FTC? Based on a choice of the ICC Prosecutor, Karim Khan, the ICC issued arrest warrants for the perpetrators, qualifying the acts as war crimes. Nonetheless, a distinct legal possibility should have been sought: the crime of genocide by forcible transfer of children.

A. FTC as a war crime

1. Basic elements

For an act to be categorised as a war crime, specific criteria must be met. Firstly, it is necessary to establish the nexus requirement.¹¹⁷ Secondly, the act must have been committed against a protected person or object.¹¹⁸ Finally, the perpetrator must have acted with the relevant mental state.¹¹⁹

¹¹⁰ Balachuk, 2022.

¹¹¹ Council of Europe, 2023.

¹¹² Idem, ibidem.

¹¹³ UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 2024, para. 98.

¹¹⁴ Davis, 2022.

¹¹⁵ Apt, 2024.

¹¹⁶ UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 2024.

¹¹⁷ Guilfoyle, 2016, p. 211.

¹¹⁸ Idem, ibidem.

¹¹⁹ Idem, ibidem.

The nexus requirement is defined as the connection to an armed conflict.¹²⁰ The ICC Elements of Crimes stipulate that a war crime must be committed ‘in the context of and associated with’ an armed conflict.¹²¹ With respect to the requirement that the act must be committed against a protected person, children are protected from forcible transfers by virtue of the general protection afforded to members of the civilian population, as well as the specific protection provided by numerous instruments, such as the Fourth Geneva Convention and Protocol I.¹²² Lastly, the requisite mental state is understood as intent and knowledge.¹²³

In the course of the ICC investigation into the situation in Ukraine, the OTP found that all these requirements had been established.

2. ICC investigation in Ukraine: The Prosecutor’s decision

Five days after Russia’s full-scale invasion of Ukraine, the ICC Prosecutor affirmed that he was “closely following recent developments in and around Ukraine with increasing concern”.¹²⁴ He recalled the declaration lodged on 8 September 2015 by Ukraine accepting the jurisdiction “for the purpose of identifying, prosecuting and judging the perpetrators and accomplices of acts committed in the territory of Ukraine since 20 February 2014”.¹²⁵ In light of these findings, he declared that his Office “may exercise its jurisdiction over and investigate any act of genocide, crime against humanity or war crime committed within the territory of Ukraine since 20 February 2014 onwards”.¹²⁶

On 28 February 2022, the Prosecutor declared his decision to open an investigation into the situation in Ukraine.¹²⁷ He based his decision on the grounds that alleged war crimes and crimes against humanity had been committed in Ukraine.¹²⁸ The Prosecutor sought authorisation from the Pre-Trial Chamber of the Court to proceed with an investigation,¹²⁹ and after he confirmed that an alternative to expedite the process would be through referrals from an ICC State Party on the situation in Ukraine, the Court received referrals from 41 ICC States Parties.¹³⁰

¹²⁰ Idem, *ibidem*.

¹²¹ ICC, Elements of Crimes, 2011, p. 15.

¹²² Plattner, 1984, pp. 141-142.

¹²³ Guilfoyle, 2016, p. 214.

¹²⁴ ICC, 2022a.

¹²⁵ Ministry of Foreign Affairs of Ukraine, 2015.

¹²⁶ ICC, 2022b.

¹²⁷ Idem, *ibidem*.

¹²⁸ Idem, *ibidem*.

¹²⁹ Idem, *ibidem*.

¹³⁰ ICC, 2022c.

Media reports in March 2023 anticipated that the ICC would imminently issue the first arrest warrants concerning the situation in Ukraine.¹³¹ At the time, there was speculation that the OTP could be pursuing charges of genocide for the perpetrators of the transfers of children.¹³²

On 17 March 2023, Pre-Trial Chamber II of the ICC issued arrest warrants for the Russian President Vladimir Putin and CCR Maria Lvova-Belova.¹³³ The decision of the OTP was to qualify the alleged acts of forcible transfer of children as war crimes.¹³⁴ The Court accepted that there was evidence to support that President Putin and CCR Lvova-Belova had criminal responsibility for the unlawful deportation and transfer of Ukrainian children from occupied areas of Ukraine to Russia, in violation of articles 8(2)(a)(vii) and 8(2)(b)(viii) of the Rome Statute.¹³⁵

As analysed, the ICC has jurisdiction to investigate any crimes falling within the ICC's jurisdictional scope – including genocide¹³⁶ – that have been committed on the territory of Ukraine since 2014. In this light, the decision of the Prosecutor to issue arrest warrants for Putin and Lvova-Belova, only attributing to them the perpetration of war crimes, is questionable in various aspects.

Whilst the *actus reus* of FTC satisfies the requirements for the commission of both war crimes and genocide, the *mens rea* requirement for the perpetration of genocide is well established in this case.¹³⁷ In addition, the ICC's Pre-Trial Chamber specifically mentioned that the forcibly removed persons were children and not the entire civilian population, which strengthens the conclusion that these acts constitute a crime of genocide under Article 6 e) of the ICC Statute.¹³⁸ Another argument is that the Court has legal precedent for issuing arrest warrants in relation to genocide for a sitting head of state, such as President Putin, by virtue of the al-Bashir case.¹³⁹

In this sense, the facts indicate that there is evidence to qualify the acts of forcible transfer not as a war crime, but as a case of genocide.

B. FTC, genocide and cultural genocide

An examination of the origins of the crime of genocide reveals a correlation between FTC, the initial theorisation of the crime of genocide and the so-called “cultural

¹³¹ Borger, 2023.

¹³² Idem, *ibidem*.

¹³³ ICC, 2023.

¹³⁴ Idem, *ibidem*.

¹³⁵ Rome Statute, 1998.

¹³⁶ Similar to the CPPCG, Article 6 e) of the Rome Statute provides for the crime of FTC as genocide.

¹³⁷ Khen, 2024, p. 109.

¹³⁸ *Idem*, p. 110.

¹³⁹ Al Bashir Case, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09; Khen, 2024, p. 109.

genocide”. The concept of cultural genocide has been a prolonged and extensively debated issue among international scholars and experts.

1. Cultural genocide as conceptualised by Raphael Lemkin

In the context of academic debate, a number of scholars have discussed their own definitions of cultural genocide. Among these scholars, one stands out as a significant contributor to the conceptualisation of cultural genocide: Raphael Lemkin, a Polish lawyer of Jewish origin, who coined the term ‘genocide’ himself.

In his most important publication, *Axis Rule in Occupied Europe*, Lemkin theorised that the term ‘genocide’ was derived from the Greek word ‘*geno*’ (meaning race or tribe) and the Latin word ‘*cide*’ (kill).¹⁴⁰ In the words of Lemkin, genocide is defined as follows:

a co-ordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves. The objective of such a plan would be disintegration of the political and social institutions of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups and the destruction of the personal security, liberty, health, dignity and even the lives of the individuals belonging to such groups. Genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group.¹⁴¹

In the course of his argument, Lemkin provided the further elaboration:

Genocide has two phases: one, destruction of the national pattern of the oppressed group; the other, the imposition of the national pattern of the oppressor. This imposition, in turn, may be made upon the oppressed population which is allowed to remain or upon the territory alone, after removal of the population and the colonization by the oppressor’s own nationals.¹⁴²

In presenting this newly coined term, Lemkin characterised genocide as “a new word for an old practice”.¹⁴³ According to the author, genocide did not necessarily imply the immediate destruction of a national or ethnic group, but rather different actions

¹⁴⁰ Lemkin, 2008, p. 79.

¹⁴¹ Idem, ibidem.

¹⁴² Idem, ibidem.

¹⁴³ Idem, ibidem.

aimed at the destruction of the essential foundations of the life of the group, resulting in the annihilation of the group as such.¹⁴⁴

Lemkin's description of genocide does not include any mention of a physical requirement for this crime, such as the physical extermination of members of a group.¹⁴⁵ He referred to the idea of "national patterns", which is directly related to the notion of culture.¹⁴⁶

In his book, written in 1944 and shaped by the unfolding events of the Second World War, the author offers a thorough examination of the manner in which the German Nazis operationalised their genocidal policy. For this, he identifies eight techniques of genocide, as follows: political, social, cultural, economic, biological, physical, religious and moral.¹⁴⁷ William Schabas explains that "(Lemkin) was not referring to political, social, cultural, religious, economic or moral groups, but rather to acts of genocide directed at various aspects of the life of a group".¹⁴⁸ Accordingly, 'cultural genocide' was one of the categories of what Lemkin terms 'genocide', situated at the same level as physical and biological genocide.

It is a widely accepted understanding within the academic community that Lemkin's definition of genocide is indissociable from the concept of cultural genocide. For Elisa Novic "(...) (Lemkin) coined the term genocide at the same time as he conceptualized genocide, conceiving the former as a technique of the latter (...)".¹⁴⁹ According to Hanna Schreiber, "the cultural aspect was at the centre of the concept of genocide created by Raphael Lemkin".¹⁵⁰

As an alternative to genocide, the author considered the ancient Greek term *ethnos*, which conveys essentially the same concept as *genos*.¹⁵¹ This led to the emergence of a closely related concept, 'ethnocide'. Since Lemkin's work, this term has been also employed to designate cultural genocide, particularly in the context of indigenous populations.¹⁵²

According to Lemkin, the concept of genocide is originally and inherently linked to culture, as cultural genocide is qualified by this author as a technique of genocide. In essence, Lemkin's thesis was that a group could be destroyed through attacks on its economy, its cultural and political institutions.¹⁵³ This concept has been understood to

¹⁴⁴ Schabas, 2009, p. 27.

¹⁴⁵ Schreiber, 2017, p. 322.

¹⁴⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁷ Lemkin, 2008, p. 82.

¹⁴⁸ Schabas, 2009, p. 177.

¹⁴⁹ Novic, 2016, p. 4.

¹⁵⁰ Schreiber, 2017, p. 322.

¹⁵¹ Schabas, 2009, p. 29.

¹⁵² *Ibidem*, footnote 71.

¹⁵³ Schabas, 2008, p. xiii.

extend beyond attacks upon the physical and biological elements of a group, with the aim of eliminating its wider institutions and its cultural identity.¹⁵⁴

In this respect, a core element of Lemkin's conceptualisation of genocide is the incorporation of FTC as a form of cultural genocide. In his autobiography, written in 1948 but published many decades later, the author characterised this practice as 'a specific technique of genocide'.¹⁵⁵ Lemkin characterised such actions as "kidnapping".¹⁵⁶ He further elaborates on the link between FTC and culture as follows:

This type of genocidal practice seemed to be one of the cruelest. It tended to break the cultural continuity of a group. It destroyed the spirit while keeping the body alive.¹⁵⁷

Therefore, Lemkin's condemnation of FTC was clear and unambiguous. The author considered this practice to be an act of genocide, as it was a method of cultural genocide, a technique of the crime.

2. Historical-legal review of the elaboration of the Genocide Convention

In the aftermath of the Second World War, the international community was confronted with the devastating consequences of the events that had unfolded. The Holocaust was a vivid memory, and there was a widespread consensus that new international legal instruments were required to prevent the repetition of such atrocities.¹⁵⁸

Lemkin was a key figure in the establishment of negotiations for a convention on the crime of genocide, having played a prominent role in the drafting of the CPPCG.¹⁵⁹ He was actively involved in lobbying for the negotiations to proceed,¹⁶⁰ although he acted as a "completely unofficial man" in the process.¹⁶¹

The fate of the concept of genocide was uncertain after the Second World War.¹⁶² Despite the use of this term by the prosecution in the indictment,¹⁶³ it was not included

¹⁵⁴ Negri, 2013, p. 1.

¹⁵⁵ Frieze, 2013, p. 168.

¹⁵⁶ Amir, 2015, p. 52.

¹⁵⁷ Frieze, 2013, p. 168.

¹⁵⁸ Novic, 2016, p. 22.

¹⁵⁹ Genocide Convention, 1948.

¹⁶⁰ Novic, 2016, p. 22.

¹⁶¹ Schreiber, 2017, p. 328.

¹⁶² Novic, 2016, p. 23.

¹⁶³ See p. 16.

in the charter of the IMT or in the verdict.¹⁶⁴ Instead the criminal acts were prosecuted under the category of war crimes and crimes against humanity.¹⁶⁵

In the end, it was genocide that became the subject of an international treaty.¹⁶⁶ In the words of Elisa Novic “It is hard to explain this fact by any reason other than Lemkin’s involvement”.¹⁶⁷ The author’s efforts to push for an international instrument on genocide seem to have been decisive.

In 1946, the UN began to be involved in the subject. On 11 December, the UNGA was the first body to address the issue of genocide, unanimously adopting Resolution 96(1).¹⁶⁸ The preamble to the Resolution is drafted as follows:

Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations.¹⁶⁹

Although not a source of binding law, UNGA Resolution 96(1) was very important in the development of international law on genocide. It provides for a broad conceptualisation of the crime. The resolution stipulates that genocide is a crime under international law and removes any link between genocide and armed conflict.¹⁷⁰ Its significance is enhanced by the fact that it was adopted unanimously and without debate.¹⁷¹ The final and most important conclusion of Resolution 96(1) is the mandate for the drafting of a convention on genocide.¹⁷²

This resolution, however, contained an ambiguity that could have affected the future understanding of genocide.¹⁷³ The comparison with murder may have caused confusion as to whether genocide requires murder, a physical component.¹⁷⁴

Resolution 96(1) mandated the ECOSOC to conduct a study on the issue with the objective of drafting an international convention which in return entrusted the Secretariat General with this task.¹⁷⁵ Three legal experts were appointed by the Secretary-

¹⁶⁴ Charter of the International Military Tribunal, 1945, art. 6.

¹⁶⁵ *Idem*, *ibidem*.

¹⁶⁶ Novic, 2016, p. 23.

¹⁶⁷ *Idem*, *ibidem*.

¹⁶⁸ The Crime of Genocide, GA Res. 96(I), 1948.

¹⁶⁹ *Idem*, *ibidem*.

¹⁷⁰ Schabas, 2009, p. 57.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 56.

¹⁷² *Ibidem*, p. 58.

¹⁷³ Schreiber, 2017, p. 328.

¹⁷⁴ Novic, 2016, p. 25.

¹⁷⁵ *Idem*, *ibidem*.

General to assist in the drafting of the Convention. Among them was Lemkin. He directed a significant part of his efforts to trying to convince his colleagues to include a provision criminalising cultural genocide.¹⁷⁶

A draft convention was presented by the UN Secretariat in June 1947. This draft, in line with Lemkin's eight techniques, contained a strict definition of the crime of genocide.¹⁷⁷ These were reduced to three main categories: physical, biological and cultural genocide.¹⁷⁸ In its description of three types of genocide, the draft followed the approach of Lemkin's work.¹⁷⁹

Physical genocide was described as "causing the death of members of the group or injury to their health or physical integrity (...)".¹⁸⁰ Biological genocide was limited to prohibiting the restriction of births.¹⁸¹ Cultural genocide, in comparison, was described as "destroying the specific characteristics of the group".¹⁸² The first paragraph of article I of the draft provides for the "forcible transfer of children to another group" as one of the forms of cultural genocide.¹⁸³

The inclusion of this topic soon came to be contested. The idea of including cultural genocide in the CPPCG was not unanimous among the experts. While Lemkin was of the opinion that it was important, the other two experts (Henri Donnedieu de Vabres and Vespasian Pella) were against it.¹⁸⁴ Eventually, the only provision that was endorsed by all the experts was the one concerning FTC.¹⁸⁵

Concerns have also been expressed by various delegations during the negotiations. Led by the United States and France, a few delegations argued that only acts of physical violence should be within the scope of the Convention.¹⁸⁶ Furthermore, some states argued that there was a risk of political interference in the internal affairs of states¹⁸⁷, and that cultural genocide should, rather, be addressed as a human rights issue.¹⁸⁸ In contrast, other states advocated for a broad definition of genocide in line with Resolution 96(1).¹⁸⁹

¹⁷⁶ Ibidem, p. 24.

¹⁷⁷ Draft Convention on the Crime of Genocide, UN Secretary-General, E/447, 1947.

¹⁷⁸ Idem, ibidem.

¹⁷⁹ Schabas, 2009, p. 61.

¹⁸⁰ Draft Convention on the Crime of Genocide, UN Secretary-General, E/447, 1947, art. I.

¹⁸¹ Idem, ibidem.

¹⁸² Idem, ibidem.

¹⁸³ Idem, ibidem.

¹⁸⁴ Schabas, 2009, p. 61.

¹⁸⁵ Novic, 2016, p. 25.

¹⁸⁶ Schabas, 2009, p. 63.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 208.

¹⁸⁸ Schreiber, 2017, p. 322.

¹⁸⁹ Novic, 2016, p. 25.

In order to resolve the contentious issues, a restricted ad hoc committee was instituted to formulate a new draft.¹⁹⁰ In the course of the debates, the Polish delegation adopted a more nuanced position, advocating for an alternative proposal that would better address the issue of cultural genocide.¹⁹¹ This alternative proposal involved the establishment of a ‘convention for the protection of minorities’.¹⁹²

As the opposing perspectives became more entrenched, states agreed as a compromise to insert the notion of cultural genocide in a separate article from physical and biological genocide.¹⁹³ According to Elisa Novic, “the underlying goal was to facilitate reservations – and perhaps its later deletion – for those countries that would have otherwise been reluctant to ratify the convention”.¹⁹⁴ This provision became Article III.

In this sense, article II of the new draft took the following phrasing:

In this Convention genocide means any of the following deliberate acts committed with the intent to destroy a national, racial, religious or political group, on grounds of the national or racial origin, religious belief, or political opinion of its members: (1) killing members of the group; (2) impairing the physical integrity of members of the group; (3) inflicting on members of the group measures or conditions of life aimed at causing their deaths; (4) imposing measures intended to prevent births within the group.¹⁹⁵

Draft Article III was formulated as such:

In this Convention genocide also means any deliberate act committed with the intent to destroy the language, religion, or culture of a national, racial or religious group on grounds of the national or racial origin or the religious belief of its members such as:

1. Prohibiting the use of the language of the group in daily intercourse or in schools, or the printing and circulation of publications in the language of the group;
2. Destroying, or preventing the use of, libraries, museums, schools, historical monuments, places of worship or other cultural institutions and objects of the groups.¹⁹⁶

¹⁹⁰ Idem, *ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 25-26.

¹⁹² ECOSOC Ad Hoc Committee on Genocide, Summary Record of the Third Meeting, p. 3.

¹⁹³ ECOSOC Ad Hoc Committee on Genocide, Summary Record of the Tenth Meeting, p. 12.

¹⁹⁴ Novic, 2016, p. 26.

¹⁹⁵ ECOSOC Ad Hoc Committee on Genocide, Draft Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, s.d.

¹⁹⁶ Idem, *ibidem*.

Therefore, with the new version of the draft convention, the provision on FTC had been temporarily excluded. The new draft was formally submitted to the UNGA and subjected to a final discussion stage, during which Article II of the draft was addressed prior to that of cultural genocide.¹⁹⁷

During the course of the debates, it became evident that there was a strong likelihood of Article III on cultural genocide not being included in the CPPCG.¹⁹⁸ In this context, the Greek delegate proposed the reintroduction of the paragraph on “forced transfer of children” in Article II, as part of the provision on physical and biological genocide.¹⁹⁹

The Greek delegate justified this inclusion by recalling the unanimous acceptance of this paragraph by the three experts who advised the Secretariat and by stating that “(...) the forced transfer of children had not only cultural, but also physical and biological effects since it imposed on young persons conditions of life likely to cause them serious harm or even death”.²⁰⁰

A surprisingly small number of states voiced opposition to the amendment.²⁰¹ Some delegations feared that by openly accepting the nature of such acts as cultural, it would be difficult to draw a legitimate line between those cultural acts considered heinous enough to be included in the convention (such as FTC) and those that were not.²⁰²

Without substantial debate²⁰³, the proposal was accepted and Article II of the draft Convention was amended to include five subparagraphs, the last of which concerning FTC.

As the draft Article III was subject to review, references to the ongoing negotiations of the forthcoming UDHR became increasingly prevalent.²⁰⁴ A significant number of delegates had argued against the inclusion of cultural genocide in the CPPCG, asserting that it was a human rights question more appropriately addressed under that framework.²⁰⁵ While discussions on the Convention were being conducted in the UNGA Sixth Committee, the Third Committee was engaged in the drafting process of the UDHR.²⁰⁶ This became the most effective argument to remove the cultural genocide provision from the convention.²⁰⁷ Nevertheless, the UDHR never actually addressed this

¹⁹⁷ Novic, 2016, pp. 26-27.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 27.

¹⁹⁹ UNGA Sixth Committee, Eighty-Second Meeting, p. 186.

²⁰⁰ Idem, ibidem.

²⁰¹ Novic, 2016, p. 27.

²⁰² Idem, ibidem.

²⁰³ Schabas, 2009, p. 201.

²⁰⁴ Novic, 2016, p. 27.

²⁰⁵ Schabas, 2009, p. 213.

²⁰⁶ Idem, ibidem.

²⁰⁷ Novic, 2016, p. 27.

particular subject. The Sixth Committee decided to delete draft Article III, thus excluding cultural genocide from the CPPCG.²⁰⁸

The CPPCG was finally adopted by the UNGA on 9 December 1948 and entered into force in January 1951.²⁰⁹ The first paragraph of the text contains the *mens rea* of the crime, and Article II concerns the *actus reus*.

3. FTC as a reminiscence of cultural genocide

The adopted text of the CPPCG does not have any mention of cultural genocide. The UNGA Sixth Committee voted to limit the punishable acts to physical and biological genocide, excluding cultural genocide.²¹⁰ Nevertheless, the convention does contain a provision on the subject.

According to several scholars, CPPCG Article II e) is the only reference to cultural genocide in the convention. Douglas Guilfoyle asserted that “the forcible transfer of children to another group is the only acceptable form of ‘cultural genocide’”.²¹¹ Elisa Novic sees Article II e) as “the sole remaining idea of cultural genocide”.²¹² Stefania Negri affirmed that the “forcible transfer of children from one group to another (which is a specific form of cultural genocide) was retained as part of the definition of genocide”.²¹³

By contrast, the ILC has taken a divergent stance on the matter of FTC in Article II e). It has concluded that this practice does not constitute an act of cultural genocide but rather an act of biological genocide.²¹⁴ However, this is disputed by many authors. Schabas rationally qualifies Article II e) as “enigmatic” because the drafters of the Convention expressly rejected the concept of cultural genocide.²¹⁵ Nonetheless, the author argues that “the idea for such a provision originated in the Secretariat draft, which quite logically proposed that ‘forcible transfer of children to another human group’ be considered an act of cultural genocide”.²¹⁶ Schabas maintained that the provision on the genocidal FTC introduced the notion of cultural genocide into the CPPCG,²¹⁷ arguing that “the drafters of the [Genocide] Convention quite expressly excluded cultural genocide, with one exception, the forced transfer of children from one group to another”.²¹⁸

²⁰⁸ Schabas, 2009, p. 213.

²⁰⁹ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948.

²¹⁰ Schabas, 2009, p. 82.

²¹¹ Guilfoyle, 2016, p. 288.

²¹² Novic, 2016, pp. 27-28.

²¹³ Negri, 2013, p. 4.

²¹⁴ International Law Commission, 1996, pp. 45-46.

²¹⁵ Schabas, 2009, p. 201.

²¹⁶ Idem, *ibidem*.

²¹⁷ Grover, 2013, p. 311.

²¹⁸ Schabas, 2001, paras. 291-292.

It should be noted, however, that the rejection of cultural genocide in the CPPCG did not mean its rejection from international law as a whole. The development of a number of international legal instruments on the subject shows that the normative concept of cultural genocide as conceived by Lemkin seems to have been covered by international law through the articulation of its various branches.²¹⁹ In this context, IHRL has been of particular relevance, and has evolved over time to address cultural issues.²²⁰

In relation to the exclusion of cultural genocide from the CPPCG, Schabas affirmed:

This was not really a rejection of [Lemkin's] thesis by which a group may be destroyed through attacks on its economy, its cultural bodies and its political institutions. Rather, it was simply a case of the world not being ready for such an innovative proposal in a binding treaty.²²¹

In this sense, cultural genocide is an integral and historical part of the concept of genocide. FTC is widely recognised as a form of cultural genocide, and its inclusion in Article II e) of the CPPCG qualifies it as a punishable act under international law.

²¹⁹ Novic, 2016, p. 140.

²²⁰ For example, the ICCPR grants cultural rights to groups: "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language".

²²¹ Schabas, 2008, p. xiii.

III. Prosecuting FTC as genocide

In order to proceed with a claim for genocide under Article II e) of the CPPCG, it is necessary that a specified set of requirements be established. The violation of this convention through an act under Article 2 e) entails state responsibility. Concurrently, in the framework of ICL, entailing individual criminal responsibility, the ICC can be regarded as a possible avenue for holding perpetrators of the transfer of Ukrainian children accountable.

A. The elements of the crime of forcibly transferring children under Article II e) of the CPPCG

First, for the crime of genocide to be established, the perpetrator must have committed one of the prohibited acts under the CPPCG. Secondly, these acts must have been committed with the culpable mental element.²²²

1. Physical element

Article II of the CPPCG comprises five paragraphs, forming an exhaustive list of acts constituting the crime of genocide. Among such acts is “forcibly transferring children of the group to another”. In order to establish the physical element or *actus reus* requirement under Article II e), this analysis will discuss the following terms: ‘forcible transfer’ and ‘Ukrainian children’.

a. Forcible transfer

FTC refers to the act of separating children from their group and their subsequent placement in another group.²²³ The term “group” means one of the protected groups enumerated by the CPPCG: national, ethnic, racial or religious.²²⁴

Paragraph e) requires the presentation of proof of a result that children from the victim group have been transferred to another group.²²⁵ The jurisprudence of international courts has interpreted threats to transfer children and other forms of coercion as falling within the ambit of this provision.²²⁶ Fear of violence, duress, psychological oppression, and abuse of power are under the scope of the term

²²² Guilfoyle, 2016, p. 282.

²²³ Khen, 2024, p. 87.

²²⁴ Idem, ibidem.

²²⁵ Schabas, 2009, p. 202.

²²⁶ Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, para. 509.

“forcibly”.²²⁷ Therefore, not only the act of transfer itself, but also threats to transfer children from Ukraine would be covered by paragraph e) of Article II.²²⁸

As demonstrated by the facts, there has been substantial evidence indicating the occurrence of actual transfers of children from Ukraine, which occurred in the context of intimidation, as evidenced by explicit threats issued by Russian authorities. Children have been separated from their families in a range of different ways, including by the so-called ‘filtration’ process, which has been reported to have involved numerous human rights violations.²²⁹

The transfer of children from the TOT in Ukraine has been described as an “evacuation” measure aimed at ensuring their safety by Russian authorities. As mentioned above, the Ukrainian government has denied these allegations, claiming that it did not authorise the transfers or adoptions, and that such actions constitute violations of international law.

In contrast to deportation and forcible transfer, evacuation is a temporary measure conducted in the interests of the protected persons themselves.²³⁰ Under IHL, the general rule is that a party to an armed conflict is strictly prohibited from evacuating children who are not nationals of that state.²³¹ The exceptions are clearly delineated: a temporary evacuation is permitted in cases where the child’s health, medical treatment needs or safety are deemed to be in imminent risk.²³² In all such cases, the written consent of the child’s parents or legal guardians is mandatory.²³³ Another requisite for an evacuation is that the education of the child, including religious and moral instruction, must be maintained in the same conditions as before the evacuation.²³⁴ Additionally, for the purpose of facilitating the eventual repatriation of such children, a detailed identification card is required for each transferred child, which must be sent to the Central Tracing Agency of the ICRC.²³⁵

In this light, none of the actions undertaken by Russian authorities fulfil the requirements to qualify as an evacuation.²³⁶ There is no evidence that the Russian authorities obtained parental consent or made any effort to contact the Ukrainian authorities or the children’s relatives. Rather, there is evidence to suggest that CCR Lvova-Belova was aware of requests from the Ukrainian Government to return the

²²⁷ ICC, *Elements of Crimes*, 2011, p. 3.

²²⁸ Ioffe, 2023, p. 324.

²²⁹ UN Security Council, 2022.

²³⁰ ICRC, 1958.

²³¹ Additional Protocol I to the Geneva Conventions, 1977, art. 78.

²³² *Ibidem*, art. 78(1).

²³³ *Ibidem*, *ibidem*.

²³⁴ *Ibidem*, art. 78(2).

²³⁵ *Ibidem*, art. 78(3).

²³⁶ UN OHCHR, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*, 2023, para. 98.

children and that she refused.²³⁷ Moreover, Ukrainian children transferred to Russia were not given the opportunity to receive an education based on the Ukrainian curriculum – which includes speaking their own language – but were instead subjected to indoctrination. There is also no evidence to date that Ukrainian children have been provided with identity cards or that the ICRC has been notified as required by Article 78 of Protocol I.

b. Ukrainian children

The CPPCG does not define the term “children”. However, Article II e) has been interpreted in the light of the universally accepted definition contained in the CRC, which defines a child as a person under the age of 18 years.²³⁸ A similar provision establishing the age of 18 is found in the ICC Elements of Crimes.²³⁹

The *actus reus* is established when at least one child has been distanced from the group to which that child belongs.²⁴⁰ This result can be achieved by confining the child to a location outside the area from which the group comes.²⁴¹ Schabas opined that the age of eighteen years may be an excessively high threshold, given that the genocidal act of transferring children only makes sense in the case of relatively young children, as they are more susceptible to the loss of their cultural identity.²⁴² In any case, findings indicate that the majority of Ukrainian children subjected to forced transfer were under the age of 15.²⁴³

In addition, the children belong to the Ukrainian national group, a protected group under the CPPCG. There are divergent opinions regarding the categorisation of Ukrainians as an ethnic group rather than a national group.²⁴⁴ Nevertheless, Ukrainians share a common identity and an internationally recognised nationality²⁴⁵, and the Russian Federation itself has consistently acknowledged the Ukrainian national group as distinct in the eyes of the international community.²⁴⁶

²³⁷ Commissioner Lvova-Belova, 2022b.

²³⁸ Convention on the Rights of the Child, 1989.

²³⁹ ICC Elements of Crimes, 2011, art. 6(e), element 5.

²⁴⁰ Kress, 2006, p. 484.

²⁴¹ Idem, *ibidem*.

²⁴² Schabas, 2009, p. 203.

²⁴³ Ioffe, 2023, p. 335.

²⁴⁴ Schabas, 2022, p. 848.

²⁴⁵ New Lines Institute for Strategy and Policy, 2022, p. 11.

²⁴⁶ Bilateral Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of Ukraine on Collaboration in the Fields of Culture, Science and Education, 1997.

2. Mental element

With regard to the mental element, or *mens rea*, the crime of genocide differs from other crimes as it requires a special intent, or *dolus specialis*.²⁴⁷ In the context of FTC, two steps are necessary. First, it is necessary to determine whether the perpetrator committed the act of forcible transfer intentionally.²⁴⁸ Secondly, it is necessary to establish the *dolus specialis* by determining whether the act of FTC was intended to achieve the destruction of a national, ethnic, racial or religious group.²⁴⁹

a. Specific intent to forcibly transfer children

The mental element in relation to Article II e) is established when the perpetrator possesses the specific intent to transfer children from one group to another.²⁵⁰ In order to satisfy this element, the offender must have carried out the act intentionally and had the knowledge of the fact that the children belong to one group and that they are being transferred to another group.²⁵¹

As outlined in the facts, members of the Russian government were aware that the children who were forcibly transferred were Ukrainian, as evidenced by the adoption of legislation establishing a simplified procedure for obtaining Russian citizenship for Ukrainian children.²⁵² These laws were introduced with the explicit intention of forcibly transferring Ukrainian children to Russia and facilitating their placement with Russian foster or adoptive parents.²⁵³

In this sense, there is ample evidence that the actions perpetrated by Russia constitute a deliberate policy. On numerous occasions, CCR Lvova-Belova has unequivocally stated her intention to forcibly transfer children. For example, in July 2022, she herself provided evidence of the Russian government's specific intent when she stated that the transfer of Ukrainian children was a result of an extensive and meticulous process.²⁵⁴

b. *Dolus specialis*

According to the jurisprudence of international courts, the *dolus specialis* requires that the perpetrator acted with the aim, purpose or desire to destroy a national, ethnic,

²⁴⁷ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, para. 498.

²⁴⁸ *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, Judgement, 7 June 2001, para. 55.

²⁴⁹ *Idem*, *ibidem*.

²⁵⁰ Schabas, 2009, p. 294.

²⁵¹ *Idem*, *ibidem*.

²⁵² See p. 18.

²⁵³ Ioffe, 2023, p. 336.

²⁵⁴ See pp. 18-19.

racial or religious group.²⁵⁵ The offender must or should have known that the act committed would destroy a group in whole or in part.²⁵⁶

According to the ICJ, for FTC to constitute genocide, it must be carried out with the intention of physically destroying a protected group, in whole or in part.²⁵⁷ In order to prove the special intent in this case, there are two possibilities.²⁵⁸ Firstly, it may be proven based on forcible transfers per se.²⁵⁹ Alternatively, the intent of physical destruction of Ukrainians may be inferred not only from Russia's acts of FTC, but as part of a larger programme for genocide of Ukrainians as a national group.²⁶⁰

i. Forcible transfers per se

Case law has interpreted FTC under different perspectives: The ICJ has adopted a narrower approach, under which FTC must be committed with the intent to physically destroy a group, on the basis that the intent to culturally destroy a group is not in the scope of the CPPCG, as it was excluded by its drafters.²⁶¹ On the other hand, the ICTY, in the Krasjinik case, adopted a more expansive approach, reasoning that an intent to culturally destroy the group would be sufficient to establish a special intent in the case of FTC.²⁶²

In either scenario, it is possible to prove the special intent requirement by establishing that the acts of forcible transfer in itself would have serious physical and biological consequences, since the transfers of Ukrainian children to Russia may be understood as an act equivalent to measures designed to prevent the reproduction and biological survival of Ukrainians.²⁶³ According to the prevailing jurisprudence, the term "destroy" in Article II means the physical or biological destruction of the whole or part of the group.²⁶⁴ In this sense, an alternative for litigation under Article II e) would be demonstrating that there is evidence of physical demise of Ukrainians as a distinct national group due to the impact on the group's capacity for renewal and its ability to ensure its long-term survival as a result of FTC.²⁶⁵

²⁵⁵ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, para. 520.

²⁵⁶ *Idem*, *ibidem*.

²⁵⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, ICJ, Judgement, 3 February 2015, pp. 64-65.

²⁵⁸ Ioffe, 2023, p. 336.

²⁵⁹ *Idem*, *ibidem*.

²⁶⁰ *Idem*, *ibidem*.

²⁶¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ, Judgement, 26 February 2007, para. 187; *ibidem*, para. 344; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, ICJ, Judgement, 15 February 2015, para. 390; *ibidem*, para. 136.

²⁶² *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, ICTY, Trial Chamber Judgement, 27 September 2006, para. 854.

²⁶³ Ioffe, 2023, p. 336.

²⁶⁴ *Prosecutor v. Krstić*, ICTY, IT-98-33-T, Judgement, August 2001, para. 580.

²⁶⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, ICJ, Judgement, 15 February 2015, para. 136.

There is evidence to indicate that the Russian government is taking deliberate measures to achieve physical and biological consequences through the implementation of a policy aimed to indoctrinate Ukrainian children and accelerate the dissolution of their national identity.²⁶⁶ As evidenced by the facts, Ukrainian children have been subjected to indoctrination by systematic re-education efforts which took place in the context of the re-education and filtration camps.²⁶⁷ In these camps, children from Ukraine were exposed to Russian propaganda, and in some cases, even military education, as part of a programme of Russian cultural and educational imposition.

Accordingly, it can be inferred that there is evidence of the partial physical decline of Ukrainians as a distinct national group, as demonstrated by the transfer of a minimum of 20,000 children on a large scale.²⁶⁸

ii. Larger programme to commit genocide

The intent to physically destroy Ukrainians as a group can also be identified as part of a larger programme to commit genocide against the group.²⁶⁹ This programme can be seen in the context of a ‘general plan’ to commit genocide.²⁷⁰

A number of scholars have indicated that a ‘general plan’ exists, evidenced by Russia’s official statements, documents and policy to destroy Ukrainians as a national group.²⁷¹ As presented by the facts,²⁷² there are numerous statements by President Putin and other Russian officials indicating an organised policy aimed at denying Ukrainians their identity and their right to exist as a group protected under the CPPCG by means of extermination or re-education.²⁷³

Russia’s genocidal ‘general plan’ is characterised by the denial of the existence of Ukrainian identity and of Ukraine itself, followed by dehumanisation of Ukrainians, with a multitude of references to them as “subhuman”, “animals” and “Nazis”.²⁷⁴ One of the most explicit indications of Russia’s genocidal plan is an editorial published by the main state-owned news agency in Russia, titled “What Russia Must Do with Ukraine”.²⁷⁵ This editorial advocates for the destruction of Ukrainian “Nazis”, which are not exclusively high-ranking Ukrainian officials but also “a significant number of common people”.²⁷⁶

²⁶⁶ Ioffe, 2023, p. 337.

²⁶⁷ See pp. 16-17.

²⁶⁸ ‘Asymmetrical Haircuts’, s.d.

²⁶⁹ Prosecutor v. Krstić, ICTY, IT-98-33-T, Judgement, August 2001, para. 572.

²⁷⁰ Ioffe, 2023, p. 340.

²⁷¹ New Lines Institute for Strategy and Policy, 2022.

²⁷² See pp. 18-19.

²⁷³ Parliament of Ukraine, 2022.

²⁷⁴ See p. 19.

²⁷⁵ Sergeytsev, 2022.

²⁷⁶ Idem, *ibidem*.

Also, CCR Lvova-Belova provided additional evidence of a ‘general plan’ when she affirmed that the transfers had been preceded by an extensive and detailed preparatory work.²⁷⁷

Furthermore, deliberate destruction of the cultural heritage of a protected group can be used as evidence of genocidal intent.²⁷⁸ Although the intent to culturally destroy a group is generally understood to be insufficient to meet the criteria for the application of Article II of the CPPCG, according to the ICTY’s understanding in the Krstić case, evidence of the destruction of Ukrainian cultural heritage by Russian forces may serve as a means of proving the intent to cause the physical destruction of the group.²⁷⁹

Accordingly, all the elements for a claim of genocide under Article II e) of the CPPCG are established. Due to the analogous definition and elements of the crime, all the requirements under Article 6 e) of the Rome Statute are also satisfied, enabling the ICC to prosecute the perpetrators for genocide. This possibility, however, is not free from confrontation with challenges.

B. Prosecution at the ICC

1. Potential challenges

At the ICC stage, there are challenges that a prosecution of FTC as a crime of genocide may face. The main challenge for charging President Putin and CCR Lvova-Belova with genocide seems to be the difficulty of proving the special intent. Although the existence of *dolus specialis* can be demonstrated from the facts, the OTP’s decision may have been influenced by the fact that proving a war crime is easier than proving a crime of genocide, as the former does not require evidence of special intent.²⁸⁰

Additionally, the lack of legal precedent for FTC as a crime of genocide appears to be an influential factor, as previous litigation solely involving FTC has been mostly unsuccessful in courts.²⁸¹ Thus, given that the result of the trial is contingent on the court’s interpretation of the sufficiency of evidence to substantiate the special intent, it is reasonable that the Prosecutor was concerned about the possibility of losing the case at the trial stage.²⁸² Such an outcome could potentially compromise the reputation of the Prosecutor and of the Court itself.²⁸³

²⁷⁷ See pp. 17-18.

²⁷⁸ O’Keefe, 2015, pp. 148-149.

²⁷⁹ Prosecutor v. Krstić, ICTY, IT-98-33-T, Judgement, August 2001, para. 580

²⁸⁰ Khen, 2024, p. 112.

²⁸¹ Ioffe, 2023, p. 336.

²⁸² Khen, 2024, p. 113.

²⁸³ Idem, ibidem.

Therefore, the challenges to the prosecution of these acts as genocide are not strictly legal in nature, but are primarily pragmatic and political, and do not prevent the ICC from issuing an arrest warrant for genocide.

2. Arrest warrant: a non-official sanction?

Following the collection of evidence and the identification of a suspect, the OTP may request the Court to issue an arrest warrant. The Rome Statute, in Article 58, dictates the issuance of arrest warrants. According to this article, the Prosecutor may request such a measure, and the Pre-Trial Chamber must authorise it, provided that there are reasonable grounds to believe that the suspect has committed the crime.²⁸⁴ However, the ICC lacks enforcement powers, as it depends on cooperation from states to fulfil its objectives, particularly for making arrests.²⁸⁵

ICC state parties are obligated to cooperate fully with the court in its investigation and prosecution of crimes.²⁸⁶ Nevertheless, examples of state parties failing to cooperate with the court are not uncommon. In October 2024, for instance, the ICC found that Mongolia (which is largely economically dependent on Russia) had failed to comply with the Court's request for cooperation by not arresting President Putin when he was on its territory.²⁸⁷

This may give rise to questions about the efficacy of the ICC in ensuring the accountability of perpetrators of crimes, given that many individuals against whom warrants are issued may never be detained. In this perspective, it could be argued that the arrest warrants issued by the ICC may in fact function as a legal sanction. The issuance of these warrants may result in a series of inconveniences, which may be regarded as a form of punishment on its own. Arrest warrants may, for example, preclude perpetrators from entering states that are committed to enforcing the ICC.

Therefore, by classifying them as 'fugitives', arrest warrants have a negative impact on the image of perpetrators and thus serving as an unofficial form of punishment for individuals against whom there are reasonable grounds to believe that they have committed a crime. This means that while perpetrators may not be detained as a result of the issuance of an arrest warrant, the commission of international crimes – such as FTC – will, at a minimum, result in a permanent 'stain' on the records of the perpetrators, a mark that may well last for the rest of their lives.

²⁸⁴ Rome Statute, 1998, art. 58.

²⁸⁵ ICC, s.d.-a.

²⁸⁶ Rome Statute, 1998, art. 87.

²⁸⁷ ICC, s.d.-b.; AP, 2024.

Conclusion

The primary objective of this dissertation was to demonstrate that the acts of forcible transfer of Ukrainian children can be qualified as a crime of genocide under Article II e) of the CPPCG. By challenging the decision of the ICC Prosecutor to categorise the acts as war crimes, it has been showed that while the *actus reus* of the FTC satisfies the requirements for the commission of both war crimes and genocide, the *mens rea* requirement for the commission of genocide can be established.

Each of the elements of the crime of genocide under Article II e) is satisfied. Evidence has been presented that actual transfers have taken place, as Russian forces have forcibly transferred children in different forms, even by adopting legislation to facilitate this practice.

As to the mental element of the crime, the Russian authorities were revealed to have acted intentionally and to have demonstrated their specific intent on a number of occasions. The intent to physically destroy Ukrainians as a national group can be inferred from the facts of this case. The most demanding requirement, *dolus specialis*, can be established on the grounds either of forcible transfer per se or of Russia's larger programme for genocide, the genocidal 'general plan'. With respect to forcible transfer per se, it can be proved by establishing that the acts of forcible transfer would have serious physical and biological consequences, since it can be understood as an act equivalent to measures designed to prevent the reproduction and biological survival of Ukrainians. Russia's 'general plan' can be proven by a variety of evidence, including attacks on cultural objects; the 'russification' of Ukrainian children through re-education in Russian language, culture, and history; and Russia's general rhetoric against Ukrainians by numerous documents and official statements calling for the destruction of Ukraine, using dehumanising language and inciting hatred and violence against the protected group.

At the ICC prosecution level, challenges for charging President Putin and CCR Lvova-Belova with genocide have been identified. However, these are not strictly legal, but more pragmatic and political in nature, and do not prevent the court from issuing an arrest warrant for genocide.

It has been demonstrated that these acts constitute a specific form of the crime, the so-called 'cultural genocide'. This is due to the historical origins of the crime of genocide, beginning with its initial conceptualisation by Lemkin, under which FTC constituted a method of cultural genocide, one of the techniques of the crime.

FTC is considered a reminiscence of cultural genocide in the CPPCG. During the process of elaboration of the convention, the drafters decided not to incorporate Lemkin's theorisation of the crime in its entirety; their decision was to limit the

punishable acts to physical and biological genocide, thus excluding the concept of cultural genocide. Nonetheless, the paragraph on “forcibly transferring children” was retained as part of the definition of the crime of genocide, making Article II e) the only reference to cultural genocide in the CPPCG.

The rejection of incorporating the full notion of cultural genocide into the convention, however, did not mean its rejection from international law as a whole. The normative concept of cultural genocide as conceived by Lemkin seems to have been covered by international law through the articulation of its various branches.

This study also proposed a perspective under which it could be argued that the ICC arrest warrants may in fact function as a legal sanction, serving as an unofficial form of punishment for individuals against whom there are reasonable grounds to believe that they have committed an international crime.

As discussed in the first chapter of this dissertation, FTC is not a new practice. In fact, the forcible transfer of Ukrainian children exhibits disturbing parallels with historical examples of FTC. The ongoing conflicts in Ukraine and Palestine demonstrate that Lemkin’s concept of genocide not only uncovers the issue of FTC but also describes other practices that remain contemporary.

Bibliography

Books

- FRIEZE, D.-L. (2013). *Totally unofficial: The autobiography of Raphael Lemkin*. New Haven: Yale University Press.
- GROVER, S. C. (2013). *Humanity's children: ICC jurisprudence and the failure to address the genocidal forcible transfer of children*. Berlin: Springer.
- GUILFOYLE, D. (2016). *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press.
- LEMKIN, R. (2008). *Axis rule in occupied Europe: Laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*, 2nd Edition, originally published in 1944. Clark: The Lawbook Exchange.
- NOVIC, E. (2016). *The concept of cultural genocide: An international law perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- O'KEEFE, R. (2015). *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press.
- SCHABAS, W. (2009). *Genocide in international law: The crime of crimes*, 2nd Edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHABAS, W. (2008). Preface. In Lemkin, R. *Axis rule in occupied Europe: Laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*, 2nd Edition, originally published in 1944. Clark: The Lawbook Exchange.
- SCHREIBER, H. (2017). Cultural genocide – Culturecide: An unfinished or rejected project of international law. In Michałowska, G. (ed.). *Culture(s) in international relations*. Peter Lang Verlag.
- UNITED STATES GOVERNMENT PRINTING OFFICE (1946). *Nazi conspiracy and aggression*, vol. III. Washington: United States Government Printing Office.
<https://archive.org/details/naziconspiracyag03unit/mode/1up?view=theater>.

International Criminal Court

- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2011). *Elements of crimes*. The Hague: International Criminal Court.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2022a). Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the situation in Ukraine: “I have been closely following recent developments in and around Ukraine with increasing concern “. <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-been-closely-following>.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2022b). Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation “. <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2022c). Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the situation in Ukraine: Additional referrals from Japan and North Macedonia; contact portal launched for provision of information. <https://www.icc->

[cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-additional-referrals-japan-and](https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-additional-referrals-japan-and).

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2023). Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova. <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (s.d.-a). How the court works. <https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works>.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (s.d.-b). Ukraine situation: ICC Pre-Trial Chamber II finds that Mongolia failed to cooperate in the arrest and surrender of Vladimir Vladimirovich Putin and refers the matter to the Assembly of States Parties. <https://www.icc-cpi.int/news/ukraine-situation-icc-pre-trial-chamber-ii-finds-mongolia-failed-cooperate-arrest-and>.

Journal Articles

AMIR, R. (2015). Killing them softly: Forcible transfers of indigenous children. *Genocide Studies and Prevention*, vol. 9, pp. 41-60.

APT, C. (2024). Russia's eliminationist rhetoric against Ukraine: A collection. *Just Security*. <https://www.justsecurity.org/81789/russias-eliminationist-rhetoric-against-ukraine-a-collection/>

IOFFE, Y. (2023). Forcibly transferring Ukrainian children to the Russian Federation: A genocide? *Journal of Genocide Research*, vol. 25, pp. 315-351.

KHEN, H. (2024). The forcible transfer of children from Ukraine as genocide: Awakening the dormant prohibition of the Genocide Convention. *The International Journal of Children's Rights*, vol. 32, pp. 78-118.

KRESS, C. (2006). The crime of genocide under international law. *International Criminal Law Review*, vol. 6, pp. 461-502.

NEGRI, S. (2013). Cultural genocide in international law: Is the time ripe for a change? *T.D.M.*, vol. 10, pp. 1-9.

PLATTNER, D. (1984). Protection of children in international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, vol. 24, pp. 140-152.

SCHABAS, W. (2022). Genocide and Ukraine: Do words mean what we choose them to mean? *Journal of International Criminal Justice*, vol. 20, pp. 843-857.

Jurisprudence

ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No. ICC-02/05-01/09.

ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, 26 February 2007.

ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgement, 3 February 2015.

ICTR, Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998.

ICTR, Prosecutor v. Bagilishema, Case No. ICTR-95-1A-T, Trial Chamber, Judgment, 7 June 2001.

ICTY, Prosecutor v. Krstić, Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgement, August 2001.

ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Trial Chamber, Judgement, 27 September 2006.

Legal Documents

Bilateral Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of Ukraine on Collaboration in the Fields of Culture, Science and Education, 1995, UNTS, vol. 3007.

Charter of the International Military Tribunal, adopted 8 August 1945, UNTS, vol. 82.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted 9 December 1948, UNTS, vol. 78.

Convention on the Rights of the Child, adopted 20 November 1989, UNTS, vol. 1577.

Draft Convention on the Crime of Genocide, UN Doc. E/447, 26 June 1947.

ECOSOC Ad Hoc Committee on Genocide, Draft Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, UN Doc. E/AC.25/12. <https://undocs.org/E/AC.25/12>.

ECOSOC Ad Hoc Committee on Genocide, Summary Record of the Third Meeting, UN Doc. E/AC.25/SR.3. http://digitallibrary.un.org/record/601682/files/E_AC.25_SR.3-EN.pdf.

ECOSOC Ad Hoc Committee on Genocide, Summary Record of the Tenth Meeting, UN Doc. E/AC.25/SR.10. <https://digitallibrary.un.org/record/601776?v=pdf>.

ICRC (s.d.). Rule 129: The act of displacement. IHL Databases. <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule129>.

International Law Commission, Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), 2022.

International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission: Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, vol. II, Part Two, UN Doc. A/51/10, 1996.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts, 8 June 1977.

Rome Statute of the International Criminal Court, adopted 17 July 1998, UNTS, vol. 2187.

UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine to the UN General Assembly, 18 October 2022, UN Doc. A/77/533.

UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, March 2023, UN Doc. A/HRC/52/62.

UN OHCHR, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, 15 March 2024, UN Doc. A/HRC/55/66.

United Nations Security Council, Reports of Russian Federation forces putting Ukrainian civilians in “filtration” camps must be investigated, 7 September 2022. <https://press.un.org/en/2022/sc15023.doc.htm>.

UNGA Sixth Committee, Eighty-Second Meeting, Third Session, UN Doc. A/C.6/SR.82. http://digitallibrary.un.org/record/604634/files/A_C-6_SR-82-EN.pdf.

United Nations General Assembly, The Crime of Genocide, GA Res. 96(I), UN Doc. A/PV.55, 11 December 1948.

Newspaper Articles

AL JAZEERA (2022, 8 September). UN says “credible” reports Ukraine children transferred to Russia. <https://www.aljazeera.com/news/2022/9/8/un-says-credible-reports-ukraine-children-transferred-to-russia>.

ASSOCIATED PRESS (2022, 2 June). Volodymyr Zelenskyy says 200,000 children among Ukrainians forcefully taken to Russia. Firstpost. <https://www.firstpost.com/world/volodymyr-zelenskyy-says-200000-children-among-ukrainians-forcefully-taken-to-russia-10747981.html>.

ASSOCIATED PRESS (2024, 3 September). Mongolia ignores an international warrant for Putin’s arrest, giving him a red-carpet welcome. AP News. <https://apnews.com/article/mongolia-russia-putin-international-criminal-court-warrant-4c79850ecf409287924e3d96218abc78>.

BALACHUK, I. (2022, 19 October). The occupiers of Mariupol dismantled the monument to the victims of the Holodomor. Pravda. <https://www.pravda.com.ua/news/2022/10/19/7372573/>.

BORGER, J. (2023, 13 March). ICC to issue first arrest warrants linked to Russia’s invasion of Ukraine. The Guardian. <https://www.theguardian.com/law/2023/mar/13/icc-to-issue-first-arrest-warrants-linked-to-russias-invasion-of-ukraine>.

COMMISSIONER LVOVA-BELOVA (2022a, 22 July). Maria Lvova-Belova visited the Kaluga Region and met with foster families who took custody of children from the DPR. Commissioner for Children’s Rights to the President of the Russian Federation. <http://deti.gov.ru/articles/news/mariya-l-vova-belova-posetilakaluzhskuyu-oblast-i-vstretilas-s-priemnymi-sem-yami-vzyavshimi-pod-opeku-detej-iz-dnr>.

COUNCIL OF EUROPE (2023, 28 April). The forcible transfer and “russification” of Ukrainian children shows evidence of genocide, says PACE. <https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-forcible-transfer-and-russification-of-ukrainian-children-shows-evidence-of-genocide-says-pace>.

CURRENT TIME (2023, 31 July). More than 700,000 Ukrainian children taken to Russia since full-scale war started, official says. Radio Free Europe/Radio Liberty. <https://www.rferl.org/a/russia-children-taken-ukraine/32527298.html>.

- DOLOTOVA, D. (2022, 22 July). Stealing Ukraine's future: How many Ukrainian children have been deported by the Russians and how will they be returned? Vikna TV. <https://vikna.tv/video/kradut-majbutnye-ukrayiny-darya-gerasymchuk-pro-nezakonnu-deportacziyu-ukrayinskyh-ditej-rosiyanamy/>.
- EL DEEB, S., SHVETS, A. & TILNA, E. (2023, 17 March). How Moscow grabs Ukrainian kids and makes them Russians. AP News. <https://apnews.com/article/ukrainian-children-russia-7493cb22c9086c6293c1ac7986d85ef6>.
- KRECHETOVA, D. (2022, 23 August). Russia announces the "adoption" of thousands of children deported from Mariupol. Ukrainska Pravda. <https://www.pravda.com.ua/eng/news/2022/08/23/7364446/>.
- LIPCHANSKY, M. (2022, 20 October). Russia deported 8,700 Ukrainian children - Ombudsman. Korrespondent.net. <https://ua.korrespondent.net/ukraine/4527683-rf-deportovala-8700-ukrainskykh-ditei-ombudsmen>.
- MORDOVMEDIA (2022, 28 June). In early July, 200 children from Donbass will receive Russian citizenship. <https://www.mordovmedia.ru/russia/post-111848.html>.
- ORLOVA, V. (2022, 4 July). В Мелитополе оккупанты угрожают отбирать у родителей детей, которые не будут ходить в российские школы. UNIAN. <https://www.unian.net/society/v-melitopole-okkupanty-ugrozhayut-otbirat-u-roditeley-detey-kotorye-ne-budut-hodit-v-rossiyskie-shkoly-novosti-ukrainy-11889798.html>.
- OSADCHA, Y. (2022, 27 October). Russian children's rights commissioner "adopts" child abducted from Mariupol. Ukrainska Pravda. <https://www.pravda.com.ua/eng/news/2022/10/27/7373740/>.
- OSTROVSKY, S., TIEFENTHALER, A. & PAVONE, A. (2022, 20 June). Video: Surviving Russia's "filtration camps". The New York Times. <https://www.nytimes.com/video/world/europe/100000008396333/russia-filtrationcamps.html>.
- PRIEMSKAYA, E. (2022, 5 May). "Extraordinary task": The Russian Federation is preparing amendments for the adoption of children from the Donbass. Известия. <https://iz.ru/1330152/evgeniia-priemskaja/zadacha-ekstraordinarnaia-v-rf-gotoviat-popravki-dlia-usynovleniia-detei-iz-donbassa>.
- SERGEYTSEV, T. (2022, 4 April). What Russia should do with Ukraine. Ria Novosti. <https://ria.ru/20220403/ukraina-1781469605.html>.
- UNITED NATIONS (2022, 15 June). UN's Bachelet concerned over Ukraine orphans "deported" to Russia for adoption. <https://news.un.org/en/story/2022/06/1120412>.
- URBANCIK, J. & RUDENKO, M. (2024, 17 September). Forced from home: Oleh's journey to escape Russian occupation. Euronews. <https://www.euronews.com/2024/09/07/forced-from-home-olehs-journey-to-escape-russian-occupation>.
- WOODFORD, J. (2022, 20 May). From the archives, 1997: Bringing them home. The Sydney Morning Herald.

Reports

- AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION (1997). Bringing them home: Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2022). “We had no choice”: “Filtration” and the crime of transferring Ukrainian civilians to Russia.
- NEW LINES INSTITUTE FOR STRATEGY AND POLICY (2022, May). An independent legal analysis of the Russian Federation’s breaches of the Genocide Convention in Ukraine and the duty to prevent.
- TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF CANADA (2015). Honouring the truth, reconciling for the future: Summary of the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada. Truth and Reconciliation Commission of Canada.
- UMLAND, A. (2024). Russia’s forcible transfers of unaccompanied Ukrainian children.
- WALKER, N. (2024). Conflict in Ukraine: A timeline (Current conflict, 2022-present). Research Briefing CBP-9847. House of Commons Library.
- YALE HUMANITARIAN RESEARCH LAB (2023). Russia’s systematic program for the re-education and adoption of Ukraine’s children.

Websites

- AMNESTY INTERNATIONAL (2022, 8 September). Russia: “Filtration” of Ukrainian civilians a “shocking violation” of people forced to flee war. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/09/russia-filtration-of-ukrainian-civilians-a-shocking-violation-of-people-forced-to-flee-war/>.
- CHILDREN OF WAR (s.d.-a). About the platform. <https://childrenofwar.gov.ua/en/about-us/>.
- CHILDREN OF WAR (s.d.-b). Deported children. <https://childrenofwar.gov.ua/en/>.
- COMMISSIONER LVOVA-BELOVA (2022b, 28 September). Telegram: Contact @malvovabelova. <https://t.me/malvovabelova/605>.
- DAVIS, J. (2022, 19 July). X/Twitter. <https://x.com/JuliaDavisNews/status/1549381189336711169?mx=2>.
- FEDERATION COUNCIL OF THE FEDERAL ASSEMBLY OF THE RUSSIAN FEDERATION (s.d.-a). Donetsk People’s Republic. <http://council.gov.ru/en/structure/regions/X2/>.
- FEDERATION COUNCIL OF THE FEDERAL ASSEMBLY OF THE RUSSIAN FEDERATION (s.d.-b). Lugansk People’s Republic. <http://council.gov.ru/en/structure/regions/X1/>.
- ICRC (1958). Commentary of 1958 to Article 49 of the Convention (IV) relative to the protection of civilian persons in time of war. IHL Databases. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/article-49/commentary/1958>.
- MINISTRY FOR DEVELOPMENT OF COMMUNITIES AND TERRITORIES OF UKRAINE (s.d.). List of temporarily occupied territories of Ukraine. <http://mtu.gov.ua/en/content/perelik-timchasovo-okupovanih-teritoriy.html>.
- MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF UKRAINE (2024, 6 January). Comment of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine regarding the adoption by the Russian Federation of a legal

- act that violates the legal rights of children - citizens of Ukraine.
<https://mfa.gov.ua/en/news/komentar-mzs-ukrayini-shchodo-prijnyattya-rf-normativno-pravovogo-akta-yakij-porushuye-zakonni-prava-ditej-gromadyan-ukrayini>.
- MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF UKRAINE (2015, 8 September). Letter to the Registrar of the International Criminal Court (ICC), Herman von Hebel. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf.
- NATIONAL CENTRE FOR TRUTH AND RECONCILIATION (2020, 21 December). Indian Residential School Apology. <https://nctr.ca/exhibits/indian-residential-school-apology/>.
- PARLIAMENT OF UKRAINE (2022, 14 April). Declaration on the genocide committed by the Russian Federation in Ukraine. [https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Додаток\(eng\).pdf](https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Додаток(eng).pdf).
- PRESIDENT OF THE RUSSIAN FEDERATION (2022a). Address by the President of the Russian Federation. <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>.
- PRESIDENT OF THE RUSSIAN FEDERATION (2022b). Meeting with Commissioner for Children's Rights Maria Lvova-Belova. <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67949>.
- PRESIDENT OF THE RUSSIAN FEDERATION (2024, 4 January). Executive order on determining certain categories of foreign citizens and stateless persons having the right to apply for Russian citizenship. <http://en.special.kremlin.ru/catalog/keywords/28/events/73222>.
- RECONCILIATION AUSTRALIA (2020, 25 May). National Sorry Day 2020. <https://www.reconciliation.org.au/national-sorry-day-2020/>.
- RUSSIA'S OFFICIAL INTERNET PLATFORM FOR LEGAL INFORMATION (2022, 30 May). Decree of the President of the Russian Federation of 30.05.2022 No. 330. <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/00012022053000008>.
- UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE (2022, 6 September). Russia's filtration operations and forced relocations. <https://www.state.gov/russias-filtration-operations-and-forced-relocations/>.
- UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM (2020, 29 September). Lebensborn program. *Holocaust Encyclopedia*. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/lebensborn-program>.

Others

- ASYMMETRICAL HAIRCUTS (s.d.). Ukraine's taken children with Yulia Ioffe and Nathaniel Raymond. <https://www.asymmetricalhaircuts.com/episodes/episode-78-ukraines-taken-children-with-yulia-ioffe-and-nathaniel-raymond/>.
- DYCK, B. D. (2013). Hitler's Lebensborn children: Kidnappings in German-occupied Poland. *WWII History*, vol. 12.
- SCHABAS, W. (2001). Problems of international codification – Were the atrocities in Cambodia and Kosovo genocide? *New England Law Review*, vol. 35.

**Conteúdo pornográfico gerado através de IA: Um novo desafio
para o direito penal?**

**Criminalização da produção e disseminação não consentida de
conteúdo íntimo ou sexual manipulado na ordem jurídica
portuguesa**

Rita Machado Pereira Ferreira dos Santos

Sob a orientação do Professor
Doutor Pedro Miguel Fernandes Freitas

À minha mãe e à minha avó Rosa.

*Não me exijam
que diga
o que não digo*

*não queiram
que escreva
o meu avesso*

*não ordenem
que eu acene
o que recuso*

*não esperem
que me cale
e obedeça*

Maria Teresa Horta, in “Questões de princípio”.

Agradecimentos

Aos meus pais, à minha avó Rosa e ao meu padrinho Pedro, pelo apoio incondicional, por toda a motivação e investimento na minha formação pessoal e profissional para que me tornasse na jurista que sou hoje.

Ao Francisco, por ser sempre o primeiro a acreditar em mim e por celebrar cada vitória como se dele se tratasse.

Às minhas amigas, Bárbara, Marta, Sofia, Carolina, Maria e Joana, por terem sempre uma palavra de apoio, me ensinarem sobre a beleza da amizade e de ser mulher.

À minha bisavó Lucinda, por me ter ensinado acerca da importância da educação para a liberdade da mulher.

Ao meu avô Aníbal e à minha avó Emília, pelo impacto que tiveram na minha vida, que contribuiu, em muito, para esta investigação.

À Dra. Mariana Valverde, por ter sido a primeira pessoa com quem debati esta questão, tendo-me motivado para que prosseguisse com a minha pesquisa.

Ao Doutor Pedro Freitas, por ter aceitado o desafio de orientar esta dissertação, pela partilha de conhecimento e dicas, pela sua compreensão e por ter acreditado nas minhas capacidades.

Resumo

A presente dissertação visa abordar, criticamente, a problemática da ausência de criminalização, na ordem jurídico-penal portuguesa, da produção e partilha não consentida, pelos meios digitais e tecnológicos, de *deepfakes* de cariz sexual ou íntimo. Para tal, pretendemos aprofundar a explicação acerca da criação e do conteúdo dos *deepfakes*, reconhecendo a sua complexidade técnica, procurando, simultaneamente, alertar para a facilidade da sua produção. Assim, ao longo da presente pesquisa, investigamos sobre a possibilidade de conceção de um tipo incriminatório, no direito penal português, capaz de abarcar estes comportamentos, reconhecendo-os como uma forma de criminalidade sexual, a integrar no capítulo V, secção I do Código Penal, de acordo com a imposição adstrita ao nosso legislador penal, pelo art. 5 da Diretiva (UE) 2024/1385 (relativa ao combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica no sentido de criminalizar estas condutas).

Iniciaremos com uma breve contextualização relativamente ao modo de produção de conteúdo sexual ou íntimo manipulado, referindo as diferentes tipologias de *deepfakes* existentes. Ademais, consideraremos as diferentes conceções existentes na doutrina em torno do termo *deepfakes* e do art. 5.º da Diretiva, alertando para necessidade de reconhecimento desta problemática como uma forma de violência de género que afeta, desproporcionalmente, raparigas e mulheres.

Posto isto, analisaremos, ainda, a estrutura, os princípios fundamentais do direito penal português e do bem jurídico; o contexto evolutivo da criminalidade sexual em Portugal e o confronto entre os bens jurídicos da liberdade e autodeterminação sexual com os da imagem, privacidade e reserva da vida íntima das vítimas. Concluiremos, depois de analisados exemplos de direito comparado, pela sugestão de integração de um novo crime (art. 170A) no Código Penal destinado à punição da “produção e partilha não consensual de material manipulado de carácter sexual ou íntimo”.

Palavras-chave: *deepfakes*; falsificações profundas; violência de género; bem jurídico-penal; liberdade e autodeterminação sexual; ofensas sexuais; reserva da vida íntima; direito da União Europeia.

Abstract

This dissertation aims to address, through a critical lens, the absence of legal provisions in the Portuguese Penal Code concerning the non-consensual digital production and sharing of deepfakes of sexual or intimate nature.

The investigation focuses on explaining the creation of deepfakes, along with their content, recognizing their technical complexity while also alerting to their facilitated production and to the fact that they mostly affect girls and women. By focusing on developing a new type of incrimination in Portuguese criminal law, the study proposes the recognition of such acts as sexual crimes to be included in Chapter V, Section I of the Portuguese Penal Code, in accordance with the obligations under Article 5 of Directive (EU) 2024/1385 on preventing and combatting violence against women and domestic violence.

Beginning with a brief contextualization and general overview of synthetic intimate/sexual content and the assessment of various of deepfakes typologies, the analysis proceeds to engage with doctrinal perspectives regarding the term “deepfakes”, asserting that this issue amounts as a form of gender-based violence that disproportionately affects girls and women.

Finally, taking into account the structure and main principles of Portuguese criminal law, along with the criminal legal interest, the historical evolution of sexual crimes, as well as a comparison between the legal assets of sexual freedom and self-determination and the image privacy of victims’ intimate lives, and solutions given by comparative law. The dissertation concludes with a recommendation to introduce Article 170A, criminalizing the “non-consensual production and sharing of manipulated sexual or intimate material”.

Keywords: deepfakes; gender-based violence; criminal legal interest; sexual offences; sexual freedom; sexual self-determination; right to privacy; European Union law.

Lista de siglas e abreviaturas

ABSI	Abuso sexual baseado em imagens
Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BE	Bloco de Esquerda
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comissão Europeia
CEDAW	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher
CI	Convenção de Istambul
CL	Convenção de Lanzarote
CP	Código Penal
CPC	Código do Processo Civil
CPP	Código do Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Cfr.	Conferir
DL	Decreto-Lei
EUROPOL	Agência da União Europeia para a Cooperação Policial
EM	Estados-Membros
EUA	Estados Unidos da América
EWL	European Women's Lobby
FEM	Fórum Económico Mundial
FRA	Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia
GREVIO	Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence
IA	Inteligência Artificial
JAI	Justiça e Assuntos Internos
LEM	Lobby Europeu das Mulheres
MP	Ministério Público
N.º	Número
N.ºs	Números

OPC	Órgãos de Polícia Criminal
P.	Página
PP.	Páginas
PL	Projeto de Lei
PAP	Plataforma de Ação de Pequim
Proc.	Processo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Séc.	Século
UE	União Europeia
UNW	United Nations Women
TC	Tribunal Constitucional
TIC	Tecnologias de Informação e Comunicação
TOC	Transtorno obsessivo-compulsivo
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TUE	Tratado da União Europeia
V.	Ver

Advertência

A presente dissertação está redigida de acordo com o Novo Acordo Ortográfico, à exceção de transcrições e referências bibliográficas, que respeitam o antigo acordo.

As referências bibliográficas mencionadas em nota de rodapé seguem o seguinte sistema: apelido do autor, data e página(s), da lista final constam todas as informações bibliográficas de acordo com a norma APA 7th.

As referências em nota de rodapé relativas à jurisprudência encontram-se designadas com referência ao Tribunal e Processo, da lista final constam as informações relativas à data e relator.

A tradução de todos os excertos transcritos de obras ou diplomas legais são da nossa responsabilidade.

Índice

Introdução	11
I. Criação e partilha não consensual de material íntimo ou sexual manipulado	13
1. Considerações iniciais	13
2. <i>Deepfakes</i> : origem e conceitos essenciais	14
2.1. Criação de <i>deepfakes</i> : um problema, vários conceitos	16
2.2. <i>Deepfakes</i> : uma forma de violência de gênero?	19
II. A proteção de bens jurídicos no direito penal português: relevância no contexto da criminalidade sexual	21
1. Análise dogmática da tutela penal: conceção de “bem jurídico”	21
2. O direito penal português: a proteção dos bens jurídicos e os limites constitucionais	22
3. Evolução jurídico-penal dos crimes sexuais: a realidade do ordenamento português	25
III. Diretiva (UE) 2024/1385 do parlamento europeu e do conselho da UE	28
1. Breve contextualização	28
2. Criação e disseminação não consentida de conteúdo íntimo ou sexual: a solução europeia	30
2.1. Uma solução adequada?	31
3. Proposta de tipificação	34
Conclusão	45
Referências bibliográficas e jurisprudenciais	46
Legislação nacional e estrangeira	50

Introdução

A constante evolução das TIC e plataformas digitais tem contribuído para a emergência de condutas lesivas da intimidade e da esfera sexual dos cidadãos. Assim, o fenómeno do abuso sexual baseado em imagens integra, nos dias de hoje, aquela que é uma realidade aparentemente normalizada no seio social e tecnológico. Deste modo, urge uma intervenção coordenada dos diversos ramos de direito por forma a assegurar, simultaneamente, a responsabilização das plataformas digitais e dos agentes encarregues pela produção e disseminação deste conteúdo e a proteção das vítimas representadas.

A presente dissertação tem por objeto a análise meticulosa de uma das modalidades mais recentes de abuso sexual no espaço cibernético, mais concretamente, a criação e divulgação não consentida de *deepfakes* de teor sexual ou íntimo. Recorremos, por isso, a uma análise tripartida da problemática, procurando responder às seguintes questões: será possível integrar, na ordem jurídico-penal nacional, um tipo incriminatório destinado à punição da produção e partilha, não consentida, de conteúdo íntimo ou sexual manipulado através da IA? Se sim, qual é, afinal, o bem jurídico em causa? A liberdade sexual ou a privacidade e reserva da intimidade das vítimas?

Em primeiro lugar, investigamos a origem e modos de produção do conteúdo que constitui uma forma de violência de género, bem como a problemática em torno dos conceitos de *deepfake*, “falsificações profundas”, “pornografia de vingança” e “abuso sexual baseado em imagens”. Seguidamente, procedemos a um estudo aprofundado da teoria penal adotada no sistema português, explorando o conceito de “bem jurídico” e os limites constitucionalmente impostos à intervenção penal, terminando com uma análise evolutiva ao enquadramento da criminalidade sexual em Portugal. Por último, tendo em conta uma exposição crítica do conteúdo previsto pelo art. 5 da Diretiva (UE) 2024/1385 sugerimos a criação de um tipo incriminador relativo à produção de material sexual ou íntimo manipulado, enquadrando um novo artigo (170.ºA) no capítulo relativo aos crimes sexuais do CP.

Ocupamo-nos, assim, de um exame pormenorizado das soluções atualmente vigentes no panorama penal português, quer em matéria de disseminação de conteúdo íntimo, quer de pornografia de menores, através da exploração do conteúdo normativo dos arts. 176, 192 e 193 do CP, procurando contrapor os bens jurídicos “liberdade sexual”, “reserva da vida privada”, “honra” e “privacidade” através da exposição de distintos argumentos doutrinários, com vista a sustentar a inclusão de um novo crime sexual.

Por fim, foram ainda merecedoras de especial consideração as soluções jurídico-penais dos ordenamentos de influência continental, entre as quais, as soluções francesa, espanhola e italiana, esta última de especial relevância face ao seu carácter inovador no que respeita ao enquadramento do abuso sexual baseado em imagens, e em especial a pornografia de vingança, na criminalidade sexual.

I. Criação e partilha não consensual de material íntimo ou sexual manipulado

Considerações iniciais

Em janeiro de 2025, o Relatório de Risco Global, apresentado pelo Fórum Económico Mundial [FEM]¹, identificou os “efeitos adversos resultantes da utilização de Inteligência Artificial”² como a sexta maior ameaça ao desenvolvimento económico-social global nos próximos dez anos. A par disto, e numa perspetiva a curto prazo, o mesmo documento indica que a “desinformação” e a “insegurança cibernética”³ se consubstanciam em dois dos maiores riscos ao desenvolvimento social nos próximos dois anos.

Assim, estas ameaças estabelecem uma relação direta com a proliferação de informação falsa, na qual se inclui a disseminação de conteúdo íntimo ou sexual manipulado, criando a necessidade de uma intervenção imediata por parte dos ordenamentos jurídicos no sentido de consolidar soluções legais que visem a proteção das vítimas⁴. Com efeito, entendemos que o desenvolvimento tecnológico exponencial característico da Quarta Revolução Industrial⁵, que enquadra o aperfeiçoamento de instrumentos de IA⁶ e robótica, a par das plataformas digitais de edição e divulgação de imagens, áudios e/ou vídeos, tem “transformado e expandido as formas de perpetração de violência sexual”⁷.

Assim sendo, volvidos sete anos desde o primeiro registo de criação e partilha não consentida de conteúdo íntimo ou sexual alterado, consideramos premente a criação de provisões legais concebidas para mitigar estes comportamentos e assegurar a proteção dos direitos, liberdades e garantias das vítimas.

¹ O relatório apresenta um “cenário de risco” com base na gravidade e impacto dos riscos globais num horizonte de um, dois e dez anos, destacando a sua evolução destas ameaças e identificar as áreas de preocupação – Elsener et al., 2025, p. 4.

² Elsener et al., 2025, p. 8; a expressão abarca as seguintes problemáticas: “desinformação (...), perda de emprego e deslocação (...), utilização para fins criminosos e ciberataques (...), preconceitos e discriminação; utilização na tomada de decisões críticas por organizações e pelos Estados; e a integração da IA no armamento e na guerra” – Cavaciuti-Wishart et al., 2024, p. 50.

³ Elsener et al., 2025, p. 15; A ameaça global de “desinformação” posiciona-se em primeiro lugar na classificação de “cenário de risco”. Por sua vez, o risco global da “espionagem cibernética”, na qual se insere a insegurança cibernética (p. 78), encontra-se na quinta posição da mesma tabela, ambas de acordo com um critério de severidade.

⁴ Cavaciuti-Wishart et al., 2024.

⁵ Schwab, 2016, pp. 1-3. A conceção de “quarta Revolução Industrial” apresentada pelo autor engloba “os sistemas e as máquinas inteligentes e conectadas” e “o sequenciamento genético até à nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica” (Schwab, 2016, p. 6).

⁶ John McCarthy (1955) define a IA como a capacidade de uma máquina agir de modo “que seria considerada inteligente, caso fosse um humano a adotar o mesmo comportamento”.

⁷ McGlynn & Rackley, 2017, p. 1.

Deepfakes: origem e conceitos essenciais

A banalização da criação e disseminação, de forma não consentida, de imagens e/ou vídeos privados que integram nudez ou atos sexuais não se configura uma matéria inovadora. Efetivamente, estas são práticas que têm justificado a intervenção, por meio de soluções jurídico-penais, nos diversos sistemas jurídicos anglo-saxónicos e continentais europeus, sobretudo no que concerne a criminalização da denominada “pornografia de vingança”⁸. No entanto, tal como realça Santos⁹, temos assistido a “uma verdadeira revolução no círculo das vítimas possíveis, nos modos de captação e divulgação dos conteúdos íntimos, no universo daqueles que podem aceder aos conteúdos que são objeto da devassa, na duração temporal dessa devassa e, consequentemente, na dimensão dos danos causados à vítima”.

Neste sentido, o ano de 2017 caracterizou-se pela emergência do fenómeno de partilha de imagens, vídeos ou áudios digitalmente criados, editados e/ou manipulados, através de ferramentas de IA, cujo conteúdo inclui nudez ou atos sexuais: os denominados *deepfakes*. Este foi um termo cunhado por um utilizador da rede social *Reddit*¹⁰, depois de publicar, num fórum do mesmo nome, um vídeo pornográfico manipulado cuja protagonista, participante em atos sexuais incestuosos, se assemelhava à atriz Gal Gadot. Contudo, apesar de a face representada no vídeo aparentar corresponder à da atriz israelita, o autor da manipulação recorreu a um mecanismo de aprendizagem automática (disponível *online*) e substituiu a face da atriz pornográfica pela de Gal Gadot, tendo, em seguida, partilhado o mesmo sem o seu consentimento.¹¹

De acordo com a EUROPOL, está em causa a utilização de tecnologia para “produzir conteúdos que mostram, de forma convincente, pessoas a dizer ou a fazer coisas que nunca fizeram ou criar *personas* que nunca existiram”¹². Assim, o conceito de *deepfake*¹³ ou “falsificações profundas”¹⁴ refere-se ao “conteúdo (em vídeo, áudio ou em outro suporte) que foi, em parte ou na totalidade, fabricado ou manipulado [por meio de

⁸ Para mais desenvolvimento acerca da criminalização da pornografia de vingança, cfr. Citron & Franks, 2014, pp. 345 e ss.; McGlynn et al., 2017, pp. 26-41; Santos, 2022, pp. 46-66.

⁹ Santos, 2022, p. 49.

¹⁰ Fundada em 2005, *Reddit* é uma rede social que permite que os utilizadores participem em comunidades ou fóruns temáticos (*subreddits*) através da partilha de conteúdo diversos, como imagens, *links*, excertos de vídeos, notícias ou opiniões. A popularidade e visibilidade das publicações depende dos membros, qualificando-os como positivos ou negativos.

¹¹ Cole, 2017.

¹² EUROPOL, 2022, p. 4.

¹³ Esta conceção assume diferentes designações. Como destacam Dalla et al. (2024), Franks propõe o conceito de “falsificações digitais sexuais”, com base na perspetiva das vítimas, bem como de diversos movimentos feministas – p. 24.

¹⁴ O termo “falsificações profundas”, previsto no considerando 19 da Diretiva (UE) 2024/1385, relativa ao combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica (doravante Diretiva (UE) 2024/1385), é adotado ao longo da presente dissertação como um sinónimo do termo *deepfake*.

mecanismos de aprendizagem automática] a partir de conteúdo pré-existente (em vídeo, áudio ou noutro suporte)”¹⁵.

A sua divulgação é, por isso, frequentemente concretizada com propósitos perversos, nos quais se incluem, a promoção de ataques cibernéticos, a fragmentação de sistemas políticos e a devassa da vida íntima e sexual de terceiros, em particular através da produção, manipulação e divulgação não consentida de conteúdo íntimo ou sexual¹⁶. Entendemos, então, como “falsificação profunda de carácter íntimo ou sexual”, a modificação e/ou edição não autorizada, através do recurso a IA, de imagens, vídeos, áudios ou outras formas de *media* “cujo material se assemelha consideravelmente a pessoas, objetos, locais ou outras entidades ou acontecimentos reais, representando atos sexuais de uma pessoa, e que, falsamente, pode criar a ilusão de que é autêntico ou veraz”¹⁷. Este é, portanto, um fenómeno que se enquadra na denominada *synthetic media*, uma vez que resulta do emprego de “aplicações de inteligência artificial ou de aprendizagem automática que fundem, combinam, substituem e sobrepõem imagens e clips de vídeo (...), criando um vídeo falso que parece autêntico”¹⁸.

Como resulta do exposto, a IA ocupa um papel fulcral na produção, dado que este é um fenómeno que recorre ao *deep learning*: uma forma de aprendizagem automática¹⁹ que utiliza “redes neurais [que] imitam a forma como o nosso cérebro funciona para aprender mais eficazmente com os dados fornecidos”²⁰. Portanto, a qualidade das imagens produzidas ou manipuladas está diretamente dependente da espécie e número de dados, exemplos e imagens pré-existentes utilizados pelos autores da manipulação, uma vez que a inteligência artificial melhora “continuamente o seu desempenho, aprendendo com a experiência e ajustando o seu comportamento com base na *performance* anterior e em novos dados”²¹.

Assim sendo, Durães et al. destacam a existência de diversas categorias de *deepfakes*²², entre as quais a substituição do rosto ou do corpo da pessoa representada em vídeo ou fotografia (*face and/or body swapping*) e a reconstrução facial e corporal do indivíduo representado em vídeo e áudio²³ (*face and body reconstruction*); a edição de imagem com recurso a ferramentas básicas de edição ou sua descontextualização (*shallowfaces*); a alteração do conteúdo de vídeos através da troca de interlocutor, da

¹⁵ Durães et al., 2024, p. 352.

¹⁶ Adjér et al., 2019, *Foreword*.

¹⁷ Diretiva (UE) 2024/1385, 2024, p. 4.

¹⁸ Maras & Alexandrou, 2019, p. 255.

¹⁹ EUROPOL, 2022, p. 10: “Aprendizagem automática é uma aplicação de IA em que os computadores automaticamente melhoram o seu desempenho através do uso de dados”.

²⁰ EUROPOL, 2022, p. 7.

²¹ Maras & Alexandrou, 2019, p. 256.

²² Durães et al., 2024, pp. 352-353.

²³ Um exemplo notório foi o da manipulação do discurso de Barack Obama, em que a tecnologia utilizada permitiu a sobreposição dos movimentos faciais do ator Jordan Peele ao antigo Presidente dos EUA, gerando um sincronismo labial e alteração do discurso original – Romano, 2018.

sua imitação e/ou alteração do conteúdo em áudio (*speech synthesis*) e a produção de material fotográfico totalmente gerado pela IA (*face generation*). Neste contexto, o surgimento das primeiras manipulações de imagem, a tecnologia primordialmente utilizada implicava a substituição do corpo ou da face dos atores pornográficos pela da vítima (*face and/or body swapping*) através da utilização de ferramentas de IA. Todavia, tal como sublinha DUNN²⁴, este processo de criação ou edição de imagens sexuais ou íntimas, sem o consentimento da vítima, apresenta-se de diversas novas formas, tais como: através de aplicações que permitem transformar fotografias, despidendo mulheres e/ou meninas que se encontravam vestidas ou de *softwares*, de acesso fácil, que permitem a criação de imagens íntimas/sexuais totalmente falsificadas.

Concluimos, portanto, que a ideia de que os mecanismos de IA se destinavam apenas para a produção de filmes de *Hollywood*²⁵ ou criação de videojogos²⁶ já não é adequada. Na verdade, estas ferramentas revelam-se cada vez mais complexas e de fácil acessibilidade, contribuindo para uma alteração do panorama social que se reflete na destruição da “crença histórica de que o vídeo e o áudio são registos fiáveis da realidade”²⁷.

Criação de *deepfakes*: um problema, vários conceitos

A criação, a proliferação e o consumo de imagens íntimas manipuladas, na maioria dos casos, visa, simultaneamente, a obtenção de satisfação sexual do consumidor ou criador do conteúdo e a dominação da vítima, colocando-a numa posição de inferioridade face ao agente. Estes comportamentos implicam, então, a desconsideração pela dimensão humana e/ou sexual das vítimas²⁸, podendo, ainda, o agressor exercer outras formas de violência sobre as mesmas, surgindo a necessidade de resposta, por parte do Direito, em punir estes comportamentos. Contudo, o principal obstáculo à criação de propostas legislativas concretas que visem a punição dos perpetradores destas condutas tem que ver com a inexistência de conceitos determinados que permitam a definição deste fenómeno na sua globalidade²⁹.

Por esse motivo, considerando a tendência legislativa em punir a “pornografia de vingança”, importa considerar a conceção que, como escreve Santos, engloba as situações em que “quando, terminado um relacionamento íntimo, há divulgação por um dos sujeitos (com mais frequência, um homem) de imagens íntimas do outro (com mais frequência, uma mulher), sem o seu consentimento”³⁰.

²⁴ Dunn, 2024, pp. 399-400.

²⁵ Maras & Alexandrou, 2019, p. 256.

²⁶ EUROPOL, 2022, p. 5.

²⁷ Adjér et al., 2019, *Foreword*.

²⁸ Newton & Stanfill, 2019, p. 402.

²⁹ Neste sentido Maddocks, 2018, pp. 345-361; Dalla et al., 2024, p.5; McGlynn & Rackley, 2017, pp. 1-9.

³⁰ Santos, 2022, p. 52.

Todavia, este conceito revela-se insuficiente na tarefa de abarcar todas as condutas relativas à disseminação não consensual de imagens íntimas ou sexuais manipuladas, por meio das TIC ou de outros meios de comunicação, uma vez que os comportamentos em causa estão, maioritariamente, relacionados com a obtenção de uma vingança, por parte de ex-companheiros das vítimas, em razão do fim da relação pelo que, tal como concretiza Maddocks, este é um termo que reduz “os danos severos [da pornografia de vingança] à narrativa simples do ‘ex-namorado desprezado’”³¹.

Consequentemente, multiplicam-se as tentativas doutrinárias, especificamente na literatura estrangeira, de encontrar conceções dogmáticas adequadas a integrar estes comportamentos, entre os quais, os conceitos de “pornografia não consensual”³²; “abuso sexual baseado em imagens”³³; “violência sexual facilitada pela tecnologia”³⁴ e “disseminação não consentida de imagens íntimas”³⁵. Em consonância com o objeto de estudo da presente dissertação, destacaremos as noções de “abuso sexual baseado em imagens” e “disseminação não consentida de imagens íntimas”.

Por um lado, a expressão “disseminação não consentida de imagens íntimas” é frequentemente utilizada no seio do direito internacional e europeu, destacando-se pela equivalência à epígrafe do art. 5 da Diretiva (UE) 2024/1385³⁶ que remete para a “partilha não consensual de material íntimo ou manipulado”³⁷. Deste modo, entendemos que o legislador europeu visa cumprir dois objetivos: a atribuição de discricionariedade aos Estados-Membros na criação de normas que transpõem o texto redigido na Diretiva, respeitando os princípios jurídico-penais característicos de cada ordem jurídica e a inclusão de vocábulos neutros que asseguram a subsunção de todas as condutas previstas no referido artigo, independentemente do género da vítima ou do agressor.

Todavia, esta conceção comporta uma ideia de que a produção e proliferação de *deepfakes* de conteúdo íntimo e/ou sexual é exclusivamente contundente com o direito à privacidade e reserva da vida íntima das vítimas, parecendo preocupar-se sobretudo em criminalizar condutas como o roubo da identidade da vítima ou a conservação indevida dos seus dados pessoais³⁸. Porém, entendemos que a ausência a qualquer

³¹ Maddocks, 2018, p. 347.

³² Citron & Franks, 2014, p. 346; as autoras utilizam esta definição para se referir à “distribuição de imagens sexuais gráficas de indivíduos, sem o seu consentimento”. Todavia, numa posição que subscrevemos, McGlynn & Rackley (2017) defendem que o termo “pornografia” implica uma ideia de escolha e legitimidade, inadequadas “quando se debate a criação e/ou distribuição de imagens sexuais sem consentimento” – p. 2.

³³ McGlynn & Rackley, 2017, pp. 1-9.

³⁴ Henry & Powell, 2016 cit. por Maddocks, 2018, p.350. Os autores englobam na noção “uma série de comportamentos criminais, civis ou outros comportamentos prejudiciais, sexualmente agressivos e de assédio, perpetrados com a ajuda ou utilização de tecnologias de comunicação”, apesar de não rejeitarmos esta perspetiva, reconhecemos tratar-se de uma conceção demasiado extensa tendo em consideração as condutas estudadas na presente dissertação.

³⁵ Maddocks, 2018, p. 351; Diretiva (UE) 2024/1385, 2024.

³⁶ A transpor para a ordem jurídica nacional até 2027.

³⁷ Diretiva (UE) 2024/1385, 2024, p. 17.

³⁸ Maddocks, 2018, p. 351.

referência à afetação da esfera sexual da vítima reduz a percepção que estes comportamentos têm na liberdade sexual das pessoas representas, olvidando o seu cariz humilhante e desrespeitoso, provocador de vergonha e de um “sentimento profundo de violação da sua ‘autonomia corporal’”³⁹, através de criações cuja distinção entre o real e o falsificado se torna cada vez mais difícil.

Por isso afigura-se oportuna a referência à conceção de “abuso sexual baseado em imagens”⁴⁰ (doravante ABSI) oferecida por McGlynn e Rackley, cujo carácter extensivo permite englobar um vasto elenco de comportamentos relativo à produção e proliferação não autorizada de conteúdo íntimo/sexual, integrando, simultaneamente a “pornografia de vingança” e a “criação não consensual e distribuição de imagens sexuais privadas”⁴¹. Deste modo, tal como referido pelas autoras e numa perspetiva com que concordamos, a preferência pelo termo “abuso sexual” permite realçar a gravidade da conduta do perpetrador e as sequelas provocadas nas vítimas realçando o seu impacto direto na liberdade sexual destas. Assim, através desta conceção destaca-se que a produção e divulgação, não consentida, de conteúdo íntimo ou sexual alterado se afiguram em formas de violência sexual que confronta diretamente com a liberdade e autonomia sexual das vítimas⁴², permitindo abarcar todos os casos em que as circunstâncias em causa se verificam, independentemente do género dos indivíduos representados ou do agressor.

Pelo exposto, dado que a partilha não consentida do conteúdo em análise afeta direitos fundamentais, como a liberdade e autonomia sexual e a reserva da vida privada da vítima, entendemos ser essencial que o legislador penal português considere ambos os conceitos aquando da transposição da Diretiva, reconhecendo a gravidade das condutas e os danos profundos provocados nas vítimas.

Deepfakes: uma forma de violência de género?

O art. 3, al. d) da CI, vigente em Portugal desde 1981, define o termo “violência contra mulheres baseada no género como “toda a violência dirigida contra uma mulher por ela ser mulher ou que afete desproporcionalmente as mulheres”. Por sua vez, a Diretiva define que “a violência contra as mulheres é uma manifestação persistente de discriminação estrutural contra as mulheres, **resultante de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens**. Trata-se de uma forma de

³⁹ McGlynn & Toparlak, 2025, p. 8.

⁴⁰ McGlynn & Rackley, 2017, pp. 1-9; esta conceção tem por base a ideia de “*continuum* sexual” criada por Liz Kelly (2013), no ano de 1988.

⁴¹ Em consonância com Flynn et al. (2022), entendemos ser essencial proceder a uma interpretação atualista do conceito de modo a nele incluir os atos que impliquem “o uso indevido e o abuso de ferramentas de edição de imagens digitais e de tecnologias de Inteligência Artificial (IA) para criar *deepfakes* e imagens alteradas digitalmente” – p. 1341.

⁴² McGlynn & Rackley, 2017, p. 3.

violência baseada no género, **preponderantemente infligida por homens a mulheres e raparigas**. Assenta nos papéis, comportamentos, atividades e atributos socialmente construídos que uma determinada sociedade considera adequados para mulheres e homens (...)”⁴³.

Um relatório de 2019 da *Deeptrace* indicava que o fenómeno de manipulação, através de IA, de imagens com conteúdo íntimo e a sua posterior divulgação tinha como alvo primordial mulheres que, em razão da sua profissão, experienciavam uma elevada exposição mediática⁴⁴. Em adição, um estudo levado a cabo no ano 2023⁴⁵ indica que o número total de falsificações profundas em suporte de vídeo publicadas online sofreu um crescimento na ordem dos 550% face ao ano de 2019, sendo que a mesma pesquisa reforça que, num universo total de 95,820 vídeos, 98% é de conteúdo pornográfico. Alertando, ainda, para o facto de 99% das vítimas representadas neste conteúdo serem raparigas e mulheres participantes em atos sexuais ou íntimos, com especial incidência para vítimas sujeitas a uma maior exposição mediática, como atrizes ou cantoras de diversas partes do globo, mas que abarcam, de forma transversal, mulheres e raparigas.⁴⁶ Desta forma, são inúmeros os casos de edição de vídeos e fotografias, sendo a sua criação e/ou manipulação concretizada de forma totalmente gratuita e em menos de 25 minutos, através de plataformas sociais designadas para o efeito.

No que respeita aos milhões de visualizações registadas em múltiplos sítios da internet destinados à divulgação deste conteúdo, 74% dos consumidores revelam não sentir qualquer remorso, tendo as suas motivações sido distribuídas em quatro razões: 1) “eu sei que não é uma pessoa verdadeira”; 2) “eu penso que não magoa ninguém enquanto for utilizado apenas para o meu próprio interesse”; 3) “este tipo de pornografia é apenas uma versão mais realista de fantasias sexuais” e 4) “para mim, as falsificações profundas de conteúdo pornográfico não são muito diferentes da pornografia normal”.

Por outras palavras, tal como refletido no relatório apresentado pelo FEM⁴⁷, a proliferação de informação falsa, na qual se insere a disseminação de conteúdo objeto de estudo, consiste numa ameaça real e atual, com carácter permanente e de rápida propagação pelas TIC. Este é, portanto, um comportamento com consequências sérias e reais para as vítimas, não sendo necessário que as imagens se assemelhem a um conteúdo realista, para que lhes causem diferentes tipos de danos. McGlynn e Rackley destacam como repercussões deste fenómeno: os danos provocados na saúde e bem-estar físico e emocional; a ofensa à dignidade e privacidade dos indivíduos e, por último, a

⁴³ Negrinho nosso.

⁴⁴ Adjer et al., 2019, p. 2.

⁴⁵ Home Security Heroes, 2023.

⁴⁶ Para mais estatísticas, cfr. UNW, 2023, pp. 39-62; Umbach et al., 2024, pp. 2-20, Dalla et al., 2024, p. 6; pp. 8-9 e Henry & Beard, 2024, pp. 3981-3998.

⁴⁷ Cfr. Elsener et al., 2025, pp. 34-36; Cavaciuti-Wishart et al., 2024, p. 20.

consequente impossibilidade de exercício pleno dos direitos à autodeterminação e liberdade sexual⁴⁸.

Deste modo, de acordo com um estudo da FRA citado no relatório sobre Violência contra as Mulheres, apresentado pelo Lobby Europeu das Mulheres [LEM], “as mulheres são mais assediadas *online* do que qualquer outro grupo-alvo”⁴⁹, estabelecendo-se, num grande número de casos, uma conexão entre a ciberviolência e outras formas de violência perpetradas no contexto *offline*, como, por exemplo, a violência doméstica ou o abuso ou violação sexual. Relativamente aos perpetradores, os dados e a literatura indicam que estas condutas são, maioritariamente, exercidas por agressores do sexo masculino, refletindo-se nos diversos setores da vida pessoal e social das vítimas⁵⁰.

Concluimos, por isso, que a problemática da criação e proliferação de conteúdo íntimo manipulado (através do uso de IA) configura uma forma de violência com pendência de género, visto que as mulheres e as raparigas se encontram numa posição de maior vulnerabilidade face a situações de abuso, impulsionadas por ideias misóginas, características do sistema patriarcal em que nos enquadramos, e que podem ser “exacerbadas por fatores como a deficiência, a orientação sexual, a filiação política, a religião, a origem social, o estatuto de migração ou de celebridade, a idade, entre outros aspetos”.

⁴⁸ McGlynn & Rackley, 2017, pp. 9-13.

⁴⁹ Dalla et al., 2024, p. 8.

⁵⁰ Grevio, 2021, pp. 8-9.

II. A proteção de bens jurídicos no direito penal português: relevância no contexto da criminalidade sexual

Análise dogmática da tutela penal: conceção de “bem jurídico”

Nas palavras de Roxin é função do Direito Penal “assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica, garantindo [a proteção de] todos os direitos jurídico-constitucionalmente estabelecidos”⁵¹. Com esse propósito, o legislador penal português procurou delimitar valores essenciais comprometidos pela prática de crimes através da adoção da conceção teleológica-funcional e racional de crime segundo a qual é “função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária [ou de última *ratio*] de bens jurídicos dotados de dignidade penal”⁵².

A presente conceção encontra-se expressamente consagrada no art. 40, n.º 1⁵³ do CP que estabelece a tutela dos bens jurídicos revestidos de dignidade e necessidade penal enquanto fim primordial da intervenção penal do Estado. Assim, a criminalização de um determinado comportamento apenas deverá verificar-se quando se revelar indispensável para a “defesa de bens jurídicos essenciais”⁵⁴. A criação deste preceito legal decorre da preocupação do legislador penal em instituir uma solução normativa que fundamentasse, expressamente, a função do direito penal na proteção de bens jurídicos, revelando-se imperativa a construção e solidificação de um conceito de “bem jurídico” “capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”⁵⁵.

Deste modo, a definição do “núcleo essencial”⁵⁶ deste conceito resultou de um processo duradouro e progressivo⁵⁷, culminando na adoção, entre nós, de uma conceção de “bem jurídico” que atua como “padrão crítico da legislação” em matéria criminal⁵⁸. ROXIN sustenta que são “bens jurídicos” aqueles “que corresponderão a todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade”⁵⁹. À semelhança, Figueiredo Dias caracteriza o “bem jurídico” como “expressão de um interesse, de pessoa ou comunidade, na manutenção ou

⁵¹ Roxin, 2013, p. 12.

⁵² Figueiredo Dias et al., 2019, p. 121.

⁵³ Desta conceção decorre que a aplicação de penas e medidas de segurança visa proteger bens jurídicos.

⁵⁴ Palma, 2014, p. 17.

⁵⁵ Figueiredo Dias et al., 2019, p. 130.

⁵⁶ Figueiredo Dias et al., 2019, p. 130.

⁵⁷ Para um aprofundamento da evolução histórica da conceção de “bem jurídico” na doutrina penal portuguesa, cfr. Carvalho, 2022, pp. 57-66; Figueiredo Dias et al., 2019, pp. 121-141.

⁵⁸ Roxin, 2013, p. 33.

⁵⁹ Roxin, 2013, p. 12.

integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁶⁰.

À luz das considerações anteriores, concluímos que a literatura penal converge em relação ao seguinte entendimento: a intervenção penal do Estado desempenha, em simultâneo, uma função de tutela de direitos iminentemente pessoais e de salvaguarda de valores jurídicos supraindividuais fundamentais à organização da sociedade. Por essa razão, não caberá ao legislador penal classificar como lesivas de bens jurídicos as condutas que consubstanciem “puras violações morais”; “violação de valores de mera ordenação” ou, ainda, que busquem a “a imposição de fins meramente ideológicos”⁶¹. Este entendimento adquire especial relevância no domínio da criminalidade sexual uma vez que orienta a intervenção do Estado, excluindo qualquer tentativa de proteção de bons costumes ou “moralidade sexual”⁶². Em consonância, considerando a natureza da intervenção penal do Estado, concluímos ser sua função a proteção dos bens jurídicos “liberdade e autodeterminação sexual”, em conformidade com o CP (Capítulo V da Parte Especial) e nos arts. 1, 25, n.º 1 e 26, n.º 1 da CRP⁶³.

Em suma, subscrevendo a posição de Roxin, concluímos ser função do Estado, através da política criminal⁶⁴, a punição de comportamentos que resultem na lesão (crimes de dano) ou colocação em perigo (crimes de perigo) de bens jurídicos fundamentais, entre os quais, a liberdade e autodeterminação sexual, desde que atendidos os requisitos da dignidade e necessidade penal (art. 18, n.º 2 da CRP).

O direito penal português: a proteção dos bens jurídicos e os limites constitucionais

A CRP consagra, na sua primeira parte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos cidadãos, consignando como exigência à intervenção do sistema normativo infraconstitucional o respeito pela pessoa humana (art. 1 da CRP) através da proteção direitos, liberdades e garantias (arts. 24 a 57 da CRP) e dos direitos económicos, sociais e culturais (arts. 58 a 79 da CRP). Pelo exposto, entendemos que a missão de

⁶⁰ Figueiredo Dias et al., 2019, p. 130. A propósito das demais perspectivas relativas ao conceito de “bem jurídico”, cfr. Costa, 2015, p. 164 e Carvalho, 2022, pp. 59-60.

⁶¹ Figueiredo Dias et al., 2019, pp. 141-143.

⁶² Neste sentido Alfaiate, 2009, p. 71.

⁶³ Cunha (2017) sublinha que a “*revolutio* quanto ao bem jurídico a tutelar está em sintonia com as valorações de uma sociedade democrática e pluralista, espelhadas na nossa Constituição: a intervenção penal, atentos os princípios da dignidade e necessidade penal (art. 18, n.º 2 da CRP), não pode fundar-se na tutela de uma determinada moral sexual, mas sim na proteção de bens jurídicos fundamentais, como é a liberdade e autodeterminação sexual, insitos no direito à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade e tendo como fundamento último a dignidade da pessoa humana (arts. 25, n.º 1, 26, n.º 1 e 1 da CRP)” – p. 348.

⁶⁴ Albuquerque (2004) define a “política criminal em *strictu sensu*” como o “programa de objetivos, de métodos de procedimento e de resultado que o Ministério Público e as autoridades de política criminal prosseguem na prevenção e repressão de criminalidade” – p. 435.

proteção e defesa da pessoa humana não se afigura exclusiva do “Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais”⁶⁵, alargando-se aos demais ramos de direito, entre os quais o Direito Penal.

A lei fundamental constitucional portuguesa é, assim, reconhecida pela doutrina e jurisprudência⁶⁶ como a “fonte de legitimação material”⁶⁷ do direito penal nacional, estabelecendo as diversas normas e princípios integrantes do “programa normativo constitucional”⁶⁸. Assim, como escreve Figueiredo Dias estabelece-se entre “a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos (...) [uma] relação de mútua referência”⁶⁹, caracterizada pela sua antiguidade (por configurar a “génese da figura dos direitos fundamentais”⁷⁰) e mutabilidade (dado tratar-se de uma relação amplamente sujeita às diversas transformações nos contextos sociais, políticos e jurídicos).

Atualmente, a ação punitiva do Estado, fundamentada no art. 9, al. b) da CRP⁷¹, encontra “legitimação positiva”⁷² na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo essencial assegurar a proteção de bens jurídicos indispensáveis⁷³ ao funcionamento de um Estado de direito democrático e pluralista. Tal tutela é materializada através de uma intromissão estadual nas “relações das pessoas, para proteção de umas em relação a outras”⁷⁴, que se encontra subordinada “à Constituição e funda-se na legalidade democrática” (art. 3, n.º 2 da CRP). Logo, a intervenção penal apenas poderá ser vista como apropriada quando ocorra de acordo com os princípios constitucionais da legalidade (arts. 1, 2, 3, n.ºs 2 e 3 e 29 da CRP) e proporcionalidade em sentido amplo, visando a proteção de bens jurídicos (art. 40, n.º 1 do CP) e assegurando a manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais dos cidadãos (art. 18, n.ºs 2 e 3 da CRP)⁷⁵, criando aquele que é entendido como o “direito penal do bem jurídico”⁷⁶.

Logo, a definição dos bens jurídicos penais a tutelar é uma prerrogativa do legislador ordinário concretizada “através da criminalização de determinadas condutas”⁷⁷ de acordo com os limites expressos no art. 18, n.º 2 e 3 da CRP, vedando qualquer

⁶⁵ Em consonância com Gouveia, 2016, p. 925.

⁶⁶ Cfr. ac. do TC, proc. n.º 1458/17.

⁶⁷ Brandão, 2017, p. 239.

⁶⁸ Para aprofundar princípios do direito penal v. Antunes, 2011, pp. 3-6.

⁶⁹ Figueiredo Dias et al., 2019, p. 149. O autor defende, ainda, a necessidade de referência constitucional do bem jurídico, cabendo à “ordem jurídico-constitucional constituir o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado” – p. 137.

⁷⁰ Brandão, 2021, pp. 45 e 48.

⁷¹ O art. 1 do CPC estabelece a proibição de autodefesa como fundamento da ação punitiva do Estado impedindo o uso da força “salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei”.

⁷² Brandão, 2021, p. 50.

⁷³ A teoria do bem jurídico é desenvolvida de forma aprofundada no subcapítulo 1 do presente capítulo.

⁷⁴ Brandão, 2021, p. 46.

⁷⁵ A este propósito releva o ac. do TC, proc. n.º 482/01.

⁷⁶ Cunhado por Figueiredo Dias (2016, p. 252), este é um princípio jurídico-constitucional implícito amplamente acolhido pela jurisprudência do TC, tal como decorre do proc. n.º 1458/17. A propósito do bem jurídico, v. acs. do TC proc. n.ºs 95/84; 340/98; 482/01; 924/2006; 733/07 & 1186/07; 658/2015 e 1458/17.

⁷⁷ Carvalho, 2022, p. 64.

intervenção do direito penal contundente com as garantias fundamentais dos cidadãos não podendo a tipificação de um crime representar uma diminuição da “extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. Desta forma, não se admite que o órgão legislativo crie “normas que sejam materialmente incompatíveis ou desconformes com a letra ou com o espírito das normas constitucionais consagradoras daqueles [direitos, liberdades e garantias]”⁷⁸, sendo exigido ao legislador ordinário o cumprimento de “um conjunto diversificado de deveres específicos de atuação”⁷⁹, no qual se insere o dever de proteção dos bens jurídicos fundamentais aquando da sua afetação “perante as plúrimas e multifacetadas ameaças que sobre ele pairam”⁸⁰.

Posto isto, a jurisprudência do TC enfatiza, desde o século passado, o entendimento de que “as medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam *necessárias, adequadas e proporcionadas* à protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido”⁸¹, salvaguardando os valores basilares do Estado de direito democrático. Tal exigência implica o respeito pelo princípio da intervenção mínima do direito penal, sendo este apenas aplicável quando mais nenhum ramo de direito alternativo se revele idóneo; pelos princípios da proibição do excesso e da proibição da insuficiência⁸²; da proporcionalidade estrita entre as sanções penais aplicadas e os bens jurídicos lesados ou colocados em perigo pela conduta⁸³ e, por fim, o princípio da legalidade (arts. 1, 2 e 29 da CRP) que determina “que não pode haver crime nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa” (*nullum crime, nulla poena sine lege*)⁸⁴.

Consequentemente, o art. 165, n.º 1, al. c) da CRP relativo à reserva relativa de competências em matéria de política criminal confere competência à Assembleia da República, enquanto legislador ordinário de criar normas jurídico-penais que visem a proteção e tutela dos bens jurídicos dos cidadãos, de acordo com os princípios constitucionalmente estabelecidos.⁸⁵ Assim, é sua função, no âmbito do princípio da separação de poderes (art. 111 da CRP) e de acordo com a legitimidade que lhe é conferida

⁷⁸ Miranda & Silva, 2017, p. 240. Ademais, Canotilho & Moreira (2014) escreve que “o sacrifício, ainda que parcial, de um direito fundamental, não pode ser arbitrário, gratuito, desmotivado” – p. 391.

⁷⁹ Miranda & Silva, 2017, p. 240.

⁸⁰ Brandão, 2017, pp. 253. Destaca-se, entre nós, a ausência de qualquer imposição constitucional ou infraconstitucional com vista à obrigatoriedade de criminalização, cabendo ao “legislador ordinário a mobilização dos meios “adequados, eficazes e suficientes” à realização dos fins penais – Brandão, 2017, pp. 252-253, p. 256.

⁸¹ Cfr. ac. TC, proc. n.º 95/84. No mesmo sentido, Figueiredo Dias (2016) realça que os princípios da dignidade e necessidade penal “funcionam como corolários do princípio jurídico-constitucional do bem jurídico” – p. 265.

⁸² Tal como sublinhado Antunes (2011) a propósito análise da jurisprudência do TC relativa à interrupção voluntária da gravidez – p. 12.

⁸³ Carvalho, 2022, p. 65.

⁸⁴ Cfr. sumário do ac. do STJ, proc. n.º 05P1831.

⁸⁵ Cabendo, por esse motivo, ao direito penal concretizar “valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica” – Figueiredo Dias et al., 2019, p. 137.

democraticamente, a “definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos”⁸⁶.

Em suma, o direito penal assume um papel essencial na proteção dos bens jurídicos dos cidadãos, encontrando respaldo constitucional e legal no cumprimento dos princípios da legalidade, proporcionalidade, necessidade e dignidade penal. A atuação punitiva do Estado, então, surge como última instância, assegurando a criminalização de condutas de acordo com os limites legalmente consagrados e o cumprimento dos valores de um Estado de direito democrático.

Evolução jurídico-penal dos crimes sexuais: a realidade do ordenamento português

A “conexão do Direito Penal com novos direitos ou com novas perspetivas sobre direitos”⁸⁷ tem fomentado diversos debates acerca do alargamento do quadro jurídico-penal no domínio da criminalidade sexual, impulsionando diversas alterações dos preceitos existentes, bem como a introdução de novos tipos legais. Logo, como escreve Cunha, “o desenho típico e a inserção sistemática dos crimes sexuais espelham de modo muito impressionante o tipo de sociedade, as suas valorações e o seu estágio evolutivo”⁸⁸, pelo que se afigura fundamental analisar a trajetória dos crimes sexuais no contexto português desde o séc. XIX até à contemporaneidade.

O CP de 1886⁸⁹, aprovado por Decreto a 16 de setembro de 1886, integrava a criminalidade sexual no seu Capítulo V relativo aos “crimes contra a honestidade”. As infrações sexuais eram punidas com base nas concepções de moralidade sexual presentes na sociedade portuguesa da época. Em razão disso, o enquadramento legal da criminalidade sexual implicava a incriminação de condutas ofensivas dos bons costumes, pudor e moral, “sem necessidade de afronta a uma vítima em concreto”⁹⁰. Assim, o elenco da criminalidade sexual abarcava condutas como o “adultério” (art. 401), o “ultraje público ao pudor” (art. 390) ou os crimes de “estupro” (art. 392) e “violação” (arts. 392 e 393)⁹¹. Observava-se, portanto, uma política criminal privilegiante dos valores da moralidade e religião característicos da sociedade patriarcal da época, objetificando e oprimindo a mulher vítima de ofensas sexuais, desconsiderando qualquer concepção de

⁸⁶ Carvalho, 2022, p. 166. Admitindo-se, ainda, a delegação desta competência no Governo, mediante o cumprimento do descrito no n.º 2 do mesmo artigo e “desde que o objeto, o sentido e a extensão da autorização legislativa estejam definidos na respetiva lei de autorização”.

⁸⁷ Palma, 2014, p. 12.

⁸⁸ Cunha, 2017, p. 347.

⁸⁹ Código de 1886, versão original.

⁹⁰ Alfaiate, 2009, p. 69.

⁹¹ Cujas condições de punibilidade assentavam na “virgindade” da vítima (exclusivamente do sexo feminino), sendo obrigatória a celebração de casamento entre a vítima “virgem” e o agressor (art. 400). Tal é evidenciado no ac. do STJ, proc. n.º 035833, em que o Tribunal declarou que a perda da virgindade da vítima era vista como um “mal” segundo a moral vigente.

dignidade humana que lhe pudesse ser inerente e expurgando a intervenção penal do fim de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Por sua vez, o CP de 1982, promulgado pelo DL n.º 400/82 de 23 de setembro, procurou romper com dogmas de moralidade e religião, promovendo a “afirmação da dignidade da pessoa”⁹². Não obstante a abordagem mais progressista, através da implementação de uma “conceção positiva” em matéria de criminalidade sexual⁹³, a integração destas ofensas no capítulo “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade” significou a manutenção da sexualidade das vítimas como um valor supraindividual. Assim, a tentativa do legislador penal em revolucionar a política criminal nesta matéria revelou-se “tímida, limitada e cheia de ambiguidades”⁹⁴ dada a prevalência de sobejos de ideologias morais, éticas e religiosas através da criminalização de condutas que extrapolavam a “sexualidade permitida” ofendendo-a de forma grave e inadmissível⁹⁵.

Por fim, o CP em 1995⁹⁶ revelou-se verdadeiramente revolucionário⁹⁷, tendo a aprovação do DL n.º 48/95 de 15 de março representado um “reforço progressivo de cariz liberal, tolerante e pluralista que deve nortear qualquer intervenção nesta área dos crimes sexuais”⁹⁸. O novo enquadramento dos crimes sexuais no Capítulo V do Título I da parte especial do código referente aos “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” assegurou a consolidação dos bens jurídicos da liberdade e autodeterminação sexual no direito penal português. Estabeleceu-se, assim, a distinção entre os crimes contra a liberdade sexual, enquanto “crimes cometidos contra adultos ou menores sem o consentimento destes”⁹⁹ e os crimes contra a autodeterminação sexual, caracterizados como “crimes cometidos contra menores de modo consensual com ‘consentimento’ destes”¹⁰⁰.

A intenção do legislador ordinário, expressamente consagrada no preâmbulo do diploma, em renunciar qualquer “concepção moralista (‘sentimentos gerais de moralidade’), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, [enquanto] bens eminentemente pessoais”, permitiu assegurar a proteção da identidade pessoal, do livre desenvolvimento de personalidade e do bem-estar dos cidadãos, nos termos do art. 9,

⁹² Preâmbulo do Código de 1982, versão original.

⁹³ Com vista à intervenção penal apenas quando do comportamento do agente resultasse um ataque “de forma grave e intolerável [dos bens protegidos pela ordem penal]” – Dias, 2022, p. 27.

⁹⁴ Dias, 2022, p. 27.

⁹⁵ Neste sentido Dias, 2022, p. 27. Cfr. arts. 201, 205, 207, 212, 215 e 217, todos do CP de 1982. A este propósito releva o ac. do STJ, proc. 046395 do qual consta que o crime de atentado ao pudor visava tutelar “o sentimento geral de vergonha” aferido pelo sentimento “de uma generalidade de pessoas, numa dada época e determinado espaço territorial”.

⁹⁶ Código de 1995, versão original.

⁹⁷ Prevalecendo, contudo, a referência aos “atos homossexuais com menores” no art. 175 do CP de 1995.

⁹⁸ Dias, 2022, p. 27.

⁹⁹ Albuquerque, 2022, p. 717.

¹⁰⁰ Albuquerque, 2022, p. 717. A única exceção é o art. 176C do CP, cujo tipo não faz qualquer referência à idade da vítima, introduzido pela lei n.º 15/2024 de 29 de janeiro na Secção II do seu Cap. V.

als. b) e d) e art. 26, n.º 1 da CRP, concretizando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana na sua plenitude (art. 1 da CRP) e assegurando o respeito pelo fim de tutela de bens jurídicos expressa no art. 40 do CP. Deste modo, a inclusão dos crimes como a “coação sexual” (art. 163) ou “abuso sexual de crianças” (art. 172), bem como a eliminação de qualquer tipo incriminador referente a condutas que representassem uma afronta ao pudor público ou à conceção de moralidade coletiva, permitiu a tutela de “bens jurídicos fundamentais (que encontram a sua fonte nos valores Constitucionais) [e] não [de] uma determinada moral sexual, mesmo que seja uma moral sexual ‘maioritária’”¹⁰¹.

Por fim, o CP português sofreu diversas alterações legislativas de carácter essencial à consolidação do regime jurídico-penal dos crimes sexuais na sua configuração atual, em particular em matéria relacionada com o ABSI, destacando-se a criminalização da utilização indevida de imagens pornográficas de menores (leis n.ºs 48/95 e 59/2007), do abuso sexual de menores (art. 172, als. c) e d)) e pornografia de menores (art. 176A). Recentemente, o cumprimento das obrigações impostas pelos instrumentos legais internacionais e europeus¹⁰² implicaram a introdução, entre 2015 e 2020, das leis n.ºs 83/2015, 103/2015, 101/2019 e 40/2020, esta última introduzindo o conceito de pornografia no art. 176, n.º 8 do CP.

¹⁰¹ Cunha, 2017, p. 400.

¹⁰² Em consonância com a CL (vigente na ordem legal portuguesa desde 01.12.2012); CI (cuja vigência, entre nós, se iniciou a 01.08.2014) e da Diretiva 2011/93/UE.

III. Diretiva (UE) 2024/1385 do Parlamento Europeu e do Conselho da EU

1. Breve contextualização

A política europeia em matéria de violência contra as mulheres e de violência doméstica iniciou um período de transição em março de 2020 aquando da comunicação, por parte da Comissão Europeia [CE], da Estratégia para a Igualdade de Género 2020-2025 (doravante Estratégia). Este diploma constituiu o mote à implementação de objetivos estratégicos na União Europeia com vista a estimular “um novo impulso à igualdade de género”¹⁰³, reforçando a oposição contra diversas formas de violência que afetam, de modo desproporcional, raparigas e mulheres em todo o mundo.

A UE assumia, então, o compromisso de criar soluções jurídicas, a implementar pelos EM, com o fim de mitigar e prevenir a violência contra as mulheres e a violência praticada no seio familiar ou doméstico¹⁰⁴, colocando-se, desse modo, em sintonia com as finalidades expressas nos diplomas de direito internacional, especificamente na CI¹⁰⁵. Todavia, a sua próspera concretização apenas se afiguraria possível através da delineação de ações e medidas que permitissem o alargamento dos “domínios de criminalidade em Que a harmonização é possível”, permitindo abarcar formas específicas de violência doméstica e violência contra as mulheres nos “eurocrimes” previstos no art. 83, n.º 1 do TFUE¹⁰⁶.

Neste sentido, numa tentativa de materialização das finalidades almejadas pela CE testemunhamos a adoção, a 14 de maio de 2024, da Diretiva (UE) 2024/1385¹⁰⁷. Tal como realça Sanjuán, este mecanismo europeu encontra-se tripartido em razão das “várias dimensões, os diferentes tipos de vítimas e os riscos específicos [associados a este tipo de criminalidade]”¹⁰⁸, distinguindo entre a matéria substantiva (arts. 1 a 13), através da definição das condutas típicas, respetivas sanções e prazos de prescrição; processual (arts. 14 a 24), mediante a regulação dos direitos das vítimas em todas as fases processuais e social (arts. 25 a 44), presente nas disposições relacionadas com a proteção e apoio das vítimas (fora do âmbito do processo jurisdicional) e nos artigos relativos à

¹⁰³ CE, 2020, p. 2.

¹⁰⁴ Diretiva (UE) 2024/1385, p. 1: “(1) A presente diretiva tem por objetivo proporcionar um regime abrangente para a prevenção e combate eficaz da violência contra as mulheres e da violência doméstica em toda a União”.

¹⁰⁵ Neste sentido, Fanego (2025) escreve que “se a adesão da UE à CI continuasse bloqueada, a Comissão apresentaria projetos de medidas jurídicas neste domínio para alcançar os mesmos objetivos que a Convenção” – p. 4.

¹⁰⁶ CE, 2020, p. 4.

¹⁰⁷ Art. 13 do TUE.

¹⁰⁸ Sanjuán, 2024, p. 11.

prevenção da prática dos crimes tipificados e cooperação e coordenação, procurando, assim assegurar o respeito pelos direitos fundamentais das vítimas.

Desta forma, a Diretiva consigna neocriminalizações em matéria de violência contra as mulheres e violência doméstica, proibindo “a mutilação genital feminina, o casamento forçado, a partilha não consensual de material íntimo ou manipulado, a cyberperseguição, o cyberassédio, o cibereixibicionismo [...] o incitamento à violência e ao ódio em linha”¹⁰⁹, assegurando o respeito pelos princípios da não discriminação e da igualdade de género (arts. 2 e 3 do TUE, art. 8 do TFUE e arts. 20, 21 e 23 da CDFUE)¹¹⁰.

A criação do instrumento europeu, ainda que manifestamente tardia¹¹¹, constituiu uma inovação da política criminal da UE, contribuindo para a consolidação do quadro legal europeu, visando assegurar a harmonização legislativa dos ordenamentos jurídicos dos EM no que concerne a tipificação “de comportamentos criminais que constituam violência contra as mulheres ou violência doméstica”¹¹². Assim, a sua construção teve como fundamento os arts. 82, n.º 2 e 83, n.º 1 do TFUE¹¹³, dos quais resulta a competência do Parlamento Europeu e do Conselho¹¹⁴ para a definição de “regras mínimas” relativas à criminalização de condutas que traduzam formas de violência contra mulheres e raparigas, estabelecendo requisitos mínimos no âmbito processual e substantivo.

Em consequência, a introdução deste diploma significou o desenvolvimento de previsões legais destinadas à definição de requisitos mínimos em matéria de criminalidade que afeta desproporcionalmente mulheres e raparigas, entre as quais, a cibercriminalidade, abrangendo a criação e partilha de falsificações profundas de carácter íntimo ou sexual, mas também a mutilação genital feminina, o casamento forçado ou o incitamento à violência¹¹⁵, contribuindo para a expansão do n.º 1 do art. 83¹¹⁶ e para a regulamentação dos direitos das vítimas “em todos os tipos de processos, antes do seu

¹⁰⁹ Diretiva (UE) 2024/1385, p. 2.

¹¹⁰ Dos quais resultam os princípios fundadores da UE e orientadores da ação legislativa do Parlamento Europeu e do Conselho, entre os quais, os princípios da dignidade humana, da liberdade e igualdade entre homens e mulheres, da igualdade perante a lei e da não discriminação, a par com o respeito pelos direitos humanos e das minorias, o princípio da promoção da paz e o princípio do primado.

¹¹¹ Neste sentido, Fanego, 2025, p. 2; Rigotti et al., 2024, pp. 1472-1473.

¹¹² Diretiva (UE) 2024/1385, p. 2. Deste modo, a implementação surge depois de reconhecida “a necessidade de uma diretiva de combate à violência de género a nível europeu (...) porque, embora se reconheça que os vários Estados-Membros têm na sua agenda o combate a este tipo de violência, as legislações diferem muito em termos da proteção concedida e das definições do que se considera violência de género. A falta de harmonização (...) dificulta o reconhecimento mútuo das decisões” – Blázquez, 2023, p. 119.

¹¹³ Não obstante, Sanjuán (2024) reforça que “a Comissão tem negado sistematicamente que exista uma base jurídica suficiente nos Tratados para justificar a existência de uma diretiva específica sobre esta matéria” – pp. 11-12.

¹¹⁴ Art. 83, n.º 1 do TFUE: “podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios da criminalidade particularmente grave com dimensões transfronteiriças”.

¹¹⁵ Cfr. arts. 3 a 8 da Diretiva.

¹¹⁶ Dos quais já constavam, embora não exclusivamente, os crimes de tráfico de seres humanos, a exploração sexual de mulheres e crianças e a criminalidade informática.

início, durante o seu decurso e também durante um período de tempo adequado após a sua conclusão”¹¹⁷.

Com efeito, a Diretiva (UE) 2024/1385 assegura o reforço das soluções legais europeias nesta matéria, visando a promoção de igualdade entre homens e mulheres e o combate da violência de género e da criminalidade sexual, complementando o conteúdo normativo de diplomas como a Diretiva 2012/29/UE, de 25 de outubro de 2012¹¹⁸, concretizando os compromissos internacionais assumidos pela UE¹¹⁹, e respetivos EM, aquando da ratificação das diversas convenções internacionais referentes à eliminação das diversas formas de violência contra raparigas e mulheres¹²⁰.

2. Criação e disseminação não consentida de conteúdo íntimo ou sexual: a solução europeia

O art. 5 da Diretiva (UE) 2024/1385 estabelece o crime de “partilha não consensual de material íntimo ou manipulado”, consagrando os parâmetros legais mínimos relativos à criminalização destas condutas. Apesar da abordagem prevista no instrumento legal ser entendida, pela literatura estrangeira, como fragmentada¹²¹, cremos que a sua adoção configura um passo relevante na prevenção e eliminação de diversas formas de violência cibernética, traduzindo uma inovação legal há muito aguardada, inclusive no tema objeto de estudo. Assim, considerando a letra da norma, em particular, os termos das als. a) a c) do seu n.º 1, o art. 5 visa a “criminalização de três condutas distintas”¹²² associadas à divulgação pública não consentida de imagens íntimas.

A al. a) do n.º 1 do artigo “abrange as formas mais conhecidas de abuso sexual baseado em imagens, em particular a partilha não consentida de imagens íntimas”, como a pornografia de vingança.¹²³ Este crime ocorre quando é disseminado de modo não consentido, através das TIC e em suporte de “imagem, vídeo ou materiais semelhantes”, o conteúdo íntimo ou sexual da vítima, sendo este suscetível “de causar danos graves a essa pessoa”. Em seguida, a al. b) do mesmo número configura uma resposta à criação e partilha não consentida de falsificações profundas de cariz sexual¹²⁴, sendo este

¹¹⁷ Fanego, 2025, p. 9.

¹¹⁸ Que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI. Relevando, ainda, a Diretiva 2011/36/UE, a Diretiva 2011/93/EU e a Diretiva 2004/80/CE.

¹¹⁹ A ratificação da CI pela UE ocorreu em 2023, depois de um longo processo, entendido por Rigotti et al. (2024) como “um marco significativo, não só pelas suas implicações normativas e simbólicas, mas também porque a CI constitui agora parte integrante do direito comunitário, servindo de fonte jurídica” – p. 1479.

¹²⁰ Entre as quais, a CI e a CEDAW. Acrescendo o cumprimento dos objetivos definidos, em 1995, na PAP.

¹²¹ Rigotti et al. (2024) utilizam a expressão “*piecemeal approach*” para se referir ao conteúdo da Diretiva – p. 1482.

¹²² Rigotti et al., 2024, p. 1483.

¹²³ Rigotti et al., 2024, p. 1483.

¹²⁴ A solução legislativa europeia abrange todo o conteúdo transmissor da “ideia de que uma pessoa participa em atos sexualmente explícitos”.

disponibilizado ao público através de plataformas digitais em suportes como “imagens, vídeos ou materiais semelhantes”, remetendo para a suscetibilidade do comportamento descrito de causar danos graves à vítima.¹²⁵ Ademais, encontramos na al. c) do n.º 1 deste artigo a referência à criminalização de comportamentos que incluam a ameaça de adoção das condutas acima tratadas, tendo o agente como fim “coagir uma pessoa a praticar, tolerar ou abster-se de um determinado ato”. Por sua vez, o n.º 2 da mesma previsão normativa visa assegurar a proteção dos direitos e princípios fundamentais que alicerçam a União, tal como previsto no art. 6 do TUE, com especial referência aos princípios “relacionados com a liberdade de expressão e de informação e a liberdade das artes e das ciências, tal como transpostos para o direito da União ou para o direito nacional”.

Finalmente, importa, ainda, considerar os arts. 10 a 13 da Diretiva, uma vez que a leitura em conformidade com o conteúdo do art. 5 se revela essencial à definição das regras mínimas em matéria de sanções (art. 10, n.º 4), circunstâncias agravantes dos crimes tipificados (art. 11), os prazos de prescrição e a competência jurisdicional nesta matéria (arts. 12 e 13).

Uma solução adequada?

Tal como anteriormente mencionado a adoção da Diretiva (UE) 2024/1385 foi amplamente reconhecida¹²⁶ como um marco importante na contribuição “para que as mulheres, as raparigas e os jovens possam exercer plenamente os seus direitos”¹²⁷, destacando-se o empenho do Parlamento e do Conselho da UE em criar um documento legal coeso e apto à efetiva eliminação destas formas de violência. Contudo, são diversas as problemáticas apontadas pela doutrina, especialmente em torno da utilização de conceitos indeterminados, suscitando-se dúvidas relacionadas com a definição do conceito de “violência contra mulheres” e com a ausência de qualquer desenvolvimento das conceções de “género” ou “violação”¹²⁸. Mais a mais, as disposições normativas relativas à divulgação pública não consentida de material íntimo de terceiros encontram-se de igual modo sob o escrutínio literário, relevando, especificamente, a problemática existente em torno da terminologia associada ao conceito de “violência contra mulheres”¹²⁹.

¹²⁵ Como escreve Sanjuán (2024) a versão inicialmente apresentada pela CE exigia que a verificação do requisito da intencionalidade, sendo exigido que o perpetrador do crime disseminasse o conteúdo de forma intencional, porém este requisito não integrou o texto final do diploma – p. 31.

¹²⁶ Em específico, pela doutrina e pelas organizações destinadas à defesa dos direitos das mulheres e vítimas, nomeadamente, pelas autoras Sanjuán (2024), Rigotti et al. (2024) e Montero et al. (2024).

¹²⁷ CE, 2020, p. 2.

¹²⁸ Subscrevemos a posição de Sanjuán (2024) que escreve “saliento aqui a incoerência do facto de a diretiva não definir o conceito de género e o utilizar na definição de vítima” – p. 22.

¹²⁹ Para analisar outras divergências doutrinárias associadas à redação da Diretiva (UE) 2024/1385, cfr. Sanjuán, 2024, pp. 8-14 e Kasim, 2024, pp. 5-9.

Primeiramente, no que diz respeito à criminalização da “partilha não consensual de material íntimo ou manipulado” e, em particular, o n.º 1 do art. 5, os autores alertam para o impacto da utilização dos conceitos de “pública”, bem como “comportamento seja suscetível de causar danos graves a essa pessoa” uma vez que, na sua perspetiva, representam uma restrição à aplicação da previsão normativa em análise¹³⁰.

Por um lado, remetendo para a utilização do termo “pública”, a doutrina questiona qual o escopo do conceito e, consequentemente, da sua abrangência, já que o legislador europeu não clarifica se o termo em análise abarca a divulgação a todo e qualquer terceiro, independentemente da relação de proximidade, afinidade ou familiar com a vítima representada no conteúdo disseminado. Procurando, assim, salientar o carácter ambíguo da terminologia, os autores referem que, a título de exemplo, os empregadores e colegas de trabalho da vítima poderão enquadrar-se no conceito de “pública” para efeitos do tipo incriminador em causa, independentemente do número que contactou com as imagens partilhadas. Ademais, Rigotti et al. stressam ainda a necessidade de inclusão daqueles que integram o núcleo familiar da vítima, demonstrando-se céticos face à abrangência do termo quando as circunstâncias impliquem a “distribuição à família da vítima, [dado] que [pode] não ser considerada uma distribuição ‘pública’”¹³¹.

No que nos diz respeito, e em concordância com Rigotti et al., consideramos que a introdução pelo legislador europeu do léxico “pública” visou assegurar que a presente norma é aplicável em todas as circunstâncias em que se verifique a disseminação não consentida de imagens íntimas das vítimas. Consequentemente, essa partilha deverá considerar-se “pública”, independentemente da relação ou vínculo que o visualizador do conteúdo mantém ou venha a manter com a vítima, pelo que deverão integrar o tipo as situações em que a divulgação do conteúdo visa, exclusivamente, a família da vítima¹³².

Por sua vez, em relação à expressão “comportamento seja suscetível de causar danos graves a essa pessoa”, o legislador europeu visou frisar a necessidade de análise, *in casu*, da gravidade do impacto causado pela conduta do agressor. Como referido por Rigotti et al., o diploma europeu falha em destacar que a gravidade da conduta do agente é algo que lhe está inerente. Por outras palavras, os comportamentos de violência sexual cibernética são suscetíveis de provocar danos irreversíveis na vida das vítimas, revelam-se condutas gravosas *per se*¹³³. Deste modo, considerando a afetação direta, provocada por estes comportamentos, em interesses coletivos como a liberdade sexual, a reputação, o bom nome, a imagem e a privacidade das vítimas, entendemos que qualquer exigência

¹³⁰ Rigotti et al., 2024, pp. 1485-1486.

¹³¹ Rigotti et al., 2024, p. 1485.

¹³² Rigotti et al., 2024, p. 1485; destacamos, ainda, o impacto da divulgação deste conteúdo na vítima, independentemente da sua relação com os visualizadores, pelo que afastar a aplicação do art. 5 nas situações em que a divulgação ocorra apenas perante a família contende com o fim teleológico da previsão legal.

¹³³ Rigotti et al., 2024, pp. 1485-1486.

dos legisladores penais dos EM relativa à necessidade de prova, a apresentar pela vítima em sede de processo penal, olvida o impacto que a partilha não consensual de material íntimo ou sexual (real ou manipulado) teve na sua vida e, por isso, afigura-se contrária ao espírito do legislador europeu no momento de redação da Diretiva.¹³⁴

No que concerne al. a) do n.º 1 do art. 5, Rigotti et al., numa posição com a qual concordamos, estabelecem que o uso da expressão “ou materiais semelhantes” pode representar uma limitação do escopo de aplicação do artigo, pelo que, ainda que seja perceptível a intenção do legislador europeu em assegurar a inclusão de tecnologias futuristas como meio de perpetração do crime¹³⁵, prevalecem questões associadas ao recurso a textos e áudios para esses fins¹³⁶. Ademais, o uso da expressão “materiais semelhantes que representem atos sexualmente explícitos ou as partes íntimas de uma pessoa (...)” representa uma restrição à execução da norma visto que, na sua opinião, exclui a divulgação de material exclusivamente íntimo, nomeadamente de imagens que representem “comportamentos íntimos como trocar de roupa (...), mas que não exibem necessariamente a genitália ou parte íntimas da pessoa”.¹³⁷

Relativamente à al. b) do artigo, subscrevemos a posição oferecida por RIGOTTI e as demais autoras¹³⁸, particularmente no que diz respeito à distribuição ou produção de material manipulado “dando a ideia de que uma pessoa participa em atos sexualmente explícitos” dado que o legislador europeu estabelece nesta norma um critério único, abandonando qualquer referência a outro tipo de material íntimo adulterado. Desta forma, é afastada a possibilidade de enquadrar comportamentos como a adulteração de imagens que apenas exibem nudez, mas em que as pessoas representadas não participam em qualquer atividade sexual. Logo, a produção de “falsificações profundas” nos termos definidos pelo art. 5, n.º 1, al. b) “exclui material produzido através de aplicações de “nudificação” e subsequentemente distribuído sem consentimento, (...), mesmo que a própria imagem de nudez seja considerada sexual”¹³⁹.

Por fim, em relação à al. c), consideramos ainda a perspetiva oferecida pela doutrina¹⁴⁰ de que o legislador europeu visou incluir situações em que o agente pratica extorsão sexual, ameaçando a vítima da distribuição de imagens íntimas (verdadeiras ou manipuladas); chantagem, pretendendo obter da vítima uma vantagem económica para que esta não veja o material divulgado publicamente ou, ainda, as situações em que a

¹³⁴ Rigotti et al., 2024, pp. 1485-1486.

¹³⁵ Por exemplo através da utilização de hologramas.

¹³⁶ Neste sentido, as autoras concluem que “embora os clips de texto e áudio sejam frequentemente utilizados em várias formas de violência baseada no género, normalmente não são abrangidos pelo âmbito da maioria das leis sobre o ABSI. Assim, parece provável que esta medida se limite a material semelhante a imagens em termos de tipo e não de utilização” – Rigotti et al., 2024, p. 1483.

¹³⁷ Rigotti et al., 2024, pp. 1483-1484.

¹³⁸ Rigotti et al., 2024, p. 1484.

¹³⁹ Rigotti et al., 2024, p. 1484.

¹⁴⁰ Rigotti et al., 2024, p. 1484.

ameaça íntegra violência doméstica, como característica de um mecanismo de controlo mais amplo, integrando este comportamento no conceito de “determinado ato”¹⁴¹.

Em conformidade com o exposto, é nossa opinião de que, ainda que a presente diretiva evidencie lacunas, nomeadamente no que se refere às conceções utilizadas no seu art. 2, entendemos que a sua criação e transposição pelos EM configura uma inovação no âmbito do direito penal europeu, contribuindo para a transformação dos sistemas legais de cada EM, com especial relevância na criação de tipos incriminadores que abarcam comportamentos estimulados pelo uso das TIC e IA, dando continuidade ao respeito pelos direitos humanos e, sobretudo, os direitos das mulheres e raparigas.

Concluimos, portanto, que a Diretiva (UE) 2024/1385 comporta uma grande relevância uma vez que assegura a prevenção e o combate de um tipo de criminalidade em constante crescimento, assegurando a responsabilização dos agentes que a perpetuam, em complementaridade com outras soluções legais de carácter europeu, como o Regulamento (UE) 2022/2065¹⁴² cujo objetivo principal é o de prevenir a prática de atividade ilegais ou prejudiciais no espaço cibernético.

3. Proposta de tipificação

O Direito, enquanto garante da justiça e segurança jurídica, encontra nas mudanças sociais fundamento para as reformas normativas. No âmbito penal, a necessidade de adaptação às alterações conjunturais justificará as diversas alterações legislativas, em especial, no que concerne ao catálogo de crimes mais emblemáticos do CP. Paralelamente, a política criminal nacional está vinculada às diretrizes impostas pelos textos de direito internacional e europeu, assegurando o cumprimento dos deveres assumidos pelo Estado.

Ora a crescente partilha de falsificações profundas de teor íntimo ou sexual, reconhecida na Diretiva (UE) 2024/1385, configura uma ameaça global¹⁴³ com consequências graves para as vítimas¹⁴⁴ cuja imagem, privacidade e esfera sexual é amplamente afetada. Perante este cenário, impõe-se a necessidade de consagração, no CP português, de um tipo penal com vista à criminalização da criação e disseminação do conteúdo através das TIC ou outros meios de comunicação. Chegados a este ponto, é

¹⁴¹ Parte final da al. c) do art. 5 da Diretiva.

¹⁴² Que altera a Diretiva 2000/31/CE, servindo como um importante aliado às obrigações impostas aos intermediários de serviços tecnológicos e de comunicação, como as plataformas encarregues pelas redes sociais ou motores de busca.

¹⁴³ Tal como nos descreve a notícia de outubro de 2024 que refere que a utilização *bots* abusivos de IA, como o “Nudify” no Telegram, destinados à criação de conteúdo de cariz sexual de terceiros, com o intuito de o disseminar. Ademais, plataformas como o X (ex-*Twitter*) aparentam favorecer a utilização destas ferramentas de manipulação e edição de imagens íntimas através da publicidade de plataformas destinadas à criação de falsificações profundas – Burgess, 2024.

¹⁴⁴ O testemunho oferecido pelas vítimas remete para consequências do foro psicológico, relatando episódios de ansiedade, TOC ou ataques de pânico.

imperativo considerar a doutrina do bem jurídico e, em particular, a concepção teleológica-funcional e racional de crime oferecida por Figueiredo Dias¹⁴⁵ dado que apenas poderemos equacionar a criminalização de uma conduta quando represente a lesão de um bem jurídico dotado de dignidade e necessidade penal.

Tal como mencionado, os comportamentos em análise remetem para uma forma de violência que afeta diretamente a imagem, o bom nome e a esfera sexual da pessoa representada, colocando em causa a sua privacidade e intimidade, uma vez que esta não toma qualquer decisão relativamente à produção, manipulação ou distribuição do conteúdo sexual ou íntimo. Assim, a divergência doutrinária existente em torno desta problemática não se prende com a eventual afetação de um bem jurídico, mas tem antes que ver com o bem jurídico *per se*, contrapondo os valores da honra, bom nome e a reserva da vida íntima e a autodeterminação e liberdade sexual.

Relativamente aos ordenamentos jurídicos de tradição continental, como em Portugal, é comum verificar-se a inclusão dos comportamentos em estudo nos capítulos relativos aos crimes contra a honra, bom nome, privacidade ou reserva da vida privada, por representarem “uma violação do direito ao respeito pela vida privada e familiar”¹⁴⁶, em consonância com o art. 7 da CDFUE. Assim sendo, o CP consagra no arts. 192 e 193 os crimes relativos à difusão não consentida de imagens íntimas por meio das TIC, integrando-os nos crimes contra a reserva da vida privada¹⁴⁷, de acordo com o art. 26, n.º 1 da CRP¹⁴⁸, visando proteger o direito “que assiste a cada pessoa de decidir quem e em que termos pode tomar conhecimento ou ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva”¹⁴⁹.

Deste modo, o art. 192, n.º 1, al. b) consigna a criminalização da divulgação, não consentida, de imagens ou gravações ofensivas da intimidade da vítima, integrando como conduta típica o comportamento daquele que, com intenção de devassar a vida familiar ou sexual de terceiro, capte, fotografe, filme, registre ou divulgue “imagem das pessoas ou de objectos ou espaços íntimos”, sancionado com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. Ademais, o art. 193 do mesmo diploma, alterado pela lei n.º 26/2023 (transpondo a Diretiva 2000/31/CE), estabelece uma sanção mais gravosa nos casos em que a conduta do agente, prevista no artigo imediatamente anterior, ocorra através da disseminação por meios de comunicação social ou das TIC, sendo este punido com pena de prisão até 5 anos.

¹⁴⁵ Cfr. Figueiredo Dias et al., 2019, pp. 121-176.

¹⁴⁶ Santos, 2022, p. 51.

¹⁴⁷ Ademais, nos termos do art. 152, n.º 2, al. b) do CP o crime de violência doméstica é agravado, com pena de prisão de 2 a 5 anos, quando o agente partilhe ou dissemine “dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento”.

¹⁴⁸ Assim como no art. 80 do CC.

¹⁴⁹ Andrade, 2012, p. 1043.

Como realça Santos, a solução oferecida pelo legislador português tem sobretudo que ver com a ideia de que “aquilo que merece um juízo de desvalor é (...) a causação de danos à privacidade a que cada pessoa tem direito”¹⁵⁰, dado que qualquer divulgação, de imagens ou de media, reveladores do corpo nu de terceiro, envolvido ou não em atos sexuais, são “ofensas ao direito que todos temos a ser deixados sozinhos naquilo que se prende com a nossa privacidade ou (...) espaços ainda mais restritos da intimidade”¹⁵¹. Verifica-se, portanto, uma preocupação do legislador em salvaguardar um bem jurídico pessoal¹⁵², que, nas palavras de Andrade, visa “assegurar ao indivíduo o domínio sobre a sua esfera privada e, por vias disso, um espaço de isolamento e autodeterminação” da “última e inviolável área nuclear da liberdade pessoal”¹⁵³.

No que respeita às diversas modalidades de ABSI, não encontramos na ordem jurídico-penal nacional qualquer referência à criminalização dessas condutas. Entendemos, por isso, não ser inesperada a subsunção destas condutas nos crimes contra a reserva da vida privada ou íntima, aproveitando a redação do art. 193 do CP na parte referente à disseminação ou contribuição para tal “de imagens, fotografias ou gravações que devessem a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual”¹⁵⁴, visto que, como considera parte da doutrina, “a divulgação não consentida de fotografias ou vídeos que contenham nudez ou ato sexual não ofende em primeira linha (...) [a] liberdade de conformação da vida sexual [da vítima]”¹⁵⁵.

Porém, uma interpretação cuidada da norma demonstra que a sua aplicação se limita à disseminação (ou o seu auxílio) “de imagens, fotografias ou gravações que devessem a vida privada das pessoas”, excluindo qualquer cenário em que a vítima aparente participar em atos sexuais ou íntimos através da criação, manipulação ou total reconstrução de áudios. Assim, a ausência de qualquer referência a suportes sonoros ou de conceitos indeterminados que permitam a sua inclusão no âmbito da norma implicam o afastamento do art. 193 do CP.

Posto isto, releva considerar a tendência o ordenamento de influência anglo-saxônica, especificamente no estado do Texas (EUA)¹⁵⁶, em que a produção ou disseminação não consentida de falsificações profundas consubstancia uma ofensa sexual, contrapondo frequentemente a inclusão destas condutas na criminalidade contra

¹⁵⁰ Santos, 2022, p. 50.

¹⁵¹ Santos, 2022, p. 50.

¹⁵² Mas que, tal como reforça o autor, cuja tutela representa “vantagens ou funções para o sistema social (...) em que a pessoa possa mover-se e expressar-se com liberdade e autenticidade” – Andrade, 2012, pp. 1042-1043.

¹⁵³ Andrade, 2012, p. 1046.

¹⁵⁴ Itálico nosso.

¹⁵⁵ Santos, 2022, p. 54.

¹⁵⁶ Penal Code, Chapter 21, Section §21.165, (b). “O estado tornou uma contraordenação de Classe A a criação de vídeos *deepfake* sexualmente explícitos e não consensuais, punível com uma pena de prisão até um ano, uma multa até 4.000 dólares, ou ambas as penas de prisão e multa” – Jimenez et al., 2024.

a honra, reputação e vida privada. Como escreve ŠEPEC, os legisladores penais destas ordens jurídicas entendem que a prevalência da tutela dos bens diretamente relacionados com a reputação, bom nome e a privacidade da vítima, nos casos em apreço, significam a desconsideração pelas graves repercussões que as condutas perpetradas têm na sexualidade das vítimas, em especial no seu desenvolvimento, expressão e identidade sexual.¹⁵⁷ Paralelamente, o conteúdo previsto pela Diretiva (UE) 2024/1385¹⁵⁸ implica a ponderação do ABSI enquanto ofensa que afeta a sexualidade das vítimas, cabendo, por isso, aos legisladores de cada a EM a construção de tipos incriminatórios destinados à tutela da autodeterminação e liberdade sexual, em específico no que toca à disseminação não consentida de imagens íntimas ou sexuais manipuladas¹⁵⁹.

Como mencionado¹⁶⁰, entendemos que não compete ao legislador penal português valorar comportamentos atentadores da esfera sexual das pessoas apenas com base em critérios de moralidade, ética ou outros valores socialmente aceitáveis. Por conseguinte, afastamos qualquer intenção de criminalizar a gravação ou captura de material de teor sexual ou íntimo quando envolva adultos que participam de forma consentida ou consentem à sua distribuição. Todavia, ressaltamos a importância destes comportamentos quando, em qualquer dos mencionados momentos, não se verifique o consentimento da pessoa representada, dado que como escreve Figueiredo Dias, “[a] **pessoa adulta tem o direito de se determinar como quiser em matéria sexual, seja quanto às práticas a que se dedica, seja quanto ao momento ou ao lugar em que a elas se entrega ou ao(s) parceiro(s), também adulto(s), com quem as partilha** — pressuposto que aquelas sejam levadas a cabo em privado e este(s) nelas consinta(m)”¹⁶¹.

Relativamente à produção e partilha não autorizada de imagens manipuladas, os seus criadores obtêm, através de plataformas digitais, ou forjam imagens, gravações de vídeo ou áudio sem o consentimento da pessoa representada, criando material totalmente falso que é posteriormente divulgado através do seu *upload* nos meios de comunicação e informação. Torna-se evidente que desde o momento de criação do conteúdo até à sua partilha não existe qualquer referência ao consentimento ou vontade da vítima, pelo que esta não tem qualquer possibilidade de se determinar sexualmente:

¹⁵⁷ Šepec, 2019, p. 423.

¹⁵⁸ Cfr. Considerandos n.ºs 11, 16 e 19.

¹⁵⁹ Este foi também o entendimento seguido pelo partido político BE ao apresentar, em 2024, o PL n.º 321/XVI/1.^a, do qual consta: “Acresce que, ao nível da produção destes materiais, a captação ilícita de fotografias de natureza sexual e a produção de vídeos falsos hiperrealistas (*deepfakes*), também não existe atualmente um enquadramento adequado na lei penal. Quando a fotografia, a gravação e a manipulação de imagens e gravações são usadas como forma de violência sexual, afigura-se como desajustada a mera aplicação do artigo 199.º do Código Penal, relativo a Gravações e fotografias ilícitas. Havendo fortes razões para que se avance para um melhor enquadramento de todas as formas de violência sexual com base em imagens” – p. 2.

¹⁶⁰ V. Cap. II da presente dissertação.

¹⁶¹ Figueiredo Dias, 2012, p. 715. Negrito nosso.

nem quanto às interações sexuais que aparentemente realiza; nem relativamente aos seus parceiros (que poderão constar desse conteúdo) ou em relação aos terceiros que com ele contactam. Verificamos, assim, uma total desconsideração, por parte do agente pela esfera sexual do indivíduo representado, naquela que é uma “experiência de abuso, [que] juntamente com o avanço da tecnologia torna quase impossível distinguir entre material real e material gerado por IA”¹⁶². Diante deste cenário, afigura-se imprescindível que legislador português enquadre como crime sexual, qualquer conduta que vise a criação, produção, captura ou disseminação não consentida de imagens, vídeos, gravações ou outros suportes, de material íntimo ou sexual produzido alterado.

Deste modo, apesar de o art. 176, n.º 4 do CP prever a criminalização da pornografia de menores nas circunstâncias em que o agente atua produzindo, distribuindo, importando, exportando, divulgando, exibindo, cedendo ou disponibilizando conteúdo pornográfico infantil com “representação realista de menor” (al. c) do seu n.º 1), a norma não contempla as circunstâncias em que a manipulação e distribuição do material atribui falsamente a um adulto a participação em atos sexuais ou íntimos. Portanto, em consonância com a Diretiva (UE) 2024/1385, defendemos a criação de um tipo legal autónomo relativo à produção e disseminação não consentida de falsificações profundas de cariz sexual ou íntimo. Propomos, assim, a criação do art. 170A do CP, inserido na secção I do capítulo V do CP, enquadrando-o na parte relativa aos crimes contra a liberdade sexual.

Do ponto de vista do tipo objetivo do crime, releva o art. 5, n.º 1, al. b) da Diretiva cujo conteúdo define os requisitos mínimos relativos à partilha não consentida de imagens manipuladas de teor sexual. Esta disposição normativa revela-se problemática em dois aspetos: primeiro, pela ausência de qualquer referência a material íntimo em que a vítima não participa ou aparenta participar em qualquer ato sexual e segundo pela redação que a conduta do agente “seja suscetível de causar danos graves a essa pessoa”.

Como escrevem Rigotti et al., a expressão “participa em atos sexualmente explícitos” sugere que a vítima participa ativamente numa atividade sexual remetendo para os tradicionais vídeos pornográficos, mas exclui qualquer referência a imagens de nudez ou íntimas em que a mesma não o realiza¹⁶³. Desta forma, estes requisitos excluem qualquer circunstância em que a manipulação ou produção de imagens implique despir a vítima através de plataformas que permitem, através de uma imagem verdadeira, colocar o indivíduo nu. Contudo, entendemos que o legislador penal deve integrar estas

¹⁶² McGlynn & Toparlak, 2025, pp. 9-10.

¹⁶³ Rigotti et al., 2024, p. 1484.

circunstâncias no texto do art. 170.ºA do CP uma vez que a vítima vê a sua intimidade ou vida sexual publicamente exibida¹⁶⁴.

Relativamente à prova de que o comportamento em estudo “seja suscetível de causar danos graves a essa pessoa”¹⁶⁵ cremos que esta exigência representa um ónus pesado sobre a vítima, subscrevendo a posição de Rigotti et al.¹⁶⁶. Esta é uma exigência que viola a sua autonomia, desvalorizando o impacto do comportamento dado que exige que tal dano seja considerado sério e gravoso, revelando que o legislador europeu falha ao não compreender que esses atos são, por si só, errados. Por isso, consideramos essencial que o tipo remeta para a manipulação, produção ou criação e disseminação não consentida de imagens, vídeos, gravações ou outros meios¹⁶⁷ de carácter íntimo ou sexual da vítima, devendo o legislador penal abdicar de qualquer referência à necessidade de prova dos danos sentidos pela vítima, optando por punir o agente pela perpetração de ações que, por si só, deverão ser objeto de censura penal.

Ademais, considerando ainda o conteúdo do art. 5, n.º 1, al. c) da Diretiva deverá ainda constar do tipo, através de uma agravação, a punição do agente quando este ameace adotar qualquer dos seguintes comportamentos: produção, criação, manipulação ou disseminação de imagens íntimas ou sexuais com o fim de coagir a vítima a praticar ou abster-se de qualquer ato ou ainda a tolerar qualquer situação de violência, nomeadamente no âmbito da violência doméstica. Deverá ainda considerar-se a punição do agente quando este atue mediante o recebimento de pagamento ou de uma contrapartida de outra natureza. Por fim, no que respeita ao tipo subjetivo o crime abrange todas as formas de dolo, sendo que nas circunstâncias em que o agente atua ameaçando a vítima é apenas admitida a forma de dolo mais grave: dolo direto.

Ultrapassada a problemática em torno do bem jurídico, da integração sistemática e da construção típica do crime, importa considerar a temática das consequências jurídicas do crime. Como aponta Antunes, “a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança dão à condenação penal o sentido real que ela tem mostrado o significado da intervenção penal”¹⁶⁸, pelo que à ideia de dignidade e necessidade penal junta-se, ainda, a conceção de “merecimento de pena do facto concretamente cometido”¹⁶⁹, sendo um dos fins do sistema penal e das penas assegurar a proteção de bens jurídicos dotados

¹⁶⁴ Concordamos com o PL n.º 321/XVI/1.^a na parte que prevê a punição (art. 170A, n.º 1, al. b)) de “quem sem consentimento divulgar, exibir, ceder ou disponibilizar a qualquer título ou por qualquer meio material manipulado, incluindo falsificações profundas, dando a ideia de que outra pessoa exibe a sua intimidade ou participa em atos sexuais”.

¹⁶⁵ Art. 5.º, n.º 1, al. b) da Diretiva.

¹⁶⁶ Rigotti et al., 2024, pp. 1485-1486.

¹⁶⁷ Tal como acontece com o art. 176 do CP que, como esclarece um ac. do TRC, proc. n.º 28/16.9PAACB.C1 determina que “a expressão ‘por qualquer meio’ pretende obstar à divulgação dos materiais por quaisquer meios de comunicação, sejam publicações escritos, meios audiovisuais ou, pela internet, telemóvel ou outro aparelho electrónico disponível para visionar imagens ou o registo sonoro”.

¹⁶⁸ Antunes, 2024, p. 8.

¹⁶⁹ Figueiredo Dias, 2019, p. 525.

de dignidade penal visando, em simultâneo, manter a paz social e a ordem jurídica¹⁷⁰. Posto isto, uma das críticas apontadas pela literatura estrangeira às soluções jurídico-penais continentais tem que ver com as consequências jurídico-penais previstas em ordenamentos como França ou Espanha¹⁷¹, dado que a tipificação destes comportamentos como crimes contra a vida privada se traduzem na aplicação de sanções pouco gravosas. Tal como escrevem os autores Šepec¹⁷² e Mania¹⁷³, as sanções aplicáveis nos ordenamentos jurídicos em que condutas como a pornografia de vingança são punidas como crimes contra a intimidade, a reserva da vida privada ou privacidade significam a definição de molduras penais abstratas cujo limite máximo vai até aos 3 anos de pena de prisão ou, caso a lei assim preveja, com penas de multa até 60.000€¹⁷⁴ ou, ainda, dos 6 aos 12 meses¹⁷⁵.

Por esse motivo, as autoras alertam para a tendência na desconsideração desta problemática enquanto um crime real com impacto real na vida social, profissional e sexual das vítimas, nomeadamente no que respeita a prossecução do processo penal pelas entidades judiciais competentes. A questão já não se coloca nos contextos em que estes comportamentos são encarados como crimes sexuais, como se verifica com a lei italiana¹⁷⁶ que determina como sanção, pela prática de disseminação de pornografia de vingança, a aplicação de uma pena de 1 a 6 anos de prisão e de pena de multa de 5,000€ a 15,000€.

No que respeita ao sistema sancionatório português, entendemos que caberá ao legislador penal a ponderação dos princípios explanados no art. 18, n.º 2 da CRP e art. 40 do CP e da proporcionalidade relativa face aos demais crimes sexuais que visam a tutela da liberdade sexual e autodeterminação sexual, entre os quais, o art. 176, n.º 1 do CP que prevê a moldura penal abstrata de 1 a 5 anos pela prática de crimes de pornografia infantil nos moldes descritos nas als. a) a d), bem como art. 176, n.º 4 que pune até dois anos de prisão a prática das als. c) e d) do n.º 1 do mesmo artigo com recurso à imagem realista do menor. Esta última norma demonstra-se especialmente relevante na medida em que “inclui (...) a ficção integral ou parcial da imagem de um menor”, criando a ilusão, inclusive através da falsificação do material, total ou parcial do conteúdo, de que determinado menor de idade participa em atos sexuais. Por fim, merece ainda nota o art. 193 do CP que estabelece como sanção uma “pena de prisão até 5 anos”.

¹⁷⁰ Antunes, 2024, p. 22.

¹⁷¹ Mania, 2024, pp. 120-122.

¹⁷² Šepec, 2019.

¹⁷³ Mania, 2024.

¹⁷⁴ Šepec, 2019, p. 431 & Mania, 2024, p. 122. O Code Pénal pune a pornografia de vingança no art. 226-2-1 enquanto crime contra a privacidade.

¹⁷⁵ Mania, 2024, p. 121. Esta solução legal é oferecida pelo legislador penal espanhol no art. 197, para. 7 da Ley Orgánica 10/1995 através do crime que pune a distribuição não autorizada de imagens privadas.

¹⁷⁶ Mania, 2024, p. 122: art. 612-ter do Codice Penal.

Assim sendo, o art. 10, n.º 4 da Diretiva define os requisitos mínimos relativos às sanções aplicáveis relativamente à partilha não consensual de material íntimo ou manipulado estabelecendo como “pena máxima de, pelo menos, um ano de prisão”, pelo que caberá aos EM estabelecer sanções cujo limite máximo terá, no mínimo, de ser 1 ano de prisão. Logo, entende-se imperativo que a solução legal portuguesa estabeleça como limite máximo um valor superior a 1 ano de prisão e não sendo expectável, inclusive do ponto de vista das finalidades das penas, que o mesmo ultrapasse as sanções legais definidas nos demais crimes sexuais, isto é, os 5 anos de prisão.

No que respeita ao limite mínimo, a Diretiva não estabelece qualquer requisito pelo que entendemos adequada a referência ao crime de pornografia de menores e os demais crimes sexuais que visem a tutela da liberdade sexual, assim como as finalidades especiais e gerais de prevenção, entendemos adequada e proporcional a definição de uma moldura penal abstrata de 1 a 5 anos de pena de prisão. Prevendo-se, ainda, a possibilidade de punir a tentativa quando este praticar atos de execução do crime, nos termos dos arts. 22 e 23 do CP¹⁷⁷. Mais a mais, à semelhança do art. 176, n.ºs 2 e 3 deverá a moldura penal abstrata ser agravada no limite máximo quando o agente atue com intenção lucrativa, disseminando o conteúdo manipulado, produzido ou alterada com o objetivo de lucrar diretamente com a sua ação, ou ainda quando tal ato seja acompanhado de ameaça para a prática ou abstenção da prática de determinado ato¹⁷⁸. Por fim, deverá considerar-se o n.º 5 do art. 177 do CP, a par com o art. 11, al. i) da Diretiva, prevendo a agravação do limite máximo e mínimo da pena quando a conduta do agente resultar em suicídio ou morte da vítima.

Por último, no que se refere à natureza do crime consideramos oportuno a apreciação do conteúdo previsto no art. 198 do CP já que o artigo em causa, ainda que pensado para os crimes contra a reserva da vida privada, oferece uma solução de legal que permite conjugar a necessidade de proteção da vítima do crime, evitando a sua revitimização em sede de processo penal, e a necessidade de salientar a problemática através da definição da natureza semipública ou particular do crime, “salvo (...) quando do crime resultar suicídio ou morte da vítima ou o interesse da vítima o aconselhe”¹⁷⁹. Assim, buscando evitar a perpetuação de uma condição de fragilidade quando esta não pretenda expor-se consideramos relevante que o crime em análise tenha,

¹⁷⁷ Integramos na tentativa (art. 22 do CP) as situações em que, por exemplo, o agente produz, manipula ou altera o conteúdo íntimo ou sexual, mas que falha em fazer *upload* do mesmo na plataforma digital ou meio de comunicação.

¹⁷⁸ Será de considerar o alargamento do art. 177, n.º 1, nas als. a) a c) do CP por forma a abarcar este novo tipo, estabelecendo uma agravação em 1/3 do limite mínimo e máximo da pena quando esteja em causa umas das circunstâncias descritas nas respetivas alíneas, assim como o concurso de crimes com a Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009) quando estejam em causa condutas previstas nos seus arts. 3 a 10.

¹⁷⁹ Afastamos a proposta apresentada pelo BE no PL n.º 321/XVI/1.^a que previa a possibilidade de suspensão provisória do processo em conjugação com a natureza pública do crime, nos termos dos arts. 281 e 282 do CPP, dado estar pensada para a pequena e média criminalidade.

preferencialmente, natureza semipública ou particular, cabendo ao MP a promoção do processo penal mediante a apresentação de queixa ou acusação particular, de acordo com o princípio da oficialidade, de acordo com os art. 219 da CRP e arts. 48 e 50 do CPP. Não obstante, prevê-se a possibilidade de o crime adquirir natureza pública apenas quando seja relevante ao interesse da vítima, não estando, por isso, o MP dependente da iniciativa do titular do direito de queixa ou acusação particular para iniciar o processo penal, podendo fazê-lo por conhecimento próprio, por meio dos OPC ou através de denúncia (art. 241 do CPP).

Pelo exposto, em parte apoiados pela solução oferecida no PL n.º 321/XVI/1.^a e os artigos acima mencionados, entendemos como urgente a criação do crime de “produção e partilha não consensual de material manipulado íntimo ou sexual”, através da inclusão do art. 170.º A do CP cuja redação deverá ser a seguinte:

“Artigo 170.º A

Produção e partilha não consensual de material manipulado de carácter sexual ou íntimo

1. Quem sem consentimento produzir, divulgar, exhibir, ceder ou disponibilizar a qualquer título ou por qualquer meio material manipulado, incluindo falsificações profundas, dando a ideia de que outra pessoa exhibe a sua intimidade ou participa em atos sexuais é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2. Quem praticar os atos descritos na alínea anterior de forma a coagir a vítima a praticar, tolerar ou abster-se de um determinado ato é punido com pena de prisão até 3 anos.

3. Quem, mediante pagamento ou outra contrapartida, praticar um dos atos descritos no n.º 1 do presente artigo é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

4. Se dos atos descritos no n.º 1 do presente artigo resultar suicídio ou morte da vítima as penas previstas são agravadas em metade nos seus limites mínimo e máximo.

5. Para efeitos do presente artigo, considera-se material manipulado de carácter sexual ou íntimo todo o material que, com fins sexuais ou vexatórios e independentemente do suporte em que é difundido, represente pessoas envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo.

6. Salvo quando do crime resultar suicídio ou morte da vítima ou quando o interesse da vítima o aconselhe, o procedimento criminal pelos crimes previstos no presente capítulo depende de queixa ou de participação.

Conclusão

Realizado o longo percurso de investigação daquela que é uma matéria inovadora para o direito penal português, é agora o momento de expor as nossas conclusões, procurando responder às dúvidas que impulsionaram a sua redação. Diante do exposto ao longo da presente dissertação, compreendemos que a constante mutação social e digital implica o desenvolvimento do direito penal por forma a assegurar a interação dos cidadãos, inclusive no espaço cibernético, de acordo com os princípios de justiça e paz social assegurando a convivência em comunidade.

Como analisado, são diversos os estudos empíricos que revelam o carácter permanente do fenómeno da produção e disseminação, sem qualquer consentimento, de conteúdo íntimo ou sexual. Ademais, os mesmos estudos demonstram a tendência de aperfeiçoamento dos mecanismos de IA destinados à criação deste material, pelo que os diversos autores alertam para a necessidade de resposta do direito penal, adequada e proporcional, através da punição destas condutas, com vista a travar as graves repercussões provocadas nas diversas esferas da vida das vítimas. Este é, aliás, um entendimento dos órgãos da UE competentes pela adoção da Diretiva (UE) 2024/1385 cuja obrigação de transposição implica uma reflexão premente do legislador penal português.

Por conseguinte, respondendo às diversas questões colocadas, entendemos que, não só se revela imperativo enquadrar um tipo legal destinado à punição da produção, manipulação, disseminação ou posse não consentida de material íntimo ou sexual manipulado, de acordo com o do art. 18, n.º 2 da CRP e os princípios da necessidade e dignidade penal como, face ao impacto na autonomia e liberdade sexual da pessoa representada, a sua redação apenas se afigura adequado se enquadrada na criminalidade sexual. Tal entendimento encontra respaldo na doutrina estrangeira e nas soluções legais de países de tradição continental e anglo-saxónica.

Em suma, perante os dados apresentados, construímos uma narrativa que culmina na proposta de tipificação de um crime. Assim, a incidência crescente destas novas formas de criminalidade que afeta, de modo desproporcional, o género feminino, revela-se uma preocupação para a política criminal portuguesa.

Referências bibliográficas e jurisprudenciais

- ADJER, H., PATRINI, G., CAVALLI, F. & CULLEN, L. (2019). *The state of deepfakes: Landscape, threats, and impact*. Deeptrace. https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf.
- ALBUQUERQUE, P. P. (2004). O que é a política criminal, porque precisamos dela e como a podemos construir? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 14, pp. 435-452. Coimbra: Coimbra Editora.
- ALBUQUERQUE, P. P. (2022). Comentário ao artigo 163.º do CP. In P. P. Albuquerque (ed.). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (5.ª ed. atualizada, pp. 717-733). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALFAIATE, A. R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M. (2012). Comentário ao artigo 192.º do CP. In J. de Figueiredo Dias (ed.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Tomo I: Parte especial, artigos 131.º a 201.º-XXIV*, 2.ª ed., pp. 1039-1067. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. J. (2011). A Constituição e os princípios penais. In *XIII Conferência Trilateral Itália | Espanha | Portugal*. Lisboa: Tribunal Constitucional. https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri_13_2011_madrid.pdf.
- ANTUNES, M. J. (2024). *Penas e medidas de segurança* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- BLÁZQUEZ, R. B. (2023). La lucha contra la violencia de género en la Unión Europea: Una propuesta de directiva y varios interrogantes a resolver. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 73, n.º 287, pp. 117-136. México: La Escuela Nacional de Jurisprudencia en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.287.86806>.
- BLOCO DE ESQUERDA, Grupo Parlamentar. (2024). Projeto de lei n.º 321/XVI/1.ª: Proteção das vítimas de violência sexual com base em imagens (altera o Código Penal e o Código do Processo Penal). <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=304214>.
- BRANDÃO, N. (2017). Bem jurídico e direitos fundamentais: Entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso. In Costa, J. de F. (ed.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I, pp. 239-266. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- BRANDÃO, N. (2021). Direitos fundamentais e lei penal. *Reformas penales en la Península Ibérica: A “jangada de pedra”*, pp. 45-54. Espanha: Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2021-199.
- BURGESS, M. (2024). Millions of people are using abusive AI “nudify” bots on Telegram. <https://www.wired.com/story/ai-deepfake-nudify-bots-telegram/>.

- CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. (2014). Anotação ao art.18.º da CRP. In J. J. G. Canotilho & V. Moreira (eds.). *Constituição da República Portuguesa anotada – Vol. I, artigos 1.º a 107.º* (4.ª ed. revista, reimp., pp. 379-396). Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A. T. de (2022). *Direito penal, Parte geral – Questões fundamentais, Teoria geral do crime*. (4.ª ed.). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CAVACIUTI-WISHART, E., HEADING, S., KOHLER, K. ET AL. (2024). *Global risks report* (19th ed.). World Economic Forum. <https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2024/>.
- CITRON, D. & FRANKS, M. (2014). Criminalizing revenge porn. *Wake Forest Law Review*, vol. 49, no. 2014-1, pp. 345 ss. Estados Unidos da América: Wake Forest University School of Law. <https://ssrn.com/abstract=2368946>.
- COLE, S. (2017, dezembro, 11). AI-assisted fake porn is here and we're all fucked. Vice. <https://www.vice.com/en/article/gal-gadot-fake-ai-porn/>.
- COMISSÃO EUROPEIA (2020). *Uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de género 2020-2025*, pp. 1-21. Bruxelas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152>.
- COSTA, J. de F. (2015). *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis): Introdução*, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, M. C. F. da (2017). Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 3, no. 3, pp. 345-376. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado.
- CUNHA, M. C. F. da (2017). Da criminalização do “grooming”: Reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”. In J. D. F. Costa, A. M. Rodrigues, M. J. Antunes, H. Moniz, N. Brandão, & S. Fidalgo (eds.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel da Costa Andrade, Vol. 1 – Direito penal*, pp. 399-418. Universidade de Coimbra.
- DALLA, V. P., BALABANOVA, I., COLLINS, M., ZABOIA, V., FAUSTINO, M. J., REDIN, Y., KAUN, L., ROSALES, I., FARAFÁ, A., SILVA, A., FERNANDES, A. S., PINTO, D., SEPÚLVEDA, M., PINTO, T. & PEDRO, R. (2024). *Relatório sobre a ciberviolência contra as mulheres: Sumário executivo e recomendações*. Lobby europeu das mulheres. <https://plataformamulheres.org.pt/violencia-contramulheres-e-raparigas-no-espaco-digital-novo-relatorio-do-lem/>.
- DIAS, M. C. S. (2022). Capítulo 1 – Enquadramento legal dos “crimes sexuais” em Portugal. In M. Robalo (ed.). *Grande livro sobre a violência sexual: Compreensão, prevenção, avaliação e intervenção* (1.ª ed., pp. 25-49). Lisboa: Edições Sílabo.
- DUNN, S. (2024). Legal definitions of intimate images in the age of sexual deepfakes and generative AI. *McGill Law Journal*, vol. 69, no. 4, pp. 395-416. Canada: McGill Faculty of Law. <https://doi.org/10.26443/law.v69i4.1626>
- DURÃES, D., FREITAS, P. M. & NOVAIS, P. (2024). The relevance of deepfakes in the administration of criminal justice. In H. S. Antunes, A. L. Oliveira, E. V. Sequeira, P. M. Freitas, C. M. Pereira & L. B. Xavier (eds.). *Multidisciplinary perspectives on artificial*

- intelligence and the law*, pp. 351-369. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-031-41264-6>
- ELSENER, M., ATKINSON, G. & ZAHIDI, S. (2025). *Global risks report* (20th ed.). World Economic Forum. <https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2025/>.
- EUROPOL (2022). *Facing reality? Law enforcement and the challenge of deepfakes*. Publications Office of the European Union. Luxemburgo. https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Europol_Innovation_Lab_Facing_Reality_Law_Enforcement_And_The_Challenge_Of_Deepfakes.pdf.
- FANEGO, C. A. (2025). Últimos pasos en la Unión Europea para la protección de los derechos de las víctimas: La Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica. *Revista de Estudios Europeos*, n.º 85, pp. 1-44. Valladolid: Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid. <https://doi.org/10.24197/ree.85.2025.1-44>.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (2012). Comentário ao artigo 163.º do CP. In J. de Figueiredo Dias (ed.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Tomo I: Parte especial, artigos 131.º a 201.º- XXIV*. (2.ª ed., pp. 714-743). Coimbra: Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (2016). O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol. 145, n.º 3998, pp. 250-266. Coimbra: Gestlegal.
- FIGUEIREDO DIAS, J., ANTUNES, M. J., BRANDÃO, N. & FIDALGO, S. (2019). *Direito penal, Parte geral – Tomo I. Questões fundamentais: A doutrina geral do crime*, 3.ª ed. Coimbra: Gestlegal.
- FLYNN, A., POWELL, A., SCOTT, A. J., & CAMA, E. (2022). Deepfakes and digitally altered imagery abuse: A cross-country exploration of an emerging form of image-based sexual abuse. *The British Journal of Criminology*, vol. 62, no. 6, pp. 1341-1358. Reino Unido: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/bjc/azab111>.
- GOUVEIA, J. B. (2016). *Manual de direito constitucional – Vol. II* (6.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST VIOLENCE AGAINST WOMEN AND DOMESTIC VIOLENCE. [GREVIO] (2021). *The digital dimension of violence against women* (GREVIO General Recommendation no. 1). Estrasburgo: Conselho da Europa. <https://rm.coe.int/grevio-rec-no-on-digital-violence-against-women/1680a49147>.
- HENRY, N. & BEARD, G. (2024). Image-based sexual abuse perpetration: A scoping review. *Trauma, Violence, & Abuse*, vol. 25, no. 5, pp. 3981-3998. Estados Unidos da América: SAGE Publications. <https://doi.org/10.1177/15248380241266137>.
- HOME SECURITY HERO (2023, julho, 15 – agosto, 30). *2023 state of deepfakes: Realities, threats, and impact*. Security Hero. <https://www.securityhero.io/state-of-deepfakes/>.
- JIMENEZ, K., WEISE, E. & SANTUCCI, J. (2024). Were Taylor Swift explicit AI photos illegal? US laws are surprising and keep changing. USA Today News. <https://eu.usatoday.com/story/news/nation/2024/01/26/was-deepfake-taylor-swift-pornography-illegal-can-she-sue/72359653007/>.

- KASIM, C. (2024). *Advancing gender equality: The EU's landmark Directive 2024/1385 on violence against women*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4946517>.
- KELLY, L. (2013). *Surviving sexual violence: Feminist perspectives*. Reino Unido: John Wiley & Sons, Inc.
- MADDOCKS, S. (2018). From non-consensual pornography to image-based sexual abuse: Charting the course of a problem with many names. *Australian Feminist Studies*, vol. 33, no. 97, pp. 345-361. Australia: Taylor & Francis. <https://doi.org/10.1080/08164649.2018.1542592>.
- MANIA, K. (2024). Legal protection of revenge and deepfake porn victims in the European Union: Findings from a comparative legal study. *Trauma, Violence, & Abuse*, vol. 25, no. 1, pp. 117-119. Estados Unidos da América: SAGE Publications. doi.org/10.1177/15248380221143772.
- MARAS, M.-H. & ALEXANDROU, A. (2019). Determining authenticity of video evidence in the age of artificial intelligence and in the wake of deepfake videos. *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, no. 3, pp. 255-262. (DOI) 10.1177/1365712718807226.
- MCCARTHY, J. M. L., MINSKY, M. L, ROCHESTER, N. & SHANNON, C. E. (1995, agosto 31). *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*. Estados Unidos da América, Standford. <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>.
- MCGLYNN, C. & RACKLEY, E. (2017). Image-based sexual abuse. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, no. 3, pp. 1-28. Inglaterra: Faculdade de Direito da Universidade de Oxford. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqw033>.
- MCGLYNN, C. & TOPARLAK, R. T. (2025). The new voyeurism: Criminalising the creation of “deepfake porn”. *Journal of Law and Society*, vol. 52, no. 1, pp. 1-25. País de Gales: John Wiley & Sons. <https://doi.org/10.1111/jols.12527>.
- MCGLYNN, C., RACKLEY, E. & HOUGHTON, R. (2017). Beyond ‘revenge porn’: The continuum of image-based sexual abuse. *Feminist Legal Studies*, vol. 25, pp. 25-46. Países Baixos: Springer. <https://doi.org/10.1007/s10691-017-9343-2>.
- MIRANDA, J. & SILVA, J. P. (2017). Anotação ao art. 18.º da CRP. In J. Miranda & R. Medeiros (Eds.). *Constituição Portuguesa anotada – Vol. I: Preâmbulo, princípios fundamentais, direitos e deveres fundamentais: artigos 1.º a 79.º* (2.ª ed. revista, pp. 229-296). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MONTERO, C. de M., GARRIDO, D. L., MUÑOZ, L.G., BLANCO, I. G. & AGUILAR, J. F. L. (2024). *La lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica: Aportaciones sobre la propuesta de directiva, n.º 226/2023*. Madrid: Fundación Alternativas. <https://fundacionalternativas.org/publicaciones/la-lucha-contra-la-violencia-contra-las-mujeres-y-la-violencia-domestica/>.
- NEWTON, O. B. & STANFILL, M. (2019). My NSFW video has partial occlusion: Deepfakes and the technological production of non-consensual pornography. *Porn Studies*, vol. 7, no. 4, pp. 398-414. Reino Unido: Routledge. <https://doi.org/10.1080/23268743.2019.1675091>.

- PALMA, M. F. (2014). Conceito material de crime. *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0, pp. 11-23. Coimbra: Almedina.
- RIGOTTI, C., MCGLYNN, C. & BENNING, F. (2024). Image-based sexual abuse and EU Law: A critical analysis. *German Law Journal*, vol. 25, no. 9, pp. 1472-1493. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/glj.2024.49>.
- ROMANO, A. (2018). Jordan Peele's simulated Obama PSA is a double-edged warning against fake news: This deepfaked warning against deepfakes almost makes its point too well. <https://www.vox.com/2018/4/18/17252410/jordan-peepe-obama-deepfake-buzzfeed>.
- ROXIN, C. (2013). O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 23, n.º 1, pp. 7-43. Coimbra: Coimbra Editora.
- SANJUÁN, T. (2024). *Legal study on the European Directive on Violence Against Women and Domestic Violence*. Madrid: Lobby Europeo de Mujeres en España (LEM España) e União Europeia.
- SANTOS, C. C. (2022). A divulgação não consentida de imagens íntimas – um desafio (novo?) para o direito penal. *Católica Law Review*, vol. 6, n.º 3, pp. 46-66. Lisboa: Universidade Católica Editora. <https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2022.11749>.
- SCHWAB, K. (2016). Introdução. In J. L. Vieira & M. L. V. Micales (eds.). *A quarta Revolução Industrial* (1.ª ed.). Brasil: Edipro.
- ŠEPEC, M. (2019). Revenge pornography or non-consensual dissemination of sexually explicit material as a sexual offence or as a privacy violation offence. *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 13, no. 2, pp. 418-438. Inglaterra: H&N Publishers UK Limited. DOI: 10.5281/zenodo.3707562\.
- UMBACH, R., BEARD, G. HENRY, N. & BERRYESSA, C. (2024, maio, 11– maio, 16). *Non-consensual synthetic intimate imagery: Prevalence, attitudes, and knowledge in 10 countries*, pp. 1-20. Factors in Computing Systems, Honolulu, HI, USA. <https://doi.org/10.1145/3613904.3642382>.
- UNITED NATIONS WOMEN [UNW]. (2023). *The dark side of digitalization: Technology-facilitated violence against women in Eastern Europe and Central Asia*. Turquia: UN Women Regional Office for Europe and Central Asia. https://eca.unwomen.org/sites/default/files/2024-01/research-tf-vaw_full-report_24-january2.pdf.
- Ac. do TC de 03/03/2020, n.º 134/2020, proc. n.º 1458/17, relatado pelo Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200134.html>.
- Ac. do TC de 27/02/2002, n.º 99/02, proc. n.º 482/01, relatado pelo Conselheiro Luís Nunes de Almeida. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020099.html?impressao=1>.
- Ac. do TC de 25/06/1985, n.º 85/85, proc. n.º 95/84, relatados pelo Conselheiro Vital Moreira. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>.

- Ac. do TC de 18/04/1998, n.º 288/98, proc. n.º 340/98, relatado pelo Conselheiro Luís Nunes de Almeida. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>.
- Ac. do TC de 20/11/2006, n.º 617/2006, proc. n.º 924/2006, relatado pela Conselheira Maria Fernanda Palma. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>.
- Ac. do TC de 23/02/2010, n.º 75/2010, procs. n.ºs 733/07 e 1186/07, relatado pelo Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>.
- Ac. do TC de 12/08/2015, n.º 377/2015, proc. n.º 658/2015, relatado pela Conselheira Maria Lúcia Amaral. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>.
- Ac. do TRC de 11/11/2020, proc. n.º 28/16.9PAACB.C1, relatado por Elisa Sales. <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c8279f4a47e5a2648025862200394761?OpenDocument&Highlight=o,novembro,2020>.
- Ac. do STJ de 16/04/1980, proc. n.º 035833, relatado por Costa Ferreira. https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:1980:035833.11?search=5JgSJM-V_OVbkKJmOgw.
- Ac. do STJ de 16/06/1994, proc. n.º 046395, relatado por Coelho Ventura. <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:1994:046395.CB>.
- Ac. do STJ de 28/09/2005, proc. n.º 05P1831, relatado por Henriques Gaspar. <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f26cbff0474ec694802570ae006223a2?OpenDocument>.

Legislação nacional e estrangeira

- CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS DE 1995. DL n.º 48/95 de 15 de março. 64.º Versão Lei n.º 26/2025, de 19/03. https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_mio=lo=.
- CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS DE 1992. DL n.º 48/95 de 15 de março. Versão Original. https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_mio=.
- CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS DE 1886. Versão Original. <https://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1274.pdf>.
- LEI DO CIBERCRIME. Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro. 2.ª Versão (Lei n.º 79/2001, de 24/11). https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis
- LEI n.º 26/2023, de 30 de maio. https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3649&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_mio=.
- LEI n.º 15/2024, de 29 de janeiro. https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3649&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_mio=.

- LEI n.º 83/2015, de 5 de agosto.
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2381&pagina=1&ficha=1.
- LEI n.º 103/2015, de 24 de agosto.
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2382&tabela=leis&ficha=1&pagina=1.
- LEI n.º 101/2019, de 6 de setembro.
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=3142&nversao=&tabela=leis&so_miolo=.
- LEI n.º 40/2020, de 18 de agosto.
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3327&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=.

CODE PÉNAL. Partie législative (Articles 111-1 à 727-3), Livre II, Titre II, Chapitre VI: Des atteintes à la personnalité (Articles 226-1 à 226-32).
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033207318.

CODICE PENALE. Libro Secondo. Titolo XII: Dei delitti contro la persona (artt. 575-623ter).
<https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona>.

LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal. Capítulo VI, Título IX, Cap. I: Del descubrimiento y revelación de secretos. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20240611&tn=2>.

PENAL CODE. Title 5: Offenses against the person, Chapter 21. Sexual offenses, Section §21.165, (b). <https://statutes.capitol.texas.gov/docs/pe/htm/pe.21.htm>.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA [CDFUE] (2016).
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT>.

CONSELHO DA EUROPA (2007). Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais [Convenção de Lanzarote].
<https://rm.coe.int/168046e1d8>.

CONSELHO DA EUROPA (2011). 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>.

PARLAMENTO EUROPEU & CONSELHO (2011). Diretiva 2011/36/EU, de 5 de abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho.
<http://data.europa.eu/eli/dir/2011/36/oj>.

PARLAMENTO EUROPEU & CONSELHO (2011). Diretiva 2011/93/EU, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho.
<http://data.europa.eu/eli/dir/2011/93/oj>.

CONSELHO (2004). Diretiva 2004/80/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa à indemnização das vítimas da criminalidade. <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/80/oj>.

- PARLAMENTO EUROPEU & CONSELHO. (2024). Diretiva (UE) 2024/1385, de 14 de maio de 2024, relativa ao combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica. <http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1385/oj>.
- PARLAMENTO EUROPEU & CONSELHO. (2012). Diretiva 2012/29/EU, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. <http://data.europa.eu/eli/dir/2012/29/oj>.
- PARLAMENTO EUROPEU & CONSELHO. (2000). Diretiva 2000/31/CE de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre o comércio electrónico”). <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>.
- PARLAMENTO EUROPEU & CONSELHO. (2022). Regulamento (UE) 2022/2065 de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065>.
- PLATAFORMA DE AÇÃO DE PEQUIM [PAP]. (1995). https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf.
- TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA (VERSÃO CONSOLIDADA). (2016). https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF.
- TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA (VERSÃO CONSOLIDADA). (2016). https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF.

Dehumanization and the genocide case (South Africa v. Israel)

From “human animals” to “no uninvolved civilians”

Teresa Maria Cadavez Pacheco Sarsfield Rodrigues

Supervised by Professor
José Alberto Azeredo Lopes

*“You who live safe
In your warm houses,
You who find, returning in the evening,
Hot food and friendly faces:
Consider if this is a man
Who works in the mud
Who does not know peace
Who fights for a scrap of bread
Who dies because of a yes or a no,
Consider if this is a woman,
Without hair and without name
With no more strength to remember,
Her eyes empty and her womb cold
Like a frog in winter.
Meditate that this came about:
I commend these words to you.
Carve them in your hearts
At home, in the street,
Going to bed, rising;
Repeat them to your children.
Or, may your house call apart,
May illness impede you,
May your children turn their faces from you”.*

Primo Levi, 1947

Acknowledgments

Firstly, my deepest gratitude goes to João. I truly don't know how I could have done this work without you. You are my person in this world and there is no one I admire more. It is my greatest fortune to know that we still have a lifetime together to keep floating in the most peculiar and beautiful way.

To my beloved nieces and nephews, Mé, Pêpê, Zézé, Carolina and Rui Alberto. My world stopped when you were born and a new Teresa came to the surface. Being your "titi Té" is my favorite role to play as a human being. Without knowing or trying, you helped me more than you can imagine throughout my academic journey.

To my siblings, Caru, Rui, Susa, Pedro and Zé. Honoring my role as a little sister, I look up to you in everything I do, and this work was no exception. I know that no matter the distance, I will always feel safe and protected because of you.

To my mother. Thank you for every article you tore from a newspaper because you thought it would be useful for my dissertation. That simple gesture is an act of love that I will never forget. You are my everything and I hope I have inherited even a fraction of your strength.

To Mané Ju. You came into my life when I was nine years old and little did I know the profound impact you would have on me. None of this would be possible without your presence.

To my grandmother. Not a day that goes by that I don't think of you. I see you in the laughter of your great grandchildren, I see you in every blooming flower, and in each ray of sunlight.

To my supervisor, Professor Dr. José Alberto Azeredo Lopes. Thank you for the honor of your guidance and for the invaluable advice you have offered throughout this journey. It is impossible not to admire someone who radiates such passion and enthusiasm for his field of work. Above all, you ensure that your students never lose sight of what matters most: Humanity. And that is something that will always stay with me.

Abstract

Shaped by complex geopolitical dynamics, the Israeli-Palestinian conflict stands as one of the most intractable crises on the global stage. The latest escalation, sparked by the October 7, 2023, attacks led by Hamas, triggered an unprecedented military campaign by Israel, causing staggering civilian deaths and widespread destruction in Gaza. In a landmark move, South Africa initiated proceedings before the International Court of Justice, accusing Israel of committing acts of genocide against the Palestinian people and through a series of provisional measures, the Court has signaled a recognition of the gravity and urgency of the situation. Of particular relevance, this case places the Court's conservative approach to genocidal intent under renewed scrutiny. Furthermore, the causal relationship between dehumanization and the crime of genocide is evident in this conflict. The Israeli occupation policies, the distortion of International Humanitarian Law and the use of dehumanizing language by Israeli officials have been progressively excluding Palestinians from moral and legal protections, culminating in an existential threat to an entire population.

Keywords: Palestine; Israel; genocide; International Court of Justice; international humanitarian law; dehumanization; occupation policies; self-determination.

Resumo

Marcado por dinâmicas geopolíticas complexas, o conflito Israelo-Palestiniano configura-se como uma das crises mais intratáveis no cenário internacional. A mais recente escalada, desencadeada pelos ataques liderados pelo Hamas em 7 de outubro de 2023, provocou uma campanha militar sem precedentes por parte de Israel, causando um número impressionante de mortes civis e uma destruição generalizada em Gaza. Numa iniciativa histórica, a África do Sul deu início a um processo no Tribunal Internacional de Justiça, com a acusação de que Israel está a cometer atos de genocídio contra o povo palestino e, através de uma série de medidas provisórias, o Tribunal sinalizou o reconhecimento da gravidade e urgência da situação. Particularmente relevante, este caso coloca novamente sob escrutínio a abordagem conservadora do Tribunal em relação à questão da intenção de cometer genocídio. Adicionalmente, a relação causal entre desumanização e genocídio é evidente neste conflito. As políticas de ocupação israelitas, a distorção do Direito Internacional Humanitário e o uso de linguagem desumanizante por parte dos governantes israelitas têm vindo a excluir progressivamente os palestinos de proteções legais e morais, culminando numa ameaça existencial à totalidade de um povo.

Palavras-chave: Palestina; Israel; genocídio; Tribunal Internacional de Justiça; direito internacional humanitário; desumanização; políticas de ocupação; autodeterminação.

Table of contents

1. Introduction	8
2. Background and context	9
2.1. Historical context of the Israeli-Palestinian conflict	9
2.2. The impact of October 7: A turning point in the conflict	11
3. Genocide: Legal framework and the role of dehumanization	13
4. Turning Gaza into a destroyable target: Dehumanization as a way of contaminating and twisting international humanitarian law	18
5. Dehumanization of the Palestinian people	23
5.1. Israel's longstanding discrimination against Palestinians: Occupation policies	24
5.2. Dehumanizing narratives: Israel's recent war on Gaza	30
5.3. No room for a woman to be human: A gendered impact of the war	35
6. Conclusion	38
Bibliography	40
UN official documents	47
Jurisprudence	50

Acronyms and abbreviations

CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
ECOSOC	Economic and Social Council
IAF	Israeli Air Force
ICC	International Criminal Court
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant and Economic, Social and Cultural Rights
ICJ	International Court of Justice
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IDF	Israel Defense Forces
IHL	International Humanitarian Law
ILC	International Law Commission
OCHA	Office for the Coordination of Humanitarian Affairs
OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights
OPT	Occupied Palestinian Territory
UN	United Nations
UNFPA	United Nations Population Fund
UNGA	United Nations General Assembly
UNICED	United Nations Children's Fund
UNSC	United Nations Security Council
US	United States
WHO	World Health Organization

1. Introduction

The year of 1948 marked the beginning of a new era in the Middle East. In the aftermath of one of the greatest atrocities in modern history, the Holocaust, and with the support of the most popular book of all, the Bible, Jews settled in their historical land, their “promised land”, Israel. For them this was year zero, a new history was beginning. On the other hand, for Palestinians, the history was very different. The same year remembered as the Nakba, or “catastrophe”, was a devastating event that saw the expulsion of hundreds of thousands of Palestinians from their homeland and the loss of their homes, culture and identity; to this day Israel refuses to recognize the existence of Palestinians as a nation with the right to self-determination.

Driven by Israel’s relentless thirst for revenge following Hamas’s attacks on October 7, 2023, the current situation in Gaza is catastrophic. South Africa, taking a bold step as a vocal advocate for Palestinian rights, initiated a legal dispute against Israel at the International Court of Justice, accusing Israel of committing genocide. Central to South Africa’s arguments is the dehumanizing rhetoric employed by Israeli officials. However, this dehumanization is not only a rhetorical device and unlike Gregor Samsa’s transformation into “monstrous vermin” in Franz Kafka’s book “The Metamorphosis”, it did not emerge overnight. Rather, it was a gradual, systematic process, a seed planted early on in Israeli policy that has grown over decades of displacement, occupation and oppression. This ongoing process of dehumanization has brought us to the exact moment we are now: with a “real and imminent risk of irreparable prejudice”¹ for the Palestinian people.

In this study we will first provide a backdrop to the current conflict, acknowledging that, as UN Secretary-General mentioned, “the attacks by Hamas did not happen in a vacuum”. As such it is crucial to provide a detailed historical and contextual analysis of the Israeli-Palestinian conflict while also introducing the ICJ’s involvement in this matter. We will explore the legal framework surrounding the crime of genocide, demonstrating that the denial of a group’s humanity is a key step in the progression toward genocide. Given that the study of genocide requires a holistic approach, we shall explore the intersection of dehumanization and IHL in the context of the Israeli-Palestinian conflict, as the legal distortion of IHL plays a significant role in enabling acts of genocide. Furthermore, we will demonstrate how the dehumanization of the Palestinian people keeps this protracted conflict going, being deeply embedded and institutionalized in Israeli policies and practices in the OPT and how they paved the groundwork for the appalling dehumanizing narratives

¹ ICJ, *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, order of 26 January 2024, § 74.

that followed the October 7 attacks, notably the “human animals” expression to refer to Palestinians. Finally, we will critically analyze ICJ’s position on the question of genocidal intent and investigate the disproportionate impact that the conflict has on women and girls, an essential dimension of the ongoing dehumanization that specially characterizes the conflict.

2. Background and context

2.1. Historical context of the Israeli-Palestinian conflict

More than one hundred years ago, on 24th July 1922, the League of Nations adopted a legal document approving the British mandate for Palestine, with its preamble incorporating the Balfour Declaration² and emphasizing the Jewish historical connection with Palestine.

In 1947, Great Britain referred the Palestinian question to the UN, which in November of that year adopted Res. 181 (II). It was decided that Palestine would be partitioned into two independent states: Jewish state and an Arab state, while Jerusalem would remain under international control. David Ben-Gurion, on May 14, 1948, proclaimed the modern state of Israel with the support of several Western states. The violent birth of the state of Israel resulted in the expelling of 750,000 Palestinians and the capturing of 78% of Palestine,³ an event they refer to as “Nakba”, causing them to lose their lands, their properties and their way of life. The Nakba compensation came in the form of a UNGA Resolution⁴, adopted in December 1948, which enshrined the right of return for Palestinian refugees. In this regard, it is crucial not to forget that the acceptance and implementation of Res. 194 (III) was a conditional requisite enshrined in the preamble of Res. 273 (III), regarding the admission of Israel as a member state of the United Nations.⁵ The Palestinians right of return was reaffirmed by the UNGA on more than 135 occasions⁶, demonstrating the consistent and unwavering support of the international community on this issue. However, despite international recognition, the state of Israel never saw them as refugees, as doing so would mean Palestine was their country, to which they should be able to return.⁷

A turning point for the entire region, marking the start of a new phase in the conflict between Israel and Palestine, occurred in 1967. A war that lasted only six

² Issued on November 2, 1917, the Balfour Declaration, named after Arthur James Balfour, was a public pledge by Britain declaring its support for the creation “a national home for the Jewish people” in Palestine.

³ Haddad, 2020.

⁴ UNGA Res. 194 (III), 1948.

⁵ Levine, 2011.

⁶ Levine, 2011.

⁷ Shehadeh, 2024.

days and its effects endure to this day. Israel captured and occupied the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem. The importance of this historical juncture for Israel is evident in the government's resistance to strong international pressure to withdraw from all the territories occupied in 1967, as Security Council Res. 242 demands.⁸ Since then, Palestinians in the OPT live in "a system of oppression and domination",⁹ that do not align with the basic principles of international human rights law, international humanitarian law and with the law of occupation.

In its Wall Advisory Opinion, the International Court of Justice concluded that Israel's settlement policy carried out in the West Bank, East Jerusalem and in the Gaza strip and the régime associated with them, were established in breach of international law¹⁰ and in violation of the Fourth Geneva Conventions.¹¹ Despite Israel's claims, according to the ICJ's Advisory Opinion from July 2004, the withdrawal of its military forces from Gaza in 2005 did not end its occupation since "Israel remained capable of exercising, and continued to exercise, certain key elements of authority over the Gaza Strip, including control of the land, sea and air borders, restrictions on movement of people and goods"¹², maintaining a *de facto* control. In July 2004, the Court ruled that Israel's continued presence in the occupied Palestinian territory is unlawful¹³ and should come to an end "as rapidly as possible".¹⁴ Additionally, the Court stated that Israel is under an obligation to provide full reparation (restitution, compensation and/or satisfaction) for the damage caused by its international wrongful acts.¹⁵ Must not be lost that in 2004, the Court determined that the separation wall built by Israel in the West Bank is illegal under international law and should be demolished. The fact that it remains standing means we should not expect Israel's presence in the OPT to end in the foreseeable future.

⁸ One of the few UN Security Council Resolution critical do Israel that was not vetoed by the United States.

⁹ Amnesty International, 2022.

¹⁰ Recently reaffirmed by the ICJ in its Advisory Opinion on the Legal Consequences of Israel's Policies and Practices in the OPT.

¹¹ ICJ, *Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 2004, § 120.

¹² ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, 2004, § 92.

¹³ *Ibid.*, § 285 (4).

¹⁴ *Ibid.*, § 267.

¹⁵ *Ibid.*, § 269-270.

2.2. The impact of October 7: A turning point in the conflict

In the early morning of October 7, an unprecedented attack in Israel led by Hamas and other Palestinian armed groups resulted in the tragic death of 1,200 persons in Israel, of whom at least 809 were civilians¹⁶ and in the abduction of 252 people, taking them to Gaza as hostages.¹⁷ This devastating event inflicted a collective trauma on Israel, and a sense of fear that likely persists to this day and will persist for the years to come.

What came next was a “political and humanitarian catastrophe of epic proportions”¹⁸ marked by shocking levels of Palestinian civilian deaths and widespread destruction. In blatant disregard for International Humanitarian Law, Israel started its large-scale military assault by sea, air and land on the Gaza strip, one of the most densely populated places in the world.¹⁹ By 14 October 2023, Israel made one of the fastest mass displacements in history²⁰, ordering 1.1 million Palestinians to move to the south of Gaza in 24 hours. The right-wing prime minister, Benjamin Netanyahu, vowed to turn all places where Hamas was hiding into “rubble”, referring to Gaza as a “wicked city” and the minister of defense at the time, Yoav Gallant, declared a “complete siege”, allowing no electricity, no food, no water and no fuel to enter Gaza.

Entitled “Swords of Iron War” by Israel, “in just two months, researchers say the offensive has wreaked more destruction than the razing of Syria’s Aleppo between 2012 and 2026, Ukraine’s Mariupol or, proportionally, the Allied bombing of Germany in World War II. It has killed more civilians than the U.S-led coalition did in its three-year war campaign against the Islamic State group”.²¹ Between 7 October 2023 and April 2025, flouting the principles of distinction, proportionality and precaution Israel killed at least 51,266 Palestinians,²² an average of 100 Palestinians killed every day over the past 15 months²³ and thousands are missing, probably under the more than 42 million tons of rubble.²⁴ In Gaza, over half of the population are children and the conflict has turned the territory into their graveyard: “Gaza is the

¹⁶ UN Human Rights Office of the High Commissioner, 2024.

¹⁷ Rule 96 and Common Article 3 of the Geneva Conventions prohibit the taking of hostages and article 8 (2)(a)(viii) of the Rome Statute classifies it as a war crime.

¹⁸ UN News, 2023.

¹⁹ Rigdon & Kruk, 2023.

²⁰ Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel, 2024, A/HRC/56/CRP.P4, § 94.

²¹ Frankel, 2024.

²² OCHA, 2025.

²³ Duggal & Ali, 2025.

²⁴ Kyada, S., *et al.*, 2024.

most dangerous place in the world to be a child”.²⁵ Furthermore, the healthcare system in Gaza was already struggling to meet basic needs before October 2023, but, Israeli strikes targeting hospitals pushed the healthcare system “to the brink of total collapse, seriously impacting Palestinians’ access to health and medical care”.²⁶

Despite official claims, Israel’s objective appears to extend beyond the destruction of Hamas. For decades, Hamas has played a pivotal role in Israeli strategy. Prime-Minister Netanyahu deliberately pursued policies that empowered Hamas to the detriment of Palestinian Authority. Netanyahu capitalized on internal divisions within the Palestinian leadership, which played a key role in the disintegration of the Palestinian national project.²⁷ Therefore, by maintaining this division, the establishment of a Palestinian state was hindered, providing grounds to argue the absence of a unified Palestinian leadership for negotiations.²⁸

Hence, this apocalyptic scenario of collective punishment²⁹ and of reckless bombardments with completely disregard for civilian life, has led several human rights organizations³⁰, legal experts³¹ and South Africa, in its case before the International Court of Justice, to accuse Israel of committing acts that may amount to the crime of all crimes³², genocide. The fact that South Africa brought this case is no coincidence:³³ its motivation is shaped by its own painful history of *apartheid* and discrimination, struggles that closely mirror those faced by the Palestinian people.³⁴ It is important not to forget that South Africa’s image as a human rights and justice defensor has been undermined by its actions on the global stage. For example, South Africa abstained from a key UNSC Resolution condemning the Syrian government’s crackdown, refused to arrest Omar Al-Bashir, Sudanese president, despite ICC warrant and abstained from condemning Russia’s invasion.³⁵ Yet, at a time where Western double standards are in the spotlight, the world appears willing to overlook Pretoria’s past moral failings.

Since January, under South Africa’s request, the Court has ordered provisional measures three times and although there is no global police force or another mechanism to ensure compliance with the Court’s orders, they are legally binding.³⁶

²⁵ UNICEF, 2023.

²⁶ OHCHR, 2024, § 30.

²⁷ Scheindlin, 2025.

²⁸ Shehadeh, 2024.

²⁹ Collective punishment is prohibited under Geneva Convention III, article 87; AP I article 75(2)(d); and article AP II article 4(2)(b).

³⁰ Amnesty International, 2024; Human Rights Watch, 2024.

³¹ Albanese, 2024; Fakhri, 2024; OHCHR, 2023.

³² Schabas, 2003.

³³ Keitner, 2024.

³⁴ Roestenburg-Morgan, 2024.

³⁵ Polakow-Suransky, 2024.

³⁶ Keitner, 2024.

In January, the Court recognized a “real and imminent risk of irreparable prejudice”³⁷, instructing Israel to prevent the commission of all acts enshrined in the Genocide Convention.³⁸ In March, the Court took notice that “the catastrophic living conditions of the Palestinians in the Gaza Strip have deteriorated further”³⁹, ordering Israel to take immediate and effective measures to enable the “provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance”.⁴⁰ Lastly, in May, Israel was ordered to “immediately halt its military offensive”⁴¹ in Rafah.

The accusation of genocide against Israel is more than just a legal case: it is imbued with profound symbolism, irrespective of what the outcome is. Israel has enjoyed a certain moral high ground, particularly in the West, where the legacy of the Holocaust played a central role in shaping diplomatic support. It is paradoxical to witness Israel and its supporters weaponize the memory of the Holocaust in favor of Israel’s actions while, at the same time, Israel faces an accusation of genocide at the Hague. The Genocide Convention “arose out of the ashes of the Holocaust”⁴² and Israel, with this juxtaposition and through its appearance at the Court has undermined the moral standing it was supposed to enjoy as the nation that is the heir to the tragedy of the greatest acts of genocide.

3. Genocide: Legal framework and the role of dehumanization

The term Genocide was coined by Raphael Lemkin, in 1944, to refer to the “destruction of a nation or of an ethnic group”⁴³. By defining this term, Lemkin sought to describe Nazi policies of systematic murder against the Jews during World War II. In 1946 the UNGA adopted Res. 96 (I) declaring that “Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings” and affirmed it as a crime under international law. Later, in 1948, was adopted by the UNGA the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Article II of the Genocide Convention codifies the principal definition of the crime of genocide:

³⁷ ICJ, *South Africa v. Israel. Request for the Indication of Provisional Measures*, order of 26 January, 2024, §74.

³⁸ *Ibid.*, § 86 (1).

³⁹ ICJ, *South Africa v. Israel. Request for the Indication of Provisional Measures*, order of 28 March, 2024, § 18.

⁴⁰ *Ibid.*, §5(4).

⁴¹ ICJ, *South Africa v. Israel. Request for the Indication of Provisional Measures*, order of 24 May, 2024, § 57(2)(a).

⁴² Hawalesha, 2024.

⁴³ Lemkin, 1944.

“(…) genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (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) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group”.

The crime of genocide comprises two key and interconnected elements: a physical and a mental one. The first, known as *actus reus* entails the commission of the specific acts above-mentioned. The second, *mens rea*, encompasses the intent behind the commission of one or more of these acts, “regarded as *dolus specialis*, that is to say a specific intent”⁴⁴ and this is the characteristic that distinguishes genocide from other serious crimes. Thus, genocide requires a “double intent”.⁴⁵

Genocide is also codified as a crime in article 6 of the Rome Statute, falling under the subject matter jurisdiction of the ICC. The prohibition of genocide is recognized as a *jus cogens* norm,⁴⁶ therefore, genocide “holds the highest hierarchical position among all other norms and principles”.⁴⁷ All states are bound, under both the Genocide Convention and Customary International Law, by *erga omnes* obligations to prevent, punish and prosecute acts of genocide. When ratifying the Genocide Convention a state is bound by the obligations incumbent upon it as a State party, regardless of the fact that there may be an ongoing conflict between armed groups and the military⁴⁸, therefore, genocide can never be justified, not even in the name of self-defense.⁴⁹

Four protected groups are identified in the Genocide Convention: national, ethnical, racial and religious groups. Hence, to commit genocide the enumerated acts in article II must be carried with the intent to destroy a protected group belonging to one of the four recognized groups. The ICTY has characterized a national group as “a

⁴⁴ ICJ, *Croatia v. Serbia*, 2015, § 132.

⁴⁵ Ambos, 2009.

⁴⁶ Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties enshrines that a “*jus cogens* norm is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”.

⁴⁷ Bassiouni, 1996.

⁴⁸ ICJ, *South Africa v. Israel*, *Application Instituting Proceedings Containing a Request for the Indication of Provisional Measure*, § 139.

⁴⁹ Schabas, 2003.

collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties”.⁵⁰ Offering a different interpretation, Stefan Glaser, mentioned that “what characterizes a nation is not only a community of political destiny, but, above all, a community marked by distinct historical and cultural links or features. On the other hand, a ‘territorial’ or ‘state’ link does not appear to me to be essential”.⁵¹ On the same line, Nicodème Ruhashyanko, former Special Rapporteur on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide observed that the term “national origin” used in the Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination was meant in a sociological sense, not in a legal/political sense like “nationality” or “citizenship” and this understanding also influences how “national group” is interpreted under the Genocide Convention: a group of people who share a common identity based on culture, language and traditional way of life.⁵² Hence, Palestinians, share a strong sense of cultural, linguistic, and historical identity and are recognized as a distinct nation with the right to self-determination, being, therefore, a “national group”. Furthermore, the Court affirmed that Palestinians “appear to constitute a distinct national, ethnical, racial or religious group, and hence a protected group within the meaning of article II of the Genocide Convention”.⁵³

When it comes to accountability for genocide, both individuals and states can be held responsible. Article 25 of the Rome Statute enshrines individual criminal responsibility if the person directly and publicly incites others to commit genocide or if that person commits such a crime. Turning to state responsibility – a central issue in the current case brought against Israel before the ICJ –the ILC articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts affirm that a State is responsible when an individual representing the State or an organ of the state commits genocide or any of the other acts enumerated in III of the genocide convention.⁵⁴ In this case, the individual’s actions are considered to be those of the State.

Genocides, war crimes and crimes against humanity share a common denominator.⁵⁵ Before physical acts of violence occur, the state sets the stage socially, politically and psychologically. This stage is prepared with words that create a reality because more than motivation, “genocide needs legitimization and dehumanization

⁵⁰ ICC, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, § 512.

⁵¹ Glaser, 1970.

⁵² Ruhashyankiko, 1978.

⁵³ ICJ, *South Africa v. Israel. Request for the Indication of Provisional Measures*, order of 26 January 2024, § 45.

⁵⁴ ILC, Responsibility of States for Internationally Wrongful acts, articles 2, 4, 8; See ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* §179 and *Croatia v. Serbia* §§ 128-129.

⁵⁵ Oksanen, 2024.

meets that need”.⁵⁶ Thus, efforts to commit genocide against another group of people are accompanied and justified with the idea that those being annihilated are not really people⁵⁷, as if they were subhuman, to the point of being outside the bounds of humanity. Dehumanization is a blueprint for genocide. When victims are dehumanized, “the principles of morality no longer apply to them and moral restraints against killing are more readily overcome”.⁵⁸ It is this denial of humanness that permits killing without impunity, as it renders the killing “impersonal and unemotional”.⁵⁹ Hence, denying the humanity of the other group, dehumanizing them, is not only a regular feature of genocide but, according to some scholars,⁶⁰ an essential prerequisite for such atrocity.

In this scenario, language is used intentionally as a tool of harm, to assign derogatory, animalistic and non-human qualities to the targeted group.⁶¹ There are several examples of dehumanization that led to innumerable acts of violence, war crimes, and genocides throughout history: colonized peoples were commonly represented as “simian beasts”⁶² and in Nazi Germany, Jews were described as “*Untermenschen*”⁶³ and as “vermin”. During the Rwandan genocide, Hutus usually referred to Tutsis as “cockroaches”. Comparing human beings to a repulsive creature, such as cockroaches, that to completely eliminate an infestation, you have to kill every stage of the life cycle (eggs, larvae, adults), turned all Tutsis into a creature that needed to be eliminated. This concept was so deeply embedded that a secret military operation against the Tutsi had the code name “operation insecticide”.⁶⁴

Consistent with Genocide Watch model, dehumanization is the fourth stage out of ten stages of genocide. Nevertheless, dehumanization plays several roles in the genocidal process at multiple stages of that process.⁶⁵ It occurs in the three stages prior: classification, symbolization and discrimination. These are foundational elements of dehumanization, serving as early mechanisms that strip individuals of their humanity. The first process, classification, divides the world into “us vs. them”, reducing individuals to group identities rather than recognizing their individuality, a crucial step in treating them as less than fully human. Then, the second process marks that distinction through symbolization, where the group begins to be seen

⁵⁶ Savage, 2013.

⁵⁷ Smith, 2011.

⁵⁸ Kelman, 1973.

⁵⁹ Lang, 2017.

⁶⁰ Dr. Gregory H. Stanton, President of Genocide Watch considers “Dehumanization” as one of the ten stages of genocide.

⁶¹ Haagensen & Croes, 2012.

⁶² Haslam, 2020.

⁶³ Subhuman.

⁶⁴ Smith, 2011.

⁶⁵ Haslam, 2020.

through given names or symbols, not as a people and in the third stage, dehumanization moves beyond perception and into concrete measures, marked by laws and customs that prevent groups of people from exercising their full rights as citizens. As such, the role that dehumanization plays in genocide cannot be confined to a single stage. It extends far beyond the deployment of vilifying animal metaphors, playing multiple roles, before, during and even after genocidal violence.

Furthermore, all genocidal situations are marked by a sharp division of society between the dominant “in-group” and a marginalized and inferior “out-group”. The perception of “otherness” is what makes the in-group separate from the out-group, by attaching a negative value to the differences between the groups.⁶⁶ The process of “othering” plays a central role in shaping entire identities and social realities. “Strangers can be more easily depersonalized than can acquaintances”⁶⁷ and people are more likely to ascribe more human qualities to members of their own group, while perceiving those in the out-group as lacking humanness. For example, individuals that belong to a group considered racially different, outside the in-group, are viewed as lacking intelligence and lacking morality and in contrast, the dominant group sees themselves as civilized and with moral superiority. In fact, at the heart of racism lies the refusal to recognize the shared and equal humanity of individuals belonging to a particular group.⁶⁸ The people in these groups are cast as “others”, seen profoundly unsimilar to “us”, and as such, they lack typically human characteristics.⁶⁹ Hence, dehumanization and the construction of a racial identity have in common the creation of a rigid “us vs. them” divide, where certain groups are assigned fixed, innate characteristics that lead to their perception as being of lesser value. Thus, departing from the idea that the concept of race brings together the psychological, cultural and biological aspects of dehumanization, we can argue that dehumanization is “bound up with racism”.⁷⁰

When we recognize shared characteristics with others we identify with them. Once we identify with them, we feel empathy and therefore, we have “compassionate emotional reactions”⁷¹ grounded in social and moral obligations. Dehumanization disrupts our sense of similarity, consequently, making it difficult to identify with that person or group of persons. If we don’t have that perception of identification, then, we don’t have empathy, which is the recipe for the existence of community and moral obligations. Putting a certain group of human beings “outside the bounds of

⁶⁶ Lingaas, 2020.

⁶⁷ Bandura, 1999.

⁶⁸ Bobo, 2017.

⁶⁹ Leyens, *et al.*, 2000.

⁷⁰ Smith, 2011.

⁷¹ Lang, 2017.

humanity and of human moral obligation”⁷² is what allows genocide to occur and is the reason that “no mass atrocities in the contemporary world have occurred without some form of dehumanization”.⁷³

We have already established that dehumanization enables genocides to happen because of the process of “moral disengagement”.⁷⁴ However, dehumanization doesn’t always have genocide as a result. When does dehumanization lead to genocide? As the impact of dehumanization hinges on the surrounding circumstances, when trying to understand when dehumanization transitions to genocidal dehumanization, the historical, cultural and temporal dimensions must be taken into consideration.⁷⁵ Prejudices take on different forms over time, leading to significant shifts in how targeted groups are treated. Moreover, such prejudices arise at specific historical moments, shaped by specific events, and their expression in certain contexts carries significant consequences.

4. Turning Gaza into a destroyable target: Dehumanization as a way of contaminating and twisting international humanitarian law

The UN Charter and other global legal frameworks exist to prevent and reduce human suffering and are set out to avert wars. When this legal framework fails, the Geneva Conventions, at the heart of the law of armed conflicts, steps in. We, humans, members of the *Homo sapiens* species, share a common humanity, where every person holds intrinsic value, transcending differences such as nationality and ethnicity⁷⁶, nevertheless, as will be shown in the following chapter, dehumanization plays an immense role in armed conflicts. Hence, International Humanitarian Law surges to regulate the actions of parties involved in armed conflicts, applying regardless of the cause of the conflict or who initiated it. It steps in to “make the violence and horror of war less violent – to defuse the causal chains that dehumanization sets off and which can fuel it further”.⁷⁷ Although in an apparent contradiction, IHL recognizes that armed conflicts will inevitably result in death and destruction but simultaneously forbids the dehumanization of the adversary.⁷⁸ The truth is that, “parties to armed conflicts have used IHL to justify their actions when

⁷² Savage, 2013.

⁷³ Kressel, 1996.

⁷⁴ Savage, 2013.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Deffenbaugh, 2024.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Droegge, 2024.

they depart from the expectations that would ordinarily apply in peacetime”.⁷⁹ IHL is not a super protective legal regime and this justification is not limitless. Existing to prevent the most violent effects of war and to protect those who are not involved in a conflict, what happens when a party to the conflict portrays civilians as a part of the conflict?

IHL’s fundamental objective is to protect both civilian individuals and the civilian population. Along these lines, Article 50 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions and Customary Rule 5 define civilians as people who are not members of the armed forces. Moreover, article 48 AP I to the Geneva Conventions and Rule 1 enshrine the principle of distinction, which means that the civilian population and civilian objects must, at all times, be distinguished from combatants and military objectives. Undeniably, carrying out military operations in Gaza – one of the most densely populated urban areas in the world – presents significant challenges in avoiding civilian harm, but these challenges “do not strip the civilian population in that territory of legal protection”.⁸⁰ However, since 7 October 2023 that Palestinians are not seen as human beings. If a person is seen as less than human, their dignity and their intrinsic value is stripped away and, therefore, in the perpetrator’s headset there is a justification to exclude those people from the legal protection they have. Palestinians are not seen as doctors, professors or bakers. They are not seen as children or as older people; from the relentless bombardments and the overwhelming number of civilian deaths, they seem to be seen as a security threat that needs to be eliminated, and therefore, are considered legitimate targets.

Ever since the conflict broke out, multiple statements have been made conflating Palestinians in Gaza with Hamas fighters. The examples are innumerable. At the beginning of the conflict, on 12 October 2023, President of Israel, Isaac Herzog, implied that militants and civilians were not being distinguished in Gaza when he made the infamous statement that “It’s an entire nation out there that is responsible. It is not true this rhetoric about civilians not aware, not involved. It is absolutely not true”. After this statement, “there are no uninvolved civilians” became a slogan widely echoed by Israeli soldiers.⁸¹ On November 2023, Ben-Gvir, Minister of National Security participated on a TV show commenting that “when they say Hamas needs to be eliminated, it also means those who sing, those who support and those who distribute sweets, all of these are terrorists. And they should be eliminated”. Furthermore, Israel Katz, currently serving as Minister of Defense, mentioned that Gaza was a “nation of murderers and butchers of children”, Smotrich,

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Weller, 2023.

⁸¹ Amnesty International, 2024.

Minister of Finance declared that there are “2 million Nazis (...) who want to slaughter, rape and murder every Jew”, and former head of the Israeli National Security Council, adviser to the defense minister and frequent commentator on local and foreign media, Giora Eiland, mentioned “who are the poor women of Gaza? They are all the mothers, sisters or wives of Hamas murderers”. As seen by these examples, Israel has blurred the distinction of civilian and military targets, by rejecting the idea that there are “innocent” civilians in Gaza. Consequently, Israel is forging a completely new classification for civilians by distinguishing those who are “involved” and those who are “uninvolved”. In this way, Gazans are portrayed as legitimate targets, eroding the whole purpose of IHL, which is to protect as many lives as possible. Hence, the consistent dehumanizing rhetoric has turned Gaza into a “world without civilians”⁸² and the distortion of IHL has transformed its population and territory into a destroyable target.

Additionally, Israel has argued that by instructing the population of northern Gaza to evacuate, it was fulfilling its obligation to distinguish between civilians and combatants. As a result, Israel justifies its behavior as compliance with IHL, while also shifting all the responsibility and risk involved in armed combat in an urban environment from the soldiers to the civilians, discharging, this way, its duty of distinction between combatants and civilians – as if wishing the population away would absolve Israel from further responsibility.⁸³ For example, on 13 October 2023, 1.1 million Palestinians were instructed to evacuate⁸⁴ northern Gaza to a designated safe zone in the south of Gaza. Amidst a heavy bombing campaign and within 24 hours, which made the order almost impossible to follow, Israel characterized as “human shields” and “sympathizers”⁸⁵ of terrorism those who did not evacuate.⁸⁶ This was particularly troubling because southern Gaza, the only place the population was allowed and supposed to move, was itself subject to relentless attacks.⁸⁷ Additionally, Israel’s refusal to allow sufficient humanitarian aid exacerbated and worsened the dire living conditions for those attempting to escape to the south.

⁸² Semerdjian, 2024.

⁸³ Weller, 2023.

⁸⁴ According to the ICRC, the instructions issued by the Israeli authorities for the population of Gaza to immediately leave their homes, coupled with the complete siege, are not compatible with international humanitarian law.

⁸⁵ Reuters, 2023.

⁸⁶ Albanese, 2024, § 78; UN Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons, Gavira Betancur, said “it is inconceivable that more than half of Gaza’s population could traverse an active war zone, without devastating humanitarian consequences, particularly while deprived of essential supplies and basic services”.

⁸⁷ See NY Times, 2023.

In fact, the killing of civilians is not necessarily unlawful in IHL. A cornerstone principle of IHL, the principle of proportionality⁸⁸, defines that where it is impossible to isolate civilians from an attack against a lawful military objective, if the foreseeable loss of civilian life would be “excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”, the operation must not take place. However, proportionality cannot be evaluated properly unless the principle of distinction is respected first.⁸⁹ If the principle of distinction is not respected, and civilians are harmed due to failure to distinguish between civilians and combatants, the harm can no longer be considered incidental and an unintended consequence of the attack.⁹⁰

The principle of proportionality can readily become a form of dehumanization.⁹¹ As the human faces who have been killed or injured are elided, Israel expands the extent of the principle of proportionality to its own sense of injustice or threat felt.⁹² Representatives of Israel frame the principle of proportionality according to the war’s military goal: to eradicate Hamas. “Accomplishing that objective, outweighs any excessive harm to civilians”.⁹³ For instance, a former IDF Director of Military Prosecution for Judea and Samaria stated that “considering the military advantage gained by eliminating these senior terrorists, it is irrelevant to ask how many children were incidentally killed”.⁹⁴ Thus, the perception of Palestinian civilians, including children, as legitimate targets of proximity reveals the extent to which their dehumanization has become complete. Under these circumstances, by labeling all the population of Gaza as not innocent, Israel blurs the lines between legitimate targets and civilians and civilian infrastructures. Hence, everything becomes framed in a way to justify civilian harm or as a way to dismiss all civilian deaths as collateral damage⁹⁵, a consequence of the dehumanization of Palestinians, reducing all the avoidable deaths of children, families and entire communities to nothing more than an unfortunate but lawful⁹⁶ side effect of war, one that, in this view, they have brought upon themselves.

Furthermore, it is important to note that cities are primarily populated by civilians, who are not involved in the armed conflict, and are packed with infrastructures for civilian use. The IAF’S bombing of the Gaza Strip has been widely criticized for the extreme level of civilian casualties and the choices of the weapons

⁸⁸ Customary International Humanitarian Law Database, rule 14; Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 1949, arts. 51(5)(b) and 57.

⁸⁹ Daniele, 2023.

⁹⁰ Albanese, 2024, § 72.

⁹¹ Gordon & Perugini, 2020.

⁹² Weller, 2023.

⁹³ Rubenstein, 2023.

⁹⁴ Hirsch, 2023.

⁹⁵ Daniele, 2024; See The Guardian, 2023.

⁹⁶ Droege, 2024.

used. There's a real question about being able to abide by IHL principles in such densely urban settings, when most bombs are among the largest in regular use,⁹⁷ 2,000-pound bombs, and when we are witnessing over a hundred civilians killed⁹⁸ in strike on mid-level Hamas leaders.

It is unequivocal that there is no legal interpretation that allows a whole population of 2.3 million people to lose their civilian status, even if, as Israel claims⁹⁹, they are being used as human shields. Hamas has a vast network of underground tunnels in Gaza¹⁰⁰ that led Israel to invoke that all civilians in the surface of Gaza are potential human shields, using this term as a concept that can be expanded *ad infinitum*. For example, the Ministry of Foreign Affairs published on the official Israeli government website¹⁰¹ that Hamas is embedded in the population and for that reason it "cannot be concluded from the mere fact that seeming 'civilians' or 'civilian objects' have been targeted, that an attack was unlawful". The reasoning here is that Palestinian civilian structures such as hospitals, homes and places of worship are not to be treated as having civilian use and that Palestinian civilians are regarded as human shields simply by being near¹⁰² potential Israeli targets. For this reason, Israel has bombed hospitals, refugee camps, mosques, schools and residential buildings.

In fact, IHL strictly prohibits the "presence or movements of the civilian population or individual civilians (...) to render certain points or areas immune from military operations"¹⁰³ and their use constitutes a war crime enshrined in article 8(2)(b) xiii of the Rome Statute. Notwithstanding the unlawful use of civilians as human shields, their civilian status remains intact, and they continue to be protected under the principle of distinction and proportionality. Thus, even if Hamas is using human shields, this does not make them legitimate targets¹⁰⁴ and does not justify indiscriminate or disproportionate harm to them. Given this entire narrative, Israel is, yet again, distorting its grave breaches of IHL, through a "blame shifting"¹⁰⁵ technique. This way, Israel erases the possibility of "Palestinian civilianness"¹⁰⁶ and erodes the moral and legal barriers against killing them: their suffering no longer is a restraining factor, a hallmark of dehumanization.

⁹⁷ Garlasco, 2024.

⁹⁸ Cloud, 2023.

⁹⁹ Israel Defense Forces, 2023.

¹⁰⁰ See Arrans, et al., 2023.

¹⁰¹ See State of Israel, Ministry of Foreign Affairs, 2023.

¹⁰² Gordon & Perugini, 2021.

¹⁰³ Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 1949, art. 51 (7); See Customary International Humanitarian Law Database, rule 97.

¹⁰⁴ Daniele, 2024.

¹⁰⁵ During ICJ hearings, Israel legal team argued that Hamas was responsible for the destruction of Gaza and noted that Gaza's civilian infrastructure is the "most sophisticated terrorist stronghold in the history of urban warfare".

¹⁰⁶ Perugini & Gordon, 2024.

As mentioned before, IHL recognizes that war is violent and as such, it permits a level of violence that would normally be deemed unacceptable in times of peace. This includes allowing some incidental civilian harm when weighed against legitimate military goals, “assigning an appropriate degree of importance to military necessity”.¹⁰⁷ However, if States grow indifferent to certain human life, they risk distorting the careful balance IHL seeks to uphold. In doing so, they undermine the very principles that give IHL its moral and legal authority.

The Genocide Convention and the Geneva Conventions are part of the same legal architecture,¹⁰⁸ having the common goal of protecting human life. Israel’s interpretation and application of IHL’s rules have not succeeded in making war more humane, exposing the fragility of this architecture. This distortion has facilitated the killing of civilians and accelerated the progressive erasure of Palestinians, where mass murders become permissible under the guise of legality, opening the door to genocidal outcomes. The macro characterization of an entire nation as collectively responsible,¹⁰⁹ as human shields and as not civilians – and thus targetable – is the climax of decades of invisibility of Palestinian humanity and, in this context, one must ask: if those whom humanitarian law is meant to protect have already been stripped of their humanity, what purpose does it ultimately serve?

5. Dehumanization of the Palestinian people

Excluding Palestinians from the realm of moral concern through dehumanization reached its peak after October 7, 2023, but it did not begin then. In the instituting proceeding containing a request for the indication of provisional measures, filed on 29 December 2023, South Africa argued that “acts of genocide inevitably form part of a continuum. For this reason, it is important to place the acts of genocide in the broader context of Israel’s conduct towards Palestinians during its 75-year-long *apartheid*, its 56-year-long belligerent occupation of Palestinian territory and its 16-year-long blockade of Gaza, including grave breaches of the Fourth Geneva Convention”.¹¹⁰ Building on this reasoning, we contend that there is an institutionalized dehumanization of the Palestinian people, through occupation policies, that treats them as a marginalized racial group who are not entitled to fundamental human rights and denies them certain defining human characteristics, setting the stage for the potential genocidal acts that have unfolded since 7 October.

¹⁰⁷ ICRC Report, 2024.

¹⁰⁸ Daniele & Perugini & Albanese, 2024.

¹⁰⁹ UN, Meetings Coverage and Press Releases, 2023.

¹¹⁰ ICJ, *South Africa v. Israel*, *Application Instituting Proceedings Containing a Request for the Indication of Provisional Measures*, 2023, § 2.

In fact, the process of dehumanizing Palestinian people is the glue that keeps this protracted conflict going. Shaped by historical and cultural grievances, identities evolve within the context of the conflict, influencing how they see themselves and construct the image of the other, through narratives that legitimize the “self” and dehumanize and delegitimizes the “other”, creating a negative interdependence between identities.¹¹¹ This dynamic contributes “to the cycle of protractedness by reinforcing and normalizing violence toward the other”.¹¹² In this regard, for example, many times, Israeli policies are justified and legitimized by the idea that *Eretz Israel* is the Promised land for the Jews, the chosen people¹¹³, which foster in-group and out-group dichotomy.

Furthermore, within the framework of “colonialism”, an entire structure of violence that renders indigenous peoples an inconvenience is established.¹¹⁴ As the aim is to acquire their land and resources, indigenous people’s existence is seen as a barrier these ambitions.¹¹⁵ In this context, discourses and practices that dehumanize the “other”, function as a form of self-defense, to protect their own sense of righteousness and to delegitimize the other group’s national claims.¹¹⁶ To regard a people as foreigners in their own ancestral land is, in itself, an act of dehumanization. Indeed, land is the very foundation of a people’s right to self-determination, just as it lies at the center of “colonial” ambitions. “Disconnection from land and cultural roots contributes to the erosion of identity and community resilience”¹¹⁷ and the removal of their identity, their community and the denial of their past is a deliberate effort to sever their connection to the land and to deprive the Palestinian people of their humanity.

In this regard, various Zionist Movement documents “referred to the native Palestinians as aliens roaming the land that belonged to the Jewish people”¹¹⁸ revealing an initial pattern of denying identity and community to Palestine’s autochthonous populations. Some even referred to the fact that the land was empty,¹¹⁹ a narrative that ignored the fact that many people already lived there with deep historical, cultural and emotional ties to the land. Such discourse also reduced

¹¹¹ Kelman, 1999.

¹¹² Ricarte, 2023.

¹¹³ Galtung, 1990.

¹¹⁴ Moaswes, 2020.

¹¹⁵ Veracini, 2008.

¹¹⁶ Rouhana & Bar-Tal, 1998.

¹¹⁷ Albanese, 2024.

¹¹⁸ Pappé, 2011.

¹¹⁹ For example, Ex Prime Minister Golda Meir said that “There was no such thing as Palestinians, (...) they did not exist”. Another example is the famous Zionist slogan “a land without a people for a people without a land”.

indigenous populations to simply observers, denying them agency, an inherently human condition.¹²⁰

Additionally, the process of dehumanization is not a circumstantial one, it is a repeated process that becomes entrenched over time. As it solidifies, it becomes evident not only at the level of human interaction but also manifests through institutional policies and practices. The following policies and practices, have severely impacted the lives of Palestinians, deliberately preventing them to live with human dignity, destroying the “juridical person” and the “moral person” of the Palestinian people, which according to Hannah Arendt¹²¹ is the very first step of the process of dehumanization.

5.1. Israel’s longstanding discrimination against Palestinians: Occupation policies

Since 1967, Israel has been developing and supporting the establishment of settlements – that are flourishing – in the territories it occupies. This has been achieved through the transfer of civilian population, in breach of article 49 of the Fourth Geneva Convention, alongside incentives encouraging Israeli citizens and businesses to relocate to the West Bank. Simultaneously, Israel controls and exploits West Bank’s natural resources, diverting them for the benefit of its own population in the detriment of Palestinian population. In response, UNGA Res. 78/170 “demands that Israel, the occupying Power, cease the exploitation, damage, cause of loss or depletion and endangerment of the natural resources in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan”. However, Palestinians continue to face restrictions regarding the construction or maintenance of water installations without military permit.¹²² For this reason, the water quality and quantity that Palestinians have access does not meet the levels recommended by WHO.¹²³

In fact, Palestinians are subject to a differential treatment that is evident in Israeli’s residence permit policies, restrictions on movements and in the systemic demolition of property. For Palestinians to reside in East Jerusalem it is mandatory to have a valid residence permit, designed to make it as difficult as possible to maintain,¹²⁴ which makes them, under Israeli domestic law, foreign nationals living

¹²⁰ Ricarte, 2023; See also Deffenbaugh, 2024.

¹²¹ Arendt, 1951.

¹²² United Nations HCHR, 2021, A/HRC/48/43, § 26.

¹²³ The WHO recommends 100 liters of water per capita a day and in the West Bank the average is 73 liters per person.

¹²⁴ See ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, 2024, § 193.

within the territory of Israel.¹²⁵ Amendments to Israeli legislation from 2008 and 2018 granted the government the power to revoke citizenship and East Jerusalem residency from Palestinians convicted of a “breach of loyalty” and since February 2023 citizenship or residency for Palestinians can be revoked if a Palestinian is sentenced to prison for an “act of terrorism”, enabling Israel to forcibly transfer or deport Palestinians.¹²⁶ Regarding restrictions on movements, Israel maintains full control over all entry and exit points in the West Bank, as well as all movement into and out of the Gaza strip. Additionally, Palestinians from the OPT are also not allowed to travel abroad through Israeli airports.¹²⁷ These restrictions on freedom of movement are part of a closure system on the movement of Palestinians that includes a web of checkpoints and crossings¹²⁸, blocked roads for Palestinians,¹²⁹ and a separation wall, impeding not only the liberty of movement but also the exercise of the “right to work, to health, to education and to an adequate standard of living”.¹³⁰

Furthermore, over 60 per cent of the West Bank has been allocated by Israel for Israeli settlements, military zones and nature reserves.¹³¹ Israel’s policy of land appropriation for the benefit of its Jewish population is linked with the systemic demolition of Palestinian property, mainly homes, agricultural land, water and sanitation structures. Moreover, it is extremely difficult for Palestinians to have a building permit,¹³² forcing them to build homes and structures without authorization. These buildings are then subject to demolition, putting them at high risk of forced displacement. Thus, beyond the control of natural resources, Israel executes large-scale confiscations of land, carries out extensive demolitions of property, which combined with the restriction on residence and movement, leave no alternative to the Palestinians but to leave and abandon their area of residence. This systematic practice of demolitions and confiscation of lands also leads to the separation of Jewish and Palestinian communities in the OPT¹³³ and reduces Palestinian demographic presence and future growth.¹³⁴ These policies and practices

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Guterres, 2023, § 59.

¹²⁷ Amnesty International, 2022.

¹²⁸ See Independent International Fact-Finding Mission to Investigate the Implications of the Israeli Settlements on the Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights of the Palestinian People Throughout the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, A/HRC/22/63, 2013, § 72.

¹²⁹ See ECOSOC, § 58.

¹³⁰ ICJ, *Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 2004, § 134.

¹³¹ ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, 2024, §§ 120 and 214.

¹³² Independent international factfinding mission to investigate the implications of the Israeli settlements on the civil, political, economic, social and cultural rights of the Palestinian people throughout the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, A/HRC/22/63, 2013, § 70.

¹³³ Human Rights Committee, 2022, § 42.

¹³⁴ Amnesty International, 2022.

led the Court, in its advisory opinion of 19 July 2024 to conclude that this system of oppression and domination that implement a separation between the Palestinian population and the Israelis is in violation of article 3 of the CERD.¹³⁵

As a consequence of Israel's settlement policy and discriminatory legislation, the dehumanization of Palestinian people intensifies, which, combined with the climate of impunity¹³⁶, leads to the rise of settler violence against them,¹³⁷ with an increasing number of cases where Israeli security forces not only turn a blind eye to these attacks but also actively support and participate in them. Settlers often carry with them firearms and are encouraged by the Minister of National Security to use them against "terrorists", without facing restriction or accountability¹³⁸, deepening even further the cycle of violence and dehumanization.

Additionally, while no longer maintaining a consistent on-site presence in Gaza, following Hamas's victory in 2006, Israel subjected Gaza to a tight blockade, imposing restrictions on air, land and sea, and the supply of essential resources, such as water and food, are largely at Israel's hands. As a consequence, it furthered the fragmentation of the Palestinian people,¹³⁹ as Israel deepened the separation of Gaza from the rest of the OPT and the world, weakening political, social and familial connections between Palestinians. The blockade has devastated civilian life, has led to the de-development of the Palestinian economy, has separated families, and has restricted the access to educational opportunities and to health services.¹⁴⁰

Of greater significance is the use of dehumanizing and language from Israeli officials towards the Palestinians population, who are often denominated as "the Arabs"¹⁴¹, a terminology intended to strip their distinct national identity and historical connection to the land. In this regard, Israeli politicians persistently deny the existence of a Palestinian people. For example, in 1969 Israeli prime minister Golda Meir said "There were no such thing as Palestinians. They did not exist".¹⁴² Echoing Golda Meir's statement Israel's Finance Minister Bezalel Smotrich claimed in 2023 that "There is no such thing as a Palestinians nation. There is no Palestinian history. There is no Palestinian language"¹⁴³ and Anat Berko, a Likud MP, claimed

¹³⁵ ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, 2024, § 229.

¹³⁶ Human Rights Committee, § 24.

¹³⁷ See Guterres, 2023, § 45.

¹³⁸ See Guterres, 2023, § 48.

¹³⁹ Bashi & Diamond, 2015.

¹⁴⁰ The WHO recorded 839 deaths in Gaza between 2008 and 2021 while waiting for medical permits to leave Gaza for urgent medical treatment.

¹⁴¹ See Gilad, 2015.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Assi & Foster, 2023; See also Reuters, 2023.

that the Palestinian people did not exist “because they can’t pronounce the letter P”.¹⁴⁴

Although taking a derogatory attitude toward Palestinian people is a fundamental part of the dehumanization process, to dehumanize a person is also, as mentioned before, to regard them as subhuman, likening them to animals or filthy creatures.¹⁴⁵ That is precisely what Ayelet Shaked did in 2014, a year before becoming minister of justice, when she posted on Facebook a text wondering what was “so horrifying about understanding that the entire Palestinian people is the enemy” and advocating for the obliteration of Palestinian mothers as well as their homes: “They should go, as should the physical homes in which they raised the snakes. Otherwise, more little snakes will be raised there”.¹⁴⁶ In 2016, Benjamin Netanyahu commented, while visiting the new fence at the border between Jordan and Israel near Eilat, “in our neighborhood, we need to protect ourselves from wild beasts”.¹⁴⁷ Similarly, in 2000, Ehud Barak, former prime minister, in a Jerusalem Post interview compared Palestinians to “crocodiles” and in 1982 another former prime minister, Menachem Begin referred to Palestinians as “beasts walking on two legs”.. Hence, such rhetoric has become not only legitimized but also entrenched in public opinion.

Furthermore, children who grow up in intractable conflicts experience the conflict from an early age, whether it be from their personal experiences or through the educational system and social environment they are in, forming their own perception of what the conflict is.¹⁴⁸ In fact, school books are powerful tools by which the state shapes perceptions, interpretations and collective memory, playing a crucial role in defining both personal and national identities.¹⁴⁹ This influence is even more significant in the context of a conflict. In particular, it is crucial the way schoolbooks depict Palestinians to Israeli youngsters, who at 18, will join the compulsory military service to potentially be required to use force against them. Israeli children grow up internalizing negative and dehumanizing discourses about Palestinians. The name “Palestinian” is not used, and instead they are called “Israel’s Arabs” or “Arabs”.¹⁵⁰ They are characterized in Israeli school books as the “ultimate other, the nemesis of every Israeli”.¹⁵¹ Palestinians are rarely depicted engaging in normal daily activities, rather they are portrayed most times as hordes of refugees or as terrorists, reinforcing their image solely as a problem or a threat and greater perceived threat,

¹⁴⁴ Lis, 2016.

¹⁴⁵ Smith, 2020.

¹⁴⁶ See Maltz, 2015.

¹⁴⁷ Beaumont, 2016.

¹⁴⁸ Nasie, 2016.

¹⁴⁹ Elhanan, 2012.

¹⁵⁰ Ibis.

¹⁵¹ Saif, 2024.

is associated with greater out-group dehumanization and stronger support for aggressive policies.¹⁵² Moreover, the education system in Israel does not present alternative information about the conflict and thereby students are not encouraged to critically engage with or explore differing opinions about the conflict, reinforcing a one-sided narrative.¹⁵³ There is also no reference to Palestinian life in Palestine pre 1948 and the Bible is an “authoritative historical source”.¹⁵⁴ The Zionist goal is legitimized by linking the present to biblical narratives of a “Promised Land” that belongs to the Jews, which reinforces the notion of the self-moral entitlement of the in-group, justifying the conflict with Palestinians.

Throughout history, Jews have faced persistent persecution. For this reason, the Israeli collective memory carries a deep sense of a hostile approach of the world towards Jews which, in turn, influence the perception they have of the Israeli-Palestinian conflict. Additionally, the Holocaust is taught from a very young age,¹⁵⁵ as a clear policy by the Israeli Ministry of Education, ensuring that the trauma of the past is never forgotten and not to let the fire of vengeance die out. However, this vengeance is not directed towards Germany’s persecutors but towards Palestinians. “The historical events are constructed and reinterpreted in accordance with the events of the present”¹⁵⁶: the in-group is a victim, by drawing parallels between the historical persecution of Jews and the current conflict with Palestinians. “Dehumanization is a gradual process that develops out of the act of victimization itself”¹⁵⁷ and, unfortunately, Israeli society often frames its actions in the OPT and towards Palestinians through the lens of its own history of victimhood, particularly the memory of the Holocaust. As this memory of victimhood grows more central to Israel’s narrative – ignoring the significant changes in this reality – the occupation becomes more brutal and oppressive.

All the abovementioned measures and actions have left the Palestinian population deeply fragmented, not only geographically and politically but also psychologically, making their self-determination unattainable, despite the Court’s Wall advisory opinion affirming the existence of the right of the Palestinian people to self-determination, and despite numerous UN resolutions¹⁵⁸ supporting the Palestinian right to self-determination. In fact, the denial of the right to self-

¹⁵² Maoz & McCauley, 2008.

¹⁵³ Nasie, 2016.

¹⁵⁴ Elhanan, 2012.

¹⁵⁵ Audeh, 2023.

¹⁵⁶ Nasie, 2016.

¹⁵⁷ Kelman, 1973.

¹⁵⁸ The UN has consistently reaffirmed the inalienable right of the Palestinian People to self-determination. See, for example, Res. 2672 (XXV), Res. 3236 (XXIX), Res. 66/146, Res. 67/158, Res. 75/172, Res. 76/150 and Res. 79/163. See also Albanese, 2022.

determination of the Palestinian people was solidified in the 2018 nation state law, which enshrined that the exercise of the right to self-determination in the state of Israel is “unique to the Jewish people”.

The right to self-determination is “one of the essential principles of contemporary international law”¹⁵⁹ and it is an *erga omnes* right, enshrined in the United Nations Charter and in article 1 of ICESCR and ICCPR. It is a fundamental human right, serving as a platform right whose importance originates from the fact that “its realization is an essential condition for the effective guarantee and observance of individual human rights and for the promotion and strengthening of those rights”.¹⁶⁰ The Court stated that for a people to fully realize their right to self-determination, they must have territorial integrity, maintain cohesion as a people, exercise permanent sovereignty over natural resources, have the freedom to determine their political status and pursue its economic, social and cultural development without external interference. In light of these requirements, the Court found that Israel’s settlement policies do not respect the unity, contiguity and territorial integrity of the OPT, deny the integrity of Palestinian people in the OPT, do not respect the right to exercise permanent sovereignty over natural resources and do not respect their right to determine its political status and pursue its economic, social and cultural development. Thus, Israel has created a system that weakens Palestinians physical continuity, undermines their national cohesion, collective identity and their peoplehood. Accumulating with the prolonged character of Israel’s unlawful policies and practices, the Court found that Israel is violating the right to self-determination of the Palestinian people.

Thus, as has been made clear, since its creation, through different maneuverings, Israel denies and strips away the connection that Palestinian people have with their land. Denying the right to self-determination of the Palestinian people is denying their identity and community, a refusal to acknowledge their very existence. Dehumanization is not just a consequence of this system of occupation and oppression, is what sustains it. It also frames Palestinians as a problem to be managed, a threat to be contained, rather than a people with legitimate claims of freedom, who demand a recognition of their full human capacity and worth. All this resonates with Raphael’s Lemkin observation that genocide is “a composite of different acts of persecution or destruction”, which can include not only physical elimination but also the destruction and disruption of a people’s national identity, language and political and social structures.¹⁶¹

¹⁵⁹ ICJ, *Portugal v. Australia*, 1995, § 29.

¹⁶⁰ Human Rights Committee, Annex VI, § 1.

¹⁶¹ Lemkin, 1944.

5.2. Dehumanizing narratives: Israel's recent war on Gaza

Decades of dehumanizing practices and discourses laid the groundwork for the unprecedented military campaign but also for the genocidal incitement¹⁶² through the use of dehumanizing language against Palestinians by members of the Israeli government, military personnel, law enforcement, journalists and influential personalities following the attack led by Hamas and Palestinian Islamic Jihad on 7 October 2023. The seeds of dehumanization were already sown and broadly accepted, making the escalation of such discourse reach a new height, close to absolute.¹⁶³

Words are the vehicles used for an idea to be communicated and through words ideas are formed, passing from the realm of semantics to the realm of actions. Words, especially in today's post-truth era, hold immense power, as demonstrated by the examples below, where language and action seem to be in perfect alignment.

On 9 October 2023, Yoav Gallant, who was serving as Israel's Minister of Defense at the time declared Israel was fighting "human animals"¹⁶⁴ and was going to act accordingly, "imposing a complete siege on Gaza. No electricity, no food, no water, no fuel", implying that they are subhuman and, as a result, underserving of basic necessities. On the same day, Major General Ghassan Alian, head of the Israeli Defense Ministry's Coordinator of the Government Activities in the Territories referred to the Palestinians as "human beasts" and Yoav Kisch, Minister of Education affirmed "those are animals, they have no right to exist". On October 2023, Benjamin Netanyahu, Israeli Prime Minister described the situation as "a struggle between the children of light and the children of darkness, between humanity and the law of the jungle", and in a Christmas message the prime minister mentioned the fight was being fought against "monsters".¹⁶⁵ The president of Israel, Isaac Herzog, made a statement on 15 October saying "we will uproot evil so that here will be good for the entire region and the world". In a post on X, the deputy mayor of Jerusalem, Aryeh

¹⁶² OHCHR, 2023.

¹⁶³ Rapoport, 2024; See also UN News, 2023.

¹⁶⁴ Along these lines, the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination underscored that it was "highly concerned about the sharp increase in racist hate speech and dehumanization directed at Palestinians since 7 October, particularly on the Internet and in social media, including by senior officials, politicians, members of the Parliament, and public figures, particularly the statement of 9 October made by the Israeli Minister of Defense, Yoav Gallant, in which he referred to Palestinians as "human animals", language which could incite genocidal actions". The United Nations Special Rapporteur on Violence Against Women and Girls, its Causes and Consequences also issued a statement where she "expressed alarm at the genocidal and dehumanizing rhetoric about the Palestinian people, including women and children, by top Israeli Government officials and public figures calling them "children of darkness" and mentioned statements like the one Yoav Gallant made "makes the Israeli Government's intention to destroy the Palestinian people, in whole or in part, absolutely and consistently clear"

¹⁶⁵ See Netanyahu, 2023.

Yitzhak King, invoked the biblical reference of Amalek, a reference that Israeli Prime Minister also used. On the same post, he called for the Israeli army to bury alive Palestinians captured in Gaza whom he described as not being human beings nor human animals, but being subhuman.¹⁶⁶ On 23 October, Likud MK Ariel Kallner made the following statement in a X post “The war that the Nazi Satan declared on us is a war against humanity and humaneness... Against the inhumane monster, all of humanity must stand together”. Along these lines, in an interview on Kol BaRama radio station, deputy speaker of the Knesset, Nissim Vaturi, referred to Palestinians as “scoundrels” and “subhumans”,¹⁶⁷ and used his social media to argue that “we all have one common goal – erasing the Gaza Strip from the face of the earth. Those who are unable will be replaced”. Israeli veteran, Ezra Yachin, in a motivational speech said to soldiers to “be triumphant and finish them off and don’t leave anyone behind. Erase the memory of them. Erase their families, mothers and children. These animals can no longer live”. He further said: “Every Jew with a weapon should go out and kill them. If you have an Arab neighbor, don’t wait, go to his home and shoot him”.¹⁶⁸ Naveh Dromi, a journalist, mentioned that the war “won’t end until people realize Palestinians are one big lie” and Yehuda Schelzinger, a political writer/reporter for Israel Hayoum asserted “there are no ordinary citizens in Gaza. Every adult trained to kill. Every woman is a monster. Every boy aspires to be a martyr. Every baby will grow up to be a terrorist. Wipe out, kill, destroy, destroy”. In a Sky News interview, former Israeli ambassador to the Un, Dan Gillerman, mentioned that he was “puzzled” by the concern the world was showing for the Palestinian people and described Palestinians as “horrible, inhuman animals”.¹⁶⁹ Yet, it is difficult to conceive a more malicious and dehumanizing statement than the one made by a member of the Knesset, Meirav Ben-Ari, when she said that “the children of Gaza have brought this upon themselves”¹⁷⁰, serving as a grotesque attempt to justify all the immense suffering inflicted upon children. With more than 15,000 children killed in Gaza¹⁷¹, such rhetoric reflects an absolute desensitization to the death toll of Palestinian children, underscoring the reality that a Palestinian child is “unchilded”¹⁷² from the moment they exit the womb. This is the most appalling effect of dehumanization: the belief that the subhuman will always be subhuman, as if subhumanity is an inherited condition, passed down from parents to their offspring,

¹⁶⁶ See Middle East Eye, 2023.

¹⁶⁷ See Middle East Eye, 2025.

¹⁶⁸ See Al Jazeera, 2023.

¹⁶⁹ See Middle East Eye, 2023.

¹⁷⁰ See Ofir, 2023.

¹⁷¹ OCHA, 2025.

¹⁷² Shalhoub-Kevorkian, 2019.

justifying the atrocities and blaming the scale of casualties and dehumanizing living conditions on Palestinians, who should assume the consequences of being “less than human”. Though of as animals, Palestinian are deemed to have no right to life.

A significant number of statements, as seen in the examples above, were made via X or Facebook. These platforms use algorithms designed to maximize user engagement with the platform, which results in the promotion of homogeneous content. Posts that evoke strong emotions such as fear or anger tend to attract more attention, creating echo chambers,¹⁷³ where animosity thrives. Hence, digital communication platforms allow dehumanization content to be amplified, to be propagated more quickly, reaching a wider audience and encountering less resistance.¹⁷⁴ This dynamic contradicts the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, which establish that companies have a responsibility to uphold human rights and to prevent and address any potential or actual harm. In the context of armed conflict, these obligations become especially urgent and critical, as companies face increased risks of being complicit in serious human rights violations committed by other parties and, therefore, should conduct a heightened human rights due diligence¹⁷⁵ to prevent and mitigate their involvement in such abuses.



Figure 1 – Dehumanizing post on X, by Arsen Ostrovsky, an Israeli human rights lawyer.

¹⁷³ Amnesty International, 2022.

¹⁷⁴ Deffenbaugh, 2024.

¹⁷⁵ UNDP, 2022.

Unsurprisingly, the dehumanizing rhetoric became central to South Africa's genocide case against Israel. Dehumanization did not only play a role in preparing the ground for genocide, it also drove the genocidal campaign forward,¹⁷⁶ because it played, as seen, an "ongoing dynamic role".¹⁷⁷ It is South Africa's argument that the language uttered by Israeli leaders and soldiers about Palestinians in Gaza is proof of Israel's intent to commit genocide and Lawyer Tembeka said before the Court that "the language of systemic dehumanization is evident here" and "genocidal utterances are therefore not out in the fringes. They are embodied in state policy".

The ICJ has drawn on the jurisprudence of international criminal tribunals, adopting much of their reasoning, when it comes to genocidal intent attributable to the State. "State responsibility and individual criminal responsibility are governed by different legal regimes and pursue different aims"¹⁷⁸ but, nonetheless the Court stated that it would "take account, where appropriate, of the decisions of international criminal courts or tribunals, in particular those of the ICTY".¹⁷⁹

When inferring intent, international criminal court's jurisprudence acknowledges that statements and declarations by state actors, evidence of a state plan, are in the context of specific intent highly relevant, facilitating proof of the crime.¹⁸⁰ Furthermore, as recognized by international tribunals, "the perpetrator's specific genocidal intent may be inferred from deeds and utterances".¹⁸¹ The intent can also be drawn from the broader context in which the acts occur, including indicators such as the use of dehumanizing language aimed at members of the targeted group. Therefore, when such derogatory rhetoric used by State representatives is accompanied by acts, it may form a framework from which genocidal intent can be inferred.

In fact, genocidal intent is the criteria the ICJ requires for a genocide to be committed. However, the truth is that the ICJ has shown little flexibility in inferring intention in the past.¹⁸² The ICJ has dealt with genocidal allegations in two cases: *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* (2007) and *Croatia v. Serbia* (2015) and in both cases the Court demanded that the pattern of conduct should "have to be such that it could only point to the existence of such intent":¹⁸³ "it is

¹⁷⁶ Haagensen & Croes, 2012.

¹⁷⁷ Haslam, 2020.

¹⁷⁸ ICJ, *Croatia v. Serbia*, 2015, § 129.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ ICC, *Prosecutor v. Goran Jelusic*, 2001 § 48.

¹⁸¹ ICC, *Trial Chamber III, The Prosecutor v. Mikaeli Muhimana*, 2005, § 496.

¹⁸² Gehani, 2024.

¹⁸³ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, 2007, § 373.

necessary and sufficient that this is the only inference that could reasonably be drawn from the acts in question”.¹⁸⁴

As mentioned by Judge Cançado Trindade in his dissenting opinion (*Croatia v. Serbia*) this threshold sets the bar unduly high.¹⁸⁵ Indeed, several States criticized this requirement arguing that it is “rendering the threshold for inferring genocidal intent so difficult to meet so as to make findings of genocide near-impossible”¹⁸⁶, which do not appear in line with the jurisprudence of international criminal courts.¹⁸⁷ The States also called the Court to adopt a “reasonableness criterion”, to “assess the evidence available to it comprehensively and holistically”.¹⁸⁸ Although Israel insistently claims that its sole objective is to destroy Hamas and bring the hostages home, “genocidal intent may exist simultaneously with other, ulterior motives”¹⁸⁹, otherwise that would be conflating the different legal concepts of motive and intent, as distinguished in international criminal jurisprudence.¹⁹⁰ Furthermore, as observed by judge Cançado Trindade “perpetrators of genocide will almost always allege that they were in an armed conflict, and their actions were taken ‘pursuant to an ongoing military conflict’; yet, ‘genocide may be a means for achieving military objectives just as readily as military conflict may be a means for instigating a genocidal plan’”.¹⁹¹

Regarding the standard of proof, the ICTY applied “beyond reasonable doubt” as a criminal standard. The ICJ followed a similar approach, requiring the evidence to be “fully conclusive”¹⁹² in proving that genocide was committed. However, applying the same standard of proof for individual criminal responsibility in cases involving state responsibility is not “wholly appropriate”.¹⁹³ The ICTY is a criminal court and has the mechanisms and legal framework needed to handle criminal trials while the ICJ handles disputes between states, where it is far more challenging to gather direct evidence that conclusively ties a state’s actions to genocide.

The ICJ’s previous position, imposing a high threshold for proof of genocide reduces “genocide to an almost impossible crime to determine, and the Genocide Convention to an almost dead letter” bringing impunity to the perpetrators of

¹⁸⁴ ICJ, *Croatia v. Serbia*, 2015, § 148.

¹⁸⁵ ICJ, *Croatia v. Serbia*, 2015. *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, § 467.

¹⁸⁶ ICJ, *The Gambia v. Myanmar*, *Joint declaration of intervention of Canada, Denmark, France, Germany, the Netherlands and the United Kingdom*, § 51.

¹⁸⁷ ICJ, *Croatia v. Serbia*, 2015. *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, § 467.

¹⁸⁸ ICJ, *The Gambia v. Myanmar*, *Joint declaration of intervention of Canada, Denmark, France, Germany, the Netherlands and the United Kingdom*, § 54.

¹⁸⁹ ICJ, *Croatia v. Serbia*, 2015. *Separate Opinion of Judge Bhandari*, § 50.

¹⁹⁰ See ICC, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, 2003, § 102.

¹⁹¹ ICJ, *Croatia v. Serbia*, 2015. *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, § 144.

¹⁹² ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, 2007, § 209.

¹⁹³ Gehani, 2024.

genocide.¹⁹⁴ The case brought by South Africa puts the spotlight on the conservative approach of genocidal intent adopted by the Court, offering an opportunity and a challenge for the Court to evolve its jurisprudence.

In recent years, international institutions such as the ICJ and the United Nations have come under increasing criticism for failing to uphold its rules-based international order in favor of geopolitical considerations and influences. With the ICJ set to deliver a verdict on the case brought by South Africa, the Court's credibility is at stake. The ICJ is not only delivering a case on genocide: it also finds itself on trial as the world awaits its decision. Any perceived failure to address the severity of what is happening in Gaza will affect the Court's reputation for years to come.

5.3. No room for a woman to be human: A gendered impact of the war

“The woman is an enemy, the baby is an enemy, and the pregnant woman is an enemy”.¹⁹⁵

For decades, Israel has been denying Palestinian women and girls their collective and individual rights, persecuting them not only for being Palestinians but also for being women. As a result, Palestinian women and girls face a disproportionate and very gendered impact of the occupation policy. For example, the demolition of Palestinian family homes affects disproportionately women,¹⁹⁶ particularly those who are heads of households, leading to a significant impact on their physical and psychological well-being.¹⁹⁷ Moreover, women and girls have been especially vulnerable to settler violence, often targeted in their homes during the absence of male family members. The threat of such attacks has contributed to their confinement within the domestic sphere, thereby reinforcing negative aspects of traditional gender roles.¹⁹⁸ Women and girls are also subject to violence, abuse and use of force by the Israeli security forces at checkpoints, on their daily commute, in detention centers and during night raids. However, as a result of the indiscriminate bombing campaign since 7 October 2023, we are witnessing the bloodiest and most devastating chapter in the lives of Palestinian women and girls. In Gaza, women are saying they do not feel like women anymore or that they have forgotten what it means

¹⁹⁴ Ibid., § 143.

¹⁹⁵ Middle East Eye, 2023.

¹⁹⁶ United Nations HCHR, 2022, A/HRC/49/83, § 17.

¹⁹⁷ CEDAW Committee, 2017, §§ 32 and 33.

¹⁹⁸ United Nations HCHR, 2021, A/HRC/46/63, § 11.

to be women,¹⁹⁹ showing a psychological trauma of a profound loss of identity, agency and self-expression.

In Gaza, 690,000 women and girls are menstruating, and access to menstrual hygiene is integral to women's health, dignity and privacy.²⁰⁰ In addition to the consequences of water scarcity and the lack of privacy in overcrowded shelters for IDPs, which makes women avoid eating and drinking to skip using shared toilets with men, there is a lack of menstruation supplies and the scarcity of these products has led to the increasing of prices, forcing women and girls who menstruate to make their own alternatives for sanitary pads, putting them in risk of urinary tract infections and other health complications. The menstrual cycle has thus become a source of stress for women, carrying both psychological and physical consequences. It exemplifies yet another dimension of the escalating dehumanization faced by women and girls in Gaza.

As of 14 January 2025, more than 900,000 women and girls have been displaced from their homes in Gaza and 155,000 women are either pregnant or breastfeeding.²⁰¹ The ongoing and systematic dehumanization of Palestinian women, has turned them and their wombs as something to be attacked. Notably, Rem Alsalem, the UN Special Rapporteur on violence against women and girls has warned that the reproductive violence inflicted by Israel in Palestinian women may constitute violations of the human right to life under article 6 of the ICCPR and may qualify as acts of genocide under Article 2 of the Convention on the Prevention of Genocide and article 6 of the Rome Statute, particularly by "imposing measures intended to prevent births within a group".

The psychological impact of war on pregnant women has led to premature births, stillbirths and a 300% increase of miscarriages.²⁰² In Gaza, 16,000 of pregnant and breastfeeding women are estimated to require treatment for acute malnutrition²⁰³ The use of starvation as a method of warfare²⁰⁴ has an increasingly impact on pregnant and breastfeeding women, for whom adequate nutrition and access to clean water are essential not only for the health of the pregnant person, but also for the fetus and long-term growth of the child. These challenges are further intensified by the impact of displacement, contravening the special protections expectant mothers are entitled to by IHL.

¹⁹⁹ See Humaid, 2024.

²⁰⁰ UN Women, 2024.

²⁰¹ UN Women, 2025.

²⁰² Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel, 2025, A/HRC/58/CRP.6, § 58.

²⁰³ OCHA, 2025.

²⁰⁴ See Van Dijk, 2025.

Furthermore, with hospitals becoming battlegrounds, Gaza's healthcare system, including maternal health services, is nearing total collapse. In December 2023, Gaza's largest fertility clinic was shelled, and Al-Awda Hospital, the primary facility for reproductive healthcare in northern Gaza was repeatedly targeted.²⁰⁵ Since January 2025 that emergency and newborn care is only available at seven out of eighteen partially functioning hospitals across Gaza.²⁰⁶ Because of the blockade, there is not enough of some of the most basic supplies to give birth²⁰⁷, there is very little access to medicine and women are forced to undergo a c-section without anesthesia. Some are forced to give birth on floors of overcrowded hospitals,²⁰⁸ sometimes only with the dim light of a mobile phone.²⁰⁹ And that is only if they are fortunate enough to make it to a hospital in time.

Under these inhumane and dangerous conditions, childbirth becomes a moment of trauma, a quest for survival and not a moment of joy and life – a brutal reminder that even the act of giving birth, the most human of experiences, is being stripped of its dignity. In these inhumane conditions, Israel has turned Gaza into a place for no girl to grow, no women to give birth and no child to be born.

²⁰⁵ Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel, 2025, A/HRC/58/CRP.6, § 43.

²⁰⁶ OCHA, 2025.

²⁰⁷ WHO, 2025.

²⁰⁸ UNFPA, 2024.

²⁰⁹ UN News, 2023.

6. Conclusions

The Israeli-Palestinian conflict stands as one of the most intractable geopolitical crises of our time, characterized by the multiple layers that are packed into it. It seems impossible to ascertain who's right and who's wrong as it depends on when we start measuring time. Nevertheless, one thing is clear: the conflict did not start with Israel's ongoing relentless bombardments of Gaza, reducing the Strip into rubble, nor did it begin with the heinous mass killing on October 7, 2023, when the Israeli society was left shattered with Hamas's attack.

Throughout this study, we have proven that dehumanization emerges as a "rich and complex concept"²¹⁰ that is essential to understand the theater of genocide, a crime that Israel is being accused of by South Africa at the world's court and "perhaps the most loaded term in all of international law and one with particular resonance for Israel".²¹¹ Israeli Jews should have a unique understanding of the danger of dehumanization: the Holocaust is a painful reminder of the extreme consequences of dehumanization and mirrors the unimaginable cruelty and violence humans are capable when they abandon the fundamental principles that were meant to safeguard humanity.

The devotion to "never again" became a central part in Israel's state ideology framing every threat as an existential danger. Nevertheless, the world cannot ignore the appalling destruction unfolding in Gaza, in the name of an international legal order, that was precisely erected so that such destruction would never happen again. Otherwise, we will be confronted with the long-lasting consequences of such inaction for generations to come. With certain Western governments backing up Israel with arms supply and diplomatic support and with Israel brazenly ignoring ICJ's orders, the destruction of the Palestinian people is at the blink of an eye, becoming entrenched in our lives, much like the indifferent cruelty during the Holocaust, so well portrayed in the film "Zone of Interest".

The lessons of the Holocaust should not be relegated to the past as "sealed history, but rather as a living, human reminder"²¹² that, irrespective of how hard one tries to dehumanize a people, the truth remains: they are still human beings. Yet, what is unfolding in Gaza is a failure to recognize the shared humanity we have with the other and if we cannot resist the dehumanization of the Palestinian people, we will never put an end to this atrocious human suffering.

The future might seem overwhelmingly dark and hopeless for those who believe that coexistence between Israelis and Palestinians is the only viable path

²¹⁰ Haslam, 2020.

²¹¹ Keitner, 2024.

²¹² Odeh, 2025.

forward. Yet, looking for the history of the region, it is after moments of profound crisis that opportunities for change appear.²¹³ Primo Levi once said: “an enemy who sees the error of his ways ceases to be an enemy”. That enemy is one who has come to recognize the victim’s humanity. As both sides of the conflict experience profound pain, it is with this message of hope that this study is concluded: there is a possibility for reconciliation and, ultimately, peace through the recognition of a shared humanity.

²¹³ Shehadeh, 2024.

Bibliography

- AL JAZEERA (2023, October 14). "These animals can no longer live", says Israel's oldest reservist. *Al Jazeera*. <https://www.aljazeera.com/program/newsfeed/2023/10/14/these-animals-can-no-longer-live-says-israels-oldest-reservist>.
- ALADAM, M. (2025, February 24). Senior Israeli official says all Palestinian adults in Gaza "should be eliminated". *Middle East Eye*. <https://www.middleeasteye.net/news/senior-israeli-official-says-palestinian-adults-gaza-should-be-eliminated>
- AMBOS, K. (2009, December). What does "intent to destroy" in genocide mean? *International Review of the Red Cross*. <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-876-ambos.pdf>.
- AMNESTY INTERNATIONAL (2022, February 1). Israel's apartheid against Palestinians: Cruel system of domination and crime against humanity. *Amnesty International Ltd*. <https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/5141/2022/en/>.
- AMNESTY INTERNATIONAL (2022, September 29). *Myanmar: The social atrocity: Meta and the right to remedy for the Rohingya*. <https://www.amnesty.org/en/documents/asa16/5933/2022/en/>.
- AMNESTY INTERNATIONAL (2024). "You feel like you are subhuman": Israel's genocide against Palestinians in Gaza. *Amnesty International*. <https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/8668/2024/en/>.
- ARENDT, H. (1951). *The origins of totalitarianism*. Harcourt: Brace.
- ARRANS, D., et al. (2023, December 31). Inside the tunnels of Gaza: The scale, and the sophistication, of Hamas' tunnel network. *Reuters*. <https://www.reuters.com/graphics/ISRAEL-PALESTINIANS/GAZA-TUNNELS/gkvldmzorvb/>.
- ASSI, S., FOSTER, Z. (2023, March 21). "There's no such thing as Palestinians": The ignorant bigotry of pro-Israel propagandists. *Haaretz*. <https://www.haaretz.com/israel-news/2023-03-21/ty-article-opinion/.premium/theres-no-such-thing-as-palestinians-the-ignorant-bigotry-of-pro-israel-propagandists/00000187-03b9-dde5-ab8f-23bd95600000>.
- AUDEH, R. (2023, December 13). It's not shocking to see Israeli children celebrate the Gaza genocide. *Al Jazeera*. <https://www.aljazeera.com/opinions/2023/12/13/its-not-shocking-to-see-israeli-children-celebrate-the-gaza-genocide>.
- BANDURA, A. (1999). Moral disengagement in the perpetration of inhumanities. *Personality and Social Psychology Review*, vol. 3, no. 3, pp. 193-209.
- BASHI, S., DIAMOND, E. (2015, June). Separating land, separating people: Legal analysis of access restrictions between Gaza and the west bank. Gisha. <https://gisha.org/en/separating-land-separating-people/>.
- BASSIOUNI, M. (1996). Accountability for international crimes and serious violations of fundamental human rights. *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, no. 4. Duke University School of Law.

- BEAUMONT, P. (2016, February 10). Netanyahu plans fence around Israel to protect it from “wild beasts”. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/world/2016/feb/10/netanyahu-plans-fence-around-israel-to-protect-it-from-wild-beasts>.
- BOBO, L. (2017). Racism in Trump’s America: Reflections on culture, sociology, and the 2016 US presidential election. *The British Journal of Sociology*, vol. 68, no. S1.
- CLOUD, D. (2023, December 28). How an Israeli airstrike on a Hamas commander also killed scores of civilians. *The Wall Street Journal*. <https://www.wsj.com/world/middle-east/israeli-airstrike-hamas-commander-civilian-deaths-3b6be664>.
- DANIELE, L. (2023, November 7). A lethal misconception, in Gaza and beyond: Disguising indiscriminate attacks as potentially proportionate in discourse on the laws of war. *EJIL: Talk!* <https://www.ejiltalk.org/a-lethal-misconception-in-gaza-and-beyond-disguising-indiscriminate-attacks-as-potentially-proportionate-in-discourses-on-the-laws-of-war/>.
- DANIELE, L. (2024). Incidental harm of the civilian in international humanitarian law and its *contra legem* antonyms in recent discourses on the laws of war. *Journal of Conflict & Security Law*.
- DANIELE, L., PERUGINI, N. & ALBANESE, F. (2024). *Humanitarian camouflage: Israel rewrites the laws of war to legitimize genocide in Gaza*. Institute of Palestine Studies, Washington, DC.
- DEFFENBAUGH, N. (2024, June 27). De-dehumanization: Practicing humanity. *International Review of the Red Cross*. <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2024/06/27/de-dehumanization-practicing-humanity/>.
- DROEGE, C. (2024, July 18). War and what we make of the law. *Humanitarian Law & Policy*. <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2024/07/18/war-and-what-we-make-of-the-law/>.
- DROEGE, C. (2024, September 02). “Awful but lawful” military tactics are undermining the Geneva Conventions. ICRC. <https://www.icrc.org/en/article/awful-lawful-military-tactics-are-undermining-geneva-conventions>
- DUGGAL, H. & ALI, M. (2025, January 16). Israel-Hamas ceasefire: What’s left of Gaza and its people? *Al Jazeera*. <https://www.aljazeera.com/news/2025/1/16/israel-hamas-ceasefire-whats-left-of-gaza-and-its-people>.
- ELHANAN, N. (2012 April). *Palestine in Israeli school-books: Ideology and propaganda in education*. I. B. Tauris.
- ESSAWY, R. (2024, May 3). The attainability of the evidentiary standard for genocidal intent in Gaza. *Ejil:Talk!* <https://www.ejiltalk.org/the-attainability-of-the-evidentiary-standard-for-genocidal-intent-in-gaza/>.
- FAKHRI, M. (2024, July 17). *Report of the Special Rapporteur on the Right to Food: Starvation and the right to food, with an emphasis on the Palestinian people’s food sovereignty*. United Nations. <https://docs.un.org/en/A/79/171>.
- FRANKEL, J. (2024, January 11). Israel’s military campaign in Gaza seen as among the most destructive in recent history, experts say. *AP News*. <https://apnews.com/article/israel-gaza-bombs-destruction-death-toll-scope-419488c511f83c85baea22458472a796>.
- GALTUNG, J. (1990, August). Cultural violence. *Journal of Peace Research*, vol. 27, no. 3.

- GARLASCO, M. (2024, January 2). *Legal questions answered and unanswered in Israel's air war in Gaza*. *Lawfare*. <https://www.lawfaremedia.org/article/legal-questions-answered-and-unanswered-in-israel-s-air-war-in-gaza>.
- GEHANI, B. (2024, February 16). *Is the ICJ's standard of proof for genocide unattainable?* Research Society of International Law. <https://rsilpak.org/2024/is-the-icjs-standard-of-proof-for-genocide-unattainable/>.
- GILAD, E. (2015, November 19). What Israelis call Palestinians and why it matters. *Haaretz*. <https://www.haaretz.com/israel-news/2015-11-19/ty-article/.premium/what-israelis-call-palestinians-and-why-it-matters/0000017f-e2aa-df7c-a5ff-e2faec950000>.
- GLASER, S. (1970). *Droit international pénal conventionnel*. Établissement Emile Bruylant.
- GORDON, N. & PERUGINI, N. (2020). *Human shields: A history of people in the line of fire*. University of California Press.
- GORDON, N. & PERUGINI, N. (2021, November 18). Proximate “human shields” and the challenge for humanitarian organizations. *Humanitarian Law & Policy*. <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2021/11/18/proximate-human-shields/>.
- HAAGENSEN, L. & CROES, M. (2012, August). “Thy brother’s keeper”? The relationship between social distance and intensity of dehumanization during genocide. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, vol. 7, no. 2.
- HADDAD, M. (2020, June 26). Palestine and Israel: Mapping an annexation. *Al Jazeera*. <https://www.aljazeera.com/news/2020/6/26/palestine-and-israel-mapping-an-annexation>.
- HASLAM, N. (2020). The many roles of dehumanization in genocide. In *Confronting humanity at its worst: Social psychological perspectives on genocide*. Oxford University Press.
- HAWALESHKA, D. (2024, April 19). Gaza, genocide and the world’s most heinous crime. *Al Jazeera*. <https://www.aljazeera.com/gallery/2024/4/19/gaza-genocide-and-the-worlds-most-heinous-crime>.
- HIRSCH, M. (2023, May 9). X Post. <https://x.com/MauriceHirsch4/status/1655840611704897536>.
- HUMAID, M. (2024, March 8). “I yearn for the girl I used to be”: Gaza women tell their stories. *Al Jazeera*. <https://www.aljazeera.com/features/2024/3/8/a-suffering-i-would-not-wish-on-any-woman-women-of-gaza>
- HUMAN Rights Watch. (2024, December 19). Extermination and acts of genocide: Israel deliberately depriving Palestinians in Gaza of water. *Human Rights Watch*. <https://www.hrw.org/report/2024/12/19/extermination-and-acts-genocide/israel-deliberately-depriving-palestinians-gaza>.
- ICRC REPORT. (2024). International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts. *International Review of the Red Cross*. <https://international-review.icrc.org/articles/reports-and-documents-ihl-and-the-challenges-of-contemporary-armed-conflicts-927>.
- ISRAEL Defense Forces. (2023, November 15). X Post. <https://x.com/IDF/status/1724579353193754958>.

- KEITNER, C. (2024, January 16). Understanding South Africa v. Israel at the International Court of Justice. *Lawfare*. <https://www.lawfaremedia.org/article/understanding-south-africa-v.-israel-at-the-international-court-of-justice>.
- KEITNER, C. (2024, January 26). Making sense of the ICJ'S provisional measure in South Africa v. Israel. *Lawfare*. <https://www.lawfaremedia.org/article/making-sense-of-the-icj's-provisional-measures-in-south-africa-v.-israel>.
- KELMAN, H. (1973). Violence without moral restraint: Reflections on the dehumanization of victims and victimizers. *Journal of Social Issues*, vol. 24, no. 4. pp. 25-61.
- KELMAN, H. (1999). The interdependence of Israeli and Palestinian national identities: The role of the other in existential conflicts. *Journal of Social Issues*.
- KIYADA, S., KAWOOSA, V., ARRANZ, A., SCARR, S., FARGE, E., MCDOWALL, A. (2024, October 6). Gaza in rubble and ruin. *Reuters*. <https://www.reuters.com/graphics/ISRAEL-PALESTINIANS/ANNIVERSARY-GAZA-RUBBLE/akveegbnlvr/>.
- KRESSEL, N. (1996). *Mass hate: The global rise of genocide and terror*. Plenum Press.
- LANG, J. (2017). Explaining genocide: Hannah Arendt and the social-scientific concept of dehumanization. In *The Anthem Companion to Hannah Arendt*. Anthem Press, pp. 175-196.
- LEMKIN, R. (1944). *Axis rule in occupied Europe*. Carnegie Endowment for International Peace.
- LEVINE, M. (2011, September 23). Why Palestinians have a right to return home. *Al Jazeera*. <https://www.aljazeera.com/opinions/2011/9/23/why-palestinians-have-a-right-to-return-home>.
- LEYENS, J., *et al.* (2000). The emotional side of prejudice: The attribution of secondary emotions to ingroups and outgroups. *Personality and Social Psychology Review*, vol. 4, no. 2. Lawrence Erlbaum Associates, Inc.
- LINGAAS, C. (2020). *The concept of race in international criminal law*. Routledge.
- LIS, J. (2016, February 10). Israeli lawmaker says Palestinian nation doesn't exist, because arabic doesn't have 'p'. *Haaretz*. <https://www.haaretz.com/israel-news/2016-02-10/ty-article/likud-lawmaker-no-p-no-palestine/0000017f-e0fa-d7b2-a77f-e3ff30210000>.
- MALTZ, J. (2015, March 11). What does Israel's new justice minister really think about Arabs? *Haaretz*. <https://www.haaretz.com/2015-05-11/ty-article/.premium/what-does-ayelet-shaked-really-think-about-arabs/0000017f-dc2f-df62-a9ff-dcfae240000>.
- MAOZ, I. & MCCAULEY, C. (2008). Threat, dehumanization, and support for retaliatory aggressive policies in asymmetric conflict. *Journal of Conflict Resolution*, vol. 52, no. 1, pp. 93-116.
- MIDDLE EAST EYE. (2023, December 30). Post on Instagram. <https://www.instagram.com/reel/C1elfQ7Nqeh/>.
- MIDDLE EAST EYE. (2023, December 8). Israel-Palestine war: Israeli politician calls for captured Palestinians to be "buried alive". <https://www.middleeasteye.net/news/israel-palestine-war-politician-calls-civilians-buried-alive>.

- MIDDLE EAST EYE. (2023, October 26). Another senior Israeli calls Palestinians “inhuman animals”. <https://www.middleeasteye.net/live-update/another-senior-israeli-calls-palestinians-inhuman-animals>.
- MOASWES, A. (2020, May 23). *Settler-colonialism: A process of dehumanization and evisceration*. Medium. <https://standwithkashmir.medium.com/settler-colonialism-a-process-of-dehumanization-and-evisceration-a6eco7a27df6>.
- NASIE, M. (2016). Young children’s experiences and learning in intractable conflicts. In *A social psychology perspective on the Israeli-Palestinian conflict: Celebrating the legacy of Daniel Bar-Tal* (pp. 31-46). Springer.
- NETANYAHU, B. (2023, December 24). Christmas message from PM Netanyahu. Gov.iL. <https://www.gov.il/en/pages/christmas-message-from-pm-netanyahu-24-dec-2023>
- OCHA (2025, April 30). Reported impact snapshot, Gaza strip. <https://www.ochaopt.org/content/reported-impact-snapshot-gaza-strip-30-april-2025>.
- OCHA (2025, April 23). Reported impact snapshot, Gaza strip (22 April 2025). <https://apnews.com/article/israel-gaza-bombs-destruction-death-toll-scope-419488c511f83c85baea22458472a796>.
- OCHA (2025, January 14). Humanitarian Situation Update #255 | Gaza Strip. <https://www.ochaopt.org/content/humanitarian-situation-update-255-gaza-strip>.
- ODEH, A. (2025, April 24). On holocaust remembrance day, I’m pondering how Israelis can build a different future. *Haaretz*. <https://www.haaretz.com/opinion/2025-04-24/ty-article-opinion/on-holocaust-remembrance-day-im-pondering-how-israelis-can-build-a-different-future/00000196-672f-dd34-abfe-7f6feeee0000>.
- OFIR, J. (2023, October 18). Israeli politician says “children of Gaza have brought this upon themselves”. *Truthout*. <https://truthout.org/articles/israeli-politician-says-children-of-gaza-have-brought-this-upon-themselves/>.
- OHCHR (2023, November 16). Gaza: UN experts call on international community to prevent genocide against the Palestinian people. United Nations. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-un-experts-call-international-community-prevent-genocide-against>.
- OHCHR (2023, October 13). Israel must rescind evacuation order for northern Gaza and comply with international law: UN expert. United Nations. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/10/israel-must-rescind-evacuation-order-northern-gaza-and-comply-international>.
- OKSANEN, S. (2024). *A guerra de Putin contra as mulheres: Uma história antiga de violência e opressão*. Objectiva.
- PAPPÉ, I. (2011). *The forgotten Palestinians: A history of the Palestinians in Israel*. Yale University Press.
- PERUGINI, N. & GORDON, N. (2024, July 17). A legal justification for genocide. *Jewish Currents*. <https://jewishcurrents.org/human-shields-gaza-israel-a-legal-justification-for-genocide>.

- POLAKOW-SURANSKY, S. (2024, February 1). What South Africa really won at the ICJ. *Foreign Policy*. <https://foreignpolicy.com/2024/02/01/south-africa-israel-gaza-genocide-icj-global-south-ukraine/>.
- RAPOPORT, M. (2024, August 23). Israeli society's dehumanization of Palestinians is now absolute. *+972 Magazine*. <https://www.972mag.com/dehumanization-moral-abys-israelis/>
- REUTERS (2023, March 20). Israeli minister says "no such thing" as Palestinian people. <https://www.reuters.com/world/middle-east/israeli-minister-says-no-such-thing-palestinian-people-2023-03-20/>.
- REUTERS (2023, October 22). Israel tells Gazans to move south or risk being seen as "terrorist" partner. <https://www.reuters.com/world/middle-east/israel-tells-gazans-move-south-or-risk-being-seen-terrorist-partner-2023-10-22/>.
- RICARTE, J. (2023). *The impact of protracted peace processes on identities in conflict: The case of Israel and Palestine*. Palgrave Macmillan.
- RIDGON, R. & O'KRUK, A. (2023, October 11). Maps show Gaza's population density, Israel's security Zone. *CNN*. <https://edition.cnn.com/2023/10/11/middleeast/maps-population-density-gaza-israel-dg/index.html>.
- ROESTENBURG-MORGAN, I. (2024, April 22). South Africa's deeper motives in bringing the South Africa v. Israel Case. *Human Rights in Context*. <https://www.humanrightsincontext.be/post/south-africa-s-deeper-motives-in-bringing-the-south-africa-v-israel-case>
- ROUHANA, N. & BAR-TAL, D. (1998). Psychological dynamics of intractable ethnonational conflicts: The Israeli-Palestinian case. *American Psychologist*, vol. 53, no. 7.
- RUBENSTEIN, L. (2023, December 21). Israel's rewriting of the law of war. *Just Security*. <https://www.justsecurity.org/90789/israels-rewriting-of-the-law-of-war/>.
- RUHASHYANKIKO, N. (1978, July 4). Study of the question of the prevention and punishment of the crime of genocide. *United Nations*. <https://digitallibrary.un.org/record/663583?v=pdf#files, para 59 and 61>.
- SAIF, A. (2024, October 17). How Israeli education serves the occupation and genocide in Gaza. *The New Arab*. <https://www.newarab.com/opinion/how-israeli-education-serves-occupation-and-genocide-gaza>.
- SAVAGE, R. (2013). *Patterns of prejudice*, vol. 47, no. 2. Routledge.
- SCHABAS, W. (2003). *Genocide in international law: The crime of crimes*. Cambridge University Press.
- SCHEINDLIN, D. (2025, March 20). Why don't Gazans rise up and oust Hamas? Dismantling a deeply dishonest claim. *Haaretz*. <https://www.haaretz.com/israel-news/2025-03-20/ty-article-magazine/.premium/why-dont-gazans-rise-up-and-oust-hamas-dismantling-a-deeply-dishonest-claim/00000195-b429-d5aa-a3fd-bf2dd5e90000>.
- SEMERDJIAN, E. (2024, January 24). A world without civilians. *Journal of Genocide Research*. Routledge.

- SHALHOUB-KEVORKIAN, N. (2019, August). *Incarcerated childhood and the politics of unchilding*. Cambridge University Press.
- SHEHADEH, R. (2024). *What does Israel fear from Palestine?* Profile Books Ltd.
- SMITH, D. (2011). *Less than human: Why we demean, enslave, and exterminate others*. St. Martin's Press.
- SMITH, D. (2020). *On inhumanity: Dehumanization and how to resist it*. Oxford University Press.
- STATE OF ISRAEL, Ministry of Foreign Affairs (2023, November 2). Hamas-Israel conflict 2023: Key legal aspects. *Gov.il*. <https://www.gov.il/en/pages/hamas-israel-conflict2023-key-legal-aspects>.
- STEIN, R., et al. (2023, December 21). A Times investigation tracked Israel's use of one of its most destructive bombs in South Africa. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2023/12/21/world/middleeast/israel-gaza-bomb-investigation.html>.
- THE GUARDIAN (2023, November 16). UN Commissioner says killing of Gaza civilians cannot be dismissed as "collateral damage". <https://www.theguardian.com/world/video/2023/nov/16/un-commissioner-says-killing-of-gaza-civilians-cannot-be-dismissed-as-collateral-damage-video>.
- UN Human Rights Office of the High Commissioner (2024, October 7). UN experts call for an end to the violence and accountability after a year of human suffering in Gaza. United Nations. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/10/7-october-un-experts-call-end-violence-and-accountability-after-year-human>.
- UN News (2023, 29 October). Israel-Palestine crisis has "reached an unprecedented level of dehumanization": Independent rights expert. United Nations. <https://news.un.org/en/story/2023/10/1142952>.
- UN News (2023, November 7). Interview: 5,500 women in Gaza set to give birth "in race against death". <https://news.un.org/en/interview/2023/11/1143327>
- UN News (2023, October 7). *UN experts call for an end to violence and accountability after a year of human suffering in Gaza*. <https://news.un.org/en/story/2023/10/1142952>.
- UN Women (2025, January 20). *Facts and estimates: Women and girls during the conflict in Palestine*. <https://palestine.unwomen.org/en/what-we-do/peace-security-humanitarian-response/facts-and-figures/conflict-in-palestine>.
- UN Women (2024, April). *Scarcity and fear: a gender analysis of the impact of the war in Gaza on vital services essential to women's and girls' health, safety, and dignity – water, sanitation and hygiene (WASH)*. <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2024/04/gender-alert-gender-analysis-of-the-impact-of-the-war-in-gaza-on-vital-services-essential-to-womens-and-girls-health-safety-and-dignity>.
- UN. Meetings Coverage and Press Releases (2023, October 24). Amid increasingly dire humanitarian situation in Gaza, Secretary-General tells Security Council Hamas attacks cannot justify collective punishment of Palestinian people. <https://press.un.org/en/2023/sc15462.doc.htm>.

- UNDP (2022). *Heightened human rights due diligence for business in conflict-affected contexts: A guide*. <https://www.undp.org/publications/heightened-human-rights-due-diligence-business-conflict-affected-contexts-guide>.
- UNFPA (2024, March 22). Pregnant women in Gaza forced to give birth on hospital floors. https://www.youtube.com/watch?v=1Bf_15JPUqo&t=76s.
- UNICEF (2023, December 03). Statement by UNICEF executive director Catherine Russell on the resumption of fighting in Gaza. <https://www.unicef.org/oman/press-releases/statement-unicef-executive-director-catherine-russell-resumption-fighting-gaza>
- VAN DIJK, B. (2025, 30 April). Israel, Gaza, and the starvation weapon. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/israel/israel-gaza-and-starvation-weapon>.
- VERACINI, L. (2008). Settler collective, founding violence and disavowal: The Settler colonial situation. *Journal of Intercultural Studies*, vol. 29, no. 4, pp. 368 and 369.
- WELLER, M. (2023, October 27). What international law has to say about the Israel-Hamas conflict. *The Economist*. <https://www.economist.com/by-invitation/2023/10/27/marc-weller-on-what-international-law-has-to-say-about-the-israel-hamas-conflict>.
- WHO. (2025, April 7). Healthy beginnings, hopeful futures – On world health day WHO calls for an immediate ceasefire in Gaza. <https://www.emro.who.int/media/news/healthy-beginnings-hopeful-futures-on-world-health-day-who-calls-for-an-immediate-ceasefire-in-gaza.html>.

UN Official Documents

- ALBANESE, F. (2022, September 21). Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, (A/77/356). United Nations. <https://www.ohchr.org/en/documents/country-reports/a77356-situation-human-rights-palestinian-territories-occupied-1967>.
- ALBANESE, F. (2024, July 1). Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967: Anatomy of a genocide (A/HRC/55/73). United Nations. <https://www.un.org/unispal/document/anatomy-of-a-genocide-report-of-the-special-rapporteur-on-the-situation-of-human-rights-in-the-palestinian-territory-occupied-since-1967-to-human-rights-council-advance-unedited-version-a-hrc-55/>.
- ALBANESE, F. (2024, October 1). Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967: Genocide as colonial erasure (A/79/385). United Nations. <https://www.un.org/unispal/document/genocide-as-colonial-erasure-report-francesca-albanese-01oct24/>.
- CEDAW Committee (2017, November 17). Concluding observations on the sixth periodic report of Israel. United Nations. <https://docs.un.org/en/CEDAW/C/ISR/CO/6>.

ECOSOC (2023, June 30). Economic and social repercussions of the Israeli occupation on the living conditions of the Palestinian people in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan (A/78/127–E/2023/95). United Nations. https://ecosoc.un.org/sites/default/files/2023-07/A-78-127_E-2023-95_Advance-unedited.pdf.

GUTERRES, A. (UN Secretary-General) (2023, October 02). Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem (A/78/502). United Nations. <https://docs.un.org/A/78/502>.

GUTERRES, A. (UN Secretary-General). (2023, October 25). Israeli settlements in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, and the occupied Syrian Golan (A/78/554). United Nations. <https://docs.un.org/en/A/78/554>.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. (1984). Report. United Nations. [https://docs.un.org/en/A/39/40\(Supp\)](https://docs.un.org/en/A/39/40(Supp)).

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. (2022, May 5). *Concluding observations on the Fifth Periodic Report of Israel* (CCPR/C/ISR/CO/5). United Nations. <https://docs.un.org/en/CCPR/C/ISR/CO/5>.

INDEPENDENT International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel. (2024, June 10). Detailed findings on the military operations and attacks carried out in the occupied Palestinian territory from 7 October to 31 December 2023 (A/HRC/56/CRP.4). United Nations. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session56/a-hrc-56-crp-4.pdf>.

INDEPENDENT International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel. (2024, June 14). Report (A/HRC/56/26). <https://docs.un.org/en/A/HRC/56/26>.

INDEPENDENT International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel. (2025, March 13). “More than a human can bear”: Israel’s systematic use of sexual, reproductive and other forms of gender-based violence since 7 October 2023 (A/HRC/58/CRP.6). United Nations. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2025/03/more-human-can-bear-israels-systematic-use-sexual-reproductive-and-other>.

INDEPENDENT International Fact-Finding Mission to Investigate the Implications of the Israeli Settlements on the Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights of the Palestinian People throughout the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem. (2013, February 7). Report (A/HRC/22/63). United Nations. <https://docs.un.org/A/HRC/22/63>.

OHCHR. (2024, December 31). Thematic Report: Attacks on hospitals during the escalation of hostilities in Gaza. United Nations. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/opt/20241231-attacks-hospitals-gaza-en.pdf>.

United Nations General Assembly. *Resolution 181 (II) of 29 November 1947*. [https://docs.un.org/en/A/RES/181\(ii\)](https://docs.un.org/en/A/RES/181(ii)).

United Nations General Assembly. *Resolution 194 (III) of 11 December 1948*.
<https://www.refworld.org/legal/resolution/unga/1948/en/86836>.

United Nations General Assembly. *Resolution 2672 (XXV) of 12 October 1970*.
<https://docs.un.org/en/A/RES/78/170>.

United Nations General Assembly. *Resolution 273 (III) of 29 April 1949*.
[https://docs.un.org/en/A/RES/272\(III\)](https://docs.un.org/en/A/RES/272(III)).

United Nations General Assembly. *Resolution 3236 (XXIX) of 22 November 1945*.
<https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2016/05/ARES3236XXIX.pdf>

United Nations General Assembly. *Resolution 66/158 of 27 March 2012*.
<https://docs.un.org/en/A/RES/66/158>.

United Nations General Assembly. *Resolution 75/172 of 8 January 2021*.
<https://docs.un.org/en/A/RES/75/172>.

United Nations General Assembly. *Resolution 76/150 of 5 January 2022*.
<https://docs.un.org/en/A/RES/76/150>.

United Nations General Assembly. *Resolution 78/170 of 21 December 2023*.
<https://docs.un.org/en/A/RES/78/170>.

United Nations General Assembly. *Resolution 79/163 of 19 December 2024*.
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/413/76/pdf/n2441376.pdf>.

United Nations General Assembly. *Resolution 96 (I) of 11 December 1946*.
[https://docs.un.org/en/A/RES/96\(I\)](https://docs.un.org/en/A/RES/96(I)).

United Nations HCHR. (2021, February 11). *Implementation of Human Rights Council resolutions S-9/1 and S-12/1 (A/HRC/46/63)*. United Nations.
<https://docs.un.org/en/A/HRC/46/63>.

United Nations HCHR. (2021, October 15). *Allocation of Water Resources in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem (A/HRC/48/43)*. United Nations.
<https://digitallibrary.un.org/record/3958827?v=pdf#files>.

United Nations HCHR. (2022, April 28). *Implementation of Human Rights Council resolutions S-9/1 and S-12/1. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (A/HRC/49/83)*. United Nations.
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g22/330/37/pdf/g2233037.pdf>.

United Nations HCHR. (2024, February 1). *Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan (A/HRC/55/77)*. United Nations. <https://docs.un.org/en/A/HRC/55/72>.

United Nations Security Council. *Resolution 242 of 22 November 1967*. Available:
<https://digitallibrary.un.org/record/90717?v=pdf>.

Jurisprudence

- International Court of Justice. *Advisory Opinion on Legal Consequences of The Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 2004. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040130-ORD-01-00-EN.pdf>.
- International Court of Justice. *Advisory Opinion on the Legal Consequences Arising from the Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, 2024. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-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. *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. *Croatia v. Serbia, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, 2015. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/118/118-20150203-JUD-01-05-EN.pdf>.
- International Court of Justice. *Croatia v. Serbia, Separate Opinion of Judge Bhandari*, 2015. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/118/118-20150203-JUD-01-10-EN.pdf>.
- International Court of Justice. *Portugal v. Australia*, 1995. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf>.
- International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 24 May*, 2024. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240524-ord-01-00-en.pdf>.
- International Court of Justice. *South Africa v. Israel, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 26 January*, 2024. <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, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 28 March*, 2024. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-00-en.pdf>.
- International Court of Justice. *The Gambia v. Myanmar, Joint Declaration of Intervention of Canada, Denmark, France, Germany, The Netherlands and the United Kingdom*. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20231115-wri-01-00-en.pdf>.
- International Criminal Court. *Appeals Chamber, Prosecutor v. Goran Jelusic*, 2001. <https://www.icty.org/x/cases/jelusic/acjug/en/>.
- International Criminal Court. *Appeals Chamber, Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, 2003. <https://www.icty.org/x/cases/krnojelac/acjug/en/>.
- International Criminal Court. *Trial Chamber, The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 1988. <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-96-04/MS44787R0000619822.PDF>.

International Criminal Court. *Trial Chamber III, Prosecutor v. Mikaeli Muhimana*, 2005.
<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-95-01B/MS28368R0000622132.PDF>.

Tecnologia e contratação pública

**Um novo paradigma para a otimização e desburocratização
da fase procedimental**

Vitória Pereira de Andrade

Sob a orientação do Professor Doutor
Pedro Cerqueira Gomes

Agradecimentos

A apresentação deste trabalho é o resultado de um percurso longo, assinalado por desafios e incertezas, que não teria sido possível sem o apoio e a persistência de pessoas às quais expresso o meu sincero agradecimento.

Ao meu Orientador, Professor Pedro Cerqueira Gomes, agradeço por ter, desde o início, aceitado orientar a minha dissertação de mestrado, marcada por elevado e rigoroso nível científico, bem como pela atenção despendida. Agradeço-lhe pela confiança e entusiasmo, pelos desafios colocados e pela partilha de conhecimento, que foram determinantes para a conclusão desta etapa.

Ao meu Pai, a quem devo a paixão por este ramo específico do Direito.

À minha mãe, por me orientar nas minhas escolhas e pelo apoio incondicional concedido.

Ao Dr. Durval Tiago Ferreira, agradeço o desafio e o incentivo ao meu crescimento profissional.

Aos meus Amigos, agradeço a partilha de entusiasmo durante este caminho e por o terem tornado mais fácil de concluir.

A todos, o meu sincero obrigado.

Resumo

Considerando o investimento mundial em ferramentas tecnológicas e a importância dos contratos públicos na atividade dos Estados, interligá-los configura-se como uma evolução inevitável, suscetível de acrescentar valor e trazer várias vantagens.

O nosso estudo percorre o procedimento de contratação pública, salientando a possibilidade de auxiliar as Entidades Adjudicantes através da utilização de ferramentas digitais. O nosso foco é o uso destas ferramentas como auxiliares e não como substitutos da intervenção humana.

Neste sentido, abordamos questões e desafios intrínsecos à utilização destas ferramentas digitais, bem como à necessidade da sua regulamentação.

Palavras-chave: Contratação pública digital; ferramentas digitais; plataformas eletrónicas; automatização; otimização do procedimento de contratação.

Abstract

Considering the worldwide investment in technological tools and the importance of public procurement in States' activities, linking them is an inevitable development which can add value and bring various advantages.

Our study covers the public procurement procedure, with an emphasis on the possibility of helping contracting authorities through the use of digital tools, even if the procedural stages are not fully automated.

Accordingly, we address issues and challenges intrinsic to the use of these digital tools, as well as the need for their regulation.

Keywords: Digital public procurement; digital tools; electronic platforms; automation; optimisation of the procurement procedure.

Lista de siglas e abreviaturas:

Ac.	Acórdão
Al(s).	Alínea(s)
Art(s).	Artigo(s)
AT	Autoridade Tributária
Cap.	Capítulo
CCP	Código dos Contratos Públicos
CE	Comissão Europeia
Cf.	Conforme
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPV	Common Procurement Vocabulary
Diretiva	Diretiva 2014/24/UE
DL	Decreto-Lei
EM	Estados Membros
IA	Inteligência Artificial
IMPIC	Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção
<i>In ob. cit.</i>	Em obra citada
LLM	Large Language Model
LPE	Lei das Plataformas Eletrónicas (Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto)
N.º	Número
NIPC	Número de Identificação de Pessoa Coletiva
NLP	Processamento de linguagem natural
NR	Nota de rodapé
Org.	Organização
OECD	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
P(p).	Página(s)
P. n.º	Processo número
Parg.	Parágrafo
PIB	Produto Interno Bruto
PME's	Pequenas e médias empresas
Reg.	Regulamento
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
TCE	Tribunal de Contas Europeu
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Trad. nossa	Tradução nossa

TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

Índice

Agradecimentos	2
Resumo	3
1. Delimitação do objeto e introdução ao tema	7
2. O papel da tecnologia na Contratação Pública	7
3. A tecnologia como instrumento de planeamento	15
3.1 A atividade de planeamento	16
3.2 Preparação da decisão de contratar	17
3.3 Determinação do valor do contrato e escolha do procedimento	19
3.4 A automatização do limite do art. 113.º, n.º 2 do CCP	22
4. A tecnologia como auxiliar nas decisões procedimentais	24
4.1 Análise dos impedimentos e dos documentos de habilitação	24
4.2 Automatização do ajuste direto	32
5. Conclusão	35
Bibliografia	36

1. Delimitação do objeto e introdução ao tema

Com a presente dissertação de mestrado propomo-nos a explorar a interseção entre tecnologia e contratação pública, com foco num novo paradigma de otimização e desburocratização da fase procedimental. A escolha deste tema justifica-se pela relevância dos contratos públicos no PIB dos EM da UE, que se estima ascender, em média, a 15%¹, e pelo crescente investimento mundial em ferramentas de IA². Consideramos ser fundamental mantermo-nos na vanguarda da conceção e utilização de tecnologias inovadoras, seguras e fiáveis no setor das compras públicas, em consonância com as prioridades definidas pela CE³.

O estudo inicia-se com a análise do papel da tecnologia no CCP, com foco nas estratégias da UE e nas vantagens da sua implementação. Serão apresentados mecanismos digitais adotados a nível nacional e internacional, destacando a necessidade de supervisão humana e de uma regulamentação adequada. Posteriormente, propomo-nos a interligar os trâmites do procedimento de contratação pública com o uso de ferramentas digitais, com vista à sua otimização e desburocratização. Em primeiro lugar, exploramos o seu potencial como instrumentos de apoio ao planeamento da decisão de contratar, à determinação do valor do contrato e à escolha do procedimento. Em segundo lugar, analisamos a possibilidade de automatização dos limites impostos pelo art. 113.º, n.º 2 do CCP. Em terceiro lugar, integramos estas ferramentas na fase de análise dos impedimentos e dos documentos de habilitação. Por último, avaliamos a viabilidade da automatização do procedimento de ajuste direto.

Por razões de delimitação do objeto de estudo, a presente dissertação não aborda a compatibilização com o RGPD, as questões de confidencialidade e sigilo, embora reconheçamos a sua importância neste contexto. Finalmente, apresentaremos as conclusões do estudo.

2. O papel da tecnologia na Contratação Pública

Desde 2012 que a CE tem como objetivo realizar a transição plena para a contratação pública eletrónica e colocou como meta o ano de 2016. Em concretização desse objetivo, logo em 2014, o Parlamento e o Conselho Europeu adotaram a Diretiva 2014/55/UE relativa à faturação eletrónica nos contratos públicos. Mas a visão da CE enquadrava-se num potencial mais transformador para os futuros sistemas de contratação pública: “As novas tecnologias oferecem a possibilidade de repensar

¹ J. Miranzo Díaz, 2023, p. 90.

² A. Sanchez-Graells, 2019, critica este investimento: “penso que estas tecnologias podem estar a receber uma atenção excessiva dos decisores políticos e, possivelmente, também níveis desproporcionados de investimento” (p. 6, trad. nossa).

³ European Commission, 2020.

fundamentalmente a forma como os contratos públicos e as partes relevantes das administrações públicas estão organizados. Existe uma oportunidade única para remodelar os sistemas relevantes e alcançar uma transformação digital” (COM (2017) 572 final, p. 11). E é nessa sequência que, em 4 de outubro de 2018, o Parlamento aprovou o pacote de estratégia dos contratos públicos, solicitando um maior recurso às tecnologias digitais⁴.

Na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da UE e do CPA, em especial os princípios da legalidade, prossecução do interesse público, imparcialidade, proporcionalidade, boa-fé, tutela da confiança, sustentabilidade e responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, publicidade e transparência, da igualdade de tratamento e não-discriminação⁵ (cf. art. 1.º A do CCP, art. 18.º da Diretiva⁶, art. 119.º TFUE, e art. 3.º, n.º 3 TUE). Estes princípios são “parâmetros de decisão das entidades adjudicantes em tudo quanto lhe diga respeito, desde a escolha do tipo de procedimento e densificação possível do mesmo, à condução deste, à definição do contrato e à respetiva execução” e em especial na fase pré-contratual a sua “inobservância consequenciará, as mais das vezes, a invalidade da adjudicação e do contrato celebrado”⁷.

O uso de tecnologias é, por diversas vezes, apontado como um mecanismo que permite auxiliar as Entidades adjudicantes no cumprimento destes princípios, nomeadamente dos princípios da legalidade, imparcialidade, sustentabilidade, concorrência, publicidade e transparência⁸. Nessa perspetiva, A. Sánchez García destaca, entre as vantagens associadas à utilização de tecnologias de informação e comunicação: i) o aumento da transparência e confiança na imparcialidade dos procedimentos de contratação pública; ii) a maior divulgação dos processos de adjudicação e o aumento do número de operadores económicos nos procedimentos; e iii) o aumento do conhecimento do mercado que promove a eliminação dos setores oligopolistas⁹.

De facto, são várias as soluções que um sistema de contratação pública tecnológico mais avançado pode proporcionar. Por exemplo, é possível automatizar partes do processo de contratação, incorporar no procedimento etapas de verificação da legalidade (mais auditoria e acompanhamento), utilizar dados gerados e analisados

⁴ Cf. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/34/marches-publics>.

⁵ Para aprofundar o tema dos princípios jurídicos com relevância na contratação pública consultar: A. Fernanda Neves, 2010, pp. 29-54; R. Esteves de Oliveira, 2008, pp. 51-114; P. Costa Gonçalves, 2018, pp. 132-138.

⁶ Este artigo reflete-se no art. 36.º da Diretiva 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos nos Setores Especiais. Sobre a aplicação dos princípios na Diretiva 2014/24/EU, E. de Almeida Pinto, 2022, pp. 128-134.

⁷ A. Fernanda Neves, 2010, pp. 55 e 57.

⁸ Neste sentido, S. Valaguzza, 2023, p. 7: “o processo de digitalização reforça indiscutivelmente o respeito pelos princípios gerais da ação administrativa” (trad. nossa).

⁹ Cf. Erdal 2023, vol. 4, n.º 2, pp. 131-133 (trad. nossa).

automaticamente por outras tecnologias, o que poderá ter reflexos, desde logo, nas situações de conflitos de interesses e na salvaguarda do princípio da concorrência.

Podemos encontrar reflexos deste sistema de contratação pública inovador e digital na “Estratégia Eslovénia Digital 2020”. que prevê a aplicação de “serviços inovadores baseados em dados, normas de interoperabilidade, dados governamentais abertos, direitos digitais, gestão da identidade digital e pagamentos eletrónicos para serviços públicos digitais”.

O Governo da Eslovénia priorizou a transformação digital, sem nunca desconsiderar as garantias dos cidadãos, mantendo a sua confiança^{10 11}.

Recentemente, o Governo do Luxemburgo criou uma equipa para promover a transformação digital dos serviços públicos e a integração de novas tecnologias no Estado. Assim, o Ministério da Digitalização e o Centro de TI do Governo criaram a “GovTech Lab”, que, além de identificar as necessidades públicas, dispõe de um *site* intuitivo e dinâmico¹², no qual partilha com o mercado as “*Call for solutions*”, através de duas ferramentas. Por um lado, a parceria de inovação para desenvolvimento de soluções que não existem no mercado e, por outro lado, o *SpeedUP*, para implementar rapidamente soluções já existentes. Por exemplo, entre outubro e novembro de 2024, a GovTech lançou ao mercado, na modalidade de *SpeedUP*, um estudo sobre a possibilidade de utilização de *LLM’s* dedicado às necessidades do setor público, em que o foco era a análise de documentos, pesquisa alternativa e criação de conteúdo. Ora, este avanço representa um progresso para além da base obrigatória prevista no pacote de contratos públicos da UE de 2014. Mas, tal como explicado por A. Sanchez-Graells, esta progressão é crucial, dado que permite uma análise de dados mais avançada e aumenta significativamente a disponibilidade de (melhores) dados sobre contratos públicos para fins de transparência¹³.

No nosso ordenamento jurídico, o *Guia para a Inteligência Artificial – Ética, transparente e responsável*¹⁴ associa a IA e a contratação pública à temática da eficiência.

Para assegurar melhores dados na tramitação eletrónica das compras públicas na UE, a CE criou o *E-forms*¹⁵, que se tornou obrigatório em 25 de outubro de 2023. Os *E-*

¹⁰ OECD, 2021, p. 54.

¹¹ A Estónia também tem um sistema de *e-governance* muito avançado. Para mais desenvolvimentos, vide K. Nyman Metcalf, 2022, pp. 73-82.

¹² *Govtech Lab - Luxemburgo*

¹³ A. Sanchez-Graells, 2019, p. 4 (trad. nossa).

¹⁴ P. 16, acessível em <https://bo.digital.gov.pt/api/assets/etic/95bc56-87ba-446b-9f0b-ab06e1549aao/>

¹⁵ Para mais desenvolvimentos, consultar os Reg. de Implementação da Comissão (UE) 2019/1780, 2022/2303 e 2023/2884.

Além desta plataforma, a CE também criou o *e-certis*: base de dados alimentada com informações fornecidas pelos EM que permite aos operadores saber a natureza e o conteúdo dos certificados, declarações e provas exigidas nos diferentes EM, bem como saber quais as entidades ligadas à sua emissão. E, ainda, o

forms são formulários digitais padrão usados pelas Entidades adjudicantes para publicarem os Anúncios¹⁶ no *Tenders Eelectronic Daily (TED)*, que é um portal on-line centralizado para avisos de compras públicas de toda a UE¹⁷. Estes formulários, com terminologia e padrão comuns, melhoram a qualidade e análise de dados e aumentam a capacidade de busca dos avisos de aquisição pelos operadores privados. Contudo, este tipo de anúncios tem de ser implementado e adaptado a cada sistema nacional de *E-procurement*. O Governo português já procedeu à sua personalização através da criação de 3 tipos de modelos de anúncios: modelo único de anúncio de abertura de procedimento, de hasta pública de alienação de bens móveis, e de adjudicação de serviços sociais e de outros serviços específicos. Esta harmonização pelo sistema europeu permite a utilização de um modelo de anúncio único com campos gerais e específicos, consoante o tipo de procedimento¹⁸.

O Estado português foi pioneiro na modernização administrativa e na desmaterialização dos procedimentos, mediante a implementação da tramitação eletrónica na formação dos contratos públicos¹⁹. Para tal, o legislador abriu ao mercado a criação e gestão das plataformas eletrónicas, ainda que se tratasse de um mercado com um número reduzido de operadores económicos²⁰. A utilização destas plataformas eletrónicas é obrigatória e o art. 133.º, n.º 1 do CCP exige a sua utilização para a disponibilização das peças do procedimento e apresentação das propostas pelos concorrentes, bem como para a realização de todas as notificações e comunicações (cf. arts. 467.º e 468.º do CCP e art. 61.º da LPE)²¹. A assinatura do contrato também pode ser feita por meios eletrónicos, com a aposição de assinaturas eletrónicas (cf. arts. 94.º, n.º 1 e 104.º, n.º 3, al. b) do CCP).

Contudo, nos procedimentos não concorrenciais, o legislador dispensou a utilização da plataforma eletrónica, e o art. 115.º, n.º 1, al. g) e n.º 4 do CCP permite o envio das peças do procedimento e das propostas através de um meio alternativo, escrito e eletrónico (como o *e-mail*), dado que não há a obrigação de assegurar o acesso a todos

eTranslation: serviço em linha de tradução automática de textos e documentos, entre as várias línguas da UE.

Para mais desenvolvimentos sobre as ferramentas criadas pela CE, *vide* A. Sánchez García, 2023a, pp. 138-140.

¹⁶ A publicação do anúncio visa a publicitação do interesse da entidade adjudicante em contratar e marca o ponto de viragem no procedimento. Até este momento o procedimento era apenas interno e a partir daqui os seus efeitos exteriorizam-se. A data do envio do anúncio para publicação também marca o início da contagem dos prazos procedimentais e, nos termos do art. 131.º, n.º 5 do CCP, deve ser junto ao processo o documento comprovativo da data de envio do anúncio para publicação.

Para mais detalhes, confira P. Costa Gonçalves, 2018, pp. 487-489 e 538-539.

¹⁷ Contudo, o TED é apenas para os contratos de valor superior aos limiares europeus.

¹⁸ Para mais informações sobre a medida portuguesa: Portaria n.º 318-A/2023 de 25 de outubro.

¹⁹ Neste sentido, R. Carvalho, 2019a, p. 5.

²⁰ Neste sentido, R. Carvalho, 2019a, p. 9.

²¹ Sobre a obrigatoriedade de utilização das plataformas eletrónicas, *vide* R. Carvalho, 2019a, p. 6; P. Costa Gonçalves, 2018, pp. 531-535.

os interessados, as exigências de informação e de publicidade são menores. Apesar desta dispensa, nada obsta à sua utilização nestes procedimentos, e o IMPIC já recomendou a sua adoção para melhorar a gestão centralizada da Entidade adjudicante e a transparência dos procedimentos²². Porém, esta solução pode aumentar os custos de participação para os operadores privados e, consequentemente, dificultar a participação de PMEs nos procedimentos²³. Assim, para se equacionar a obrigatoriedade da utilização de plataformas em procedimentos fechados é imprescindível simplificar a utilização da plataforma eletrónica e rever a LPE. Por exemplo, para estes procedimentos poderia ser dispensada a utilização de assinatura eletrónica qualificada, bem como a aposição de selos temporais²⁴.

Outra medida adotada para garantir o princípio da transparência e o escrutínio público foi a obrigatoriedade de divulgar os contratos públicos no portal BASE²⁵. Este portal virtual público destina-se a divulgar informação pública sobre os contratos sujeitos ao regime do CCP. A sua função é centralizar a informação sobre os contratos públicos celebrados em Portugal disponibilizada pelas Entidades adjudicantes e publicitar a sua formação e execução, de modo a que todos os cidadãos possam fazer o seu acompanhamento e monitorização.

Dado o investimento já realizado nestas plataformas, a transição da contratação pública “eletrónica” para a “digital” não deve começar do zero. O caminho é otimizar e ampliar as soluções já existentes no mercado, aprimorando-as com a inclusão de *chatbots* de assistência ao longo do procedimento, acessíveis tanto a funcionários da Entidade adjudicante quanto aos concorrentes. É o caso do assistente digital *PAIGE*, em São Francisco, que usa técnicas de aprendizagem automática de processamento da linguagem natural e atualmente responde a cerca de 1000 perguntas e tem cerca de 400 respostas que podem ser inseridas²⁶. Com estas ferramentas, é possível que, em tempo real, os concorrentes esclareçam dúvidas sobre o procedimento e sobre aspetos formais da proposta com a plataforma. Adicionalmente, podem ser incorporados mecanismos de verificação automatizada da conformidade das propostas, incluindo a validação de

²² Cf. Recomendação de boas práticas 02/2023-CCP; e P. Fernández Sánchez, 2024a, p. 962.

²³ O que seria contrário aos objetivos da UE: “Considerando (...), a plena transposição e aplicação do direito da UE, é essencial para facilitar e tornar menos dispendiosa a participação das pequenas e médias empresas em concursos públicos, no pleno respeito dos princípios da transparência e concorrência da UE” (Resolução do Parlamento Europeu (2018), sobre o Pacote de Estratégia dos Contratos Públicos).

²⁴ A necessidade de utilização dos selos temporais é um dos principais temas na utilização das plataformas eletrónicas. Cada plataforma exige que os operadores disponham de selos temporais, o que constitui um encargo e um grande custo para eles. Porém, esta exigência é contrária aos arts. 2.º, al. d) e 36.º da Lei n.º 96/2015, que regulam a interoperabilidade e a interligação entre plataformas eletrónicas. Para mais desenvolvimentos, *vide* R. Carvalho, 2019b, p. 3.

²⁵ No sentido do desenvolvimento de um Estado administrativo democrático e transparente, P. Costa Gonçalves, 2018, p. 532.

²⁶ Cf. J. Miranzo Díaz, 2023, pp. 97-98.

assinaturas eletrônicas, na hora, para garantir a segurança e a integridade do procedimento, bem como para evitar causas formais de exclusão das propostas.

Igualmente, o Portal Base poderá ser otimizado com um *chatbot*, seguindo-se o exemplo do *e-Portugal*, que já utiliza um assistente virtual. Esta ferramenta permitirá respostas instantâneas e personalizadas às solicitações ou *feedback* dos utilizadores, guiá-los-á no portal, sem intervenção humana ou tempo de espera. Para as Entidades adjudicantes, o *chatbot* permitirá coletar *insights* sobre as necessidades dos utilizadores e o Portal Base poderia ser incorporado com tecnologia de preenchimento automático de formulários, que são disponibilizados aos utilizadores via leitura e extração organizada das informações constantes das peças do procedimento e contratos. Deste modo, aumenta-se a celeridade da disponibilização das informações e sua fiabilidade, e liberta-se recursos humanos das Entidades adjudicantes.

Através destas ferramentas consegue-se avançar para um modelo mais eficiente e transparente, com otimização de recursos e redução de custos. Porém, a intervenção humana é crucial para mantermos o controlo dos resultados produzidos, em particular na IA, pois “o risco tecnológico coloca-se, no plano da ação administrativa, desde logo, nos mesmos termos em que se discute no plano da atividade privada. (...) Contudo, especificamente quanto à atividade jurídica administrativa, e por força da posição institucional do Estado com os cidadãos, a utilização das tecnologias de comunicação e informação (...) [enfrenta,] de igual modo, desafios específicos”²⁷. De imediato, a introdução de tecnologia tem de respeitar o princípio da legalidade e garantir o seu controlo judicial, sob pena de comprometer os pilares essenciais do Estado de Direito²⁸.

Por conseguinte, distinguimos dois momentos: i) recolha, análise e sistematização da informação e previsão da evolução técnica/fática; e ii) valoração jurídica e principiológica dessa informação. A tecnologia pode auxiliar a primeira, mas pode ser problemática na segunda²⁹. À partida, nada impede que a análise e sistematização da informação sejam automatizadas, especialmente em procedimentos com grande tratamento de dados, desde que monitorizáveis. O importante é que depois da tarefa algorítmica de destacamento dos “dados relevantes para a tomada de decisão se suceda uma análise (humana) da razoabilidade da sua relevância, por reporte ao fim de interesse público prosseguido (para determinar se tem conexão com tal fim e se o serve)”³⁰. Por este motivo, F. Urbano Calvão e M. Portocarrero tendem a afastar a utilização de sistemas de autoaprendizagem não supervisionada, pelo menos no procedimento

²⁷ F. Urbano Calvão e M. Portocarrero, 2023, pp. 844-845.

²⁸ Cf. *Ibidem*, p. 845.

²⁹ Cf. *Ibidem*, p. 863.

³⁰ *Ibidem*, p. 863.

administrativo^{31 32}. Também no domínio da contratação pública, J. Miranzo Díaz destaca que o grau de risco de utilização de ferramentas de IA depende do seu “contexto de aplicação, da fase do processo em que é aplicado, e o seu impacto na decisão final”³³, isto é, da capacidade humana de supervisão e de revisão da decisão³⁴.

Mas, a intervenção humana deve iniciar-se previamente, com a regulação e legislação destas ferramentas^{35 36} – é a história que o impõe. Com efeito, quando se tornou obrigatório utilizar as plataformas eletrónicas na disponibilização das peças do procedimento e na apresentação das propostas e candidaturas, também se previu como causa de exclusão a apresentação de propostas em violação do prescrito no DL n.º 143-A/2008, de 25 de julho e na Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de julho, que hoje abrangem a LPE. Em concreto, pelo facto de os documentos das propostas “não terem sido assinados com recurso a assinatura eletrónica, ou por esta não permitir verificar a qualidade ou os poderes do assinante, nem ter sido junto o correspondente instrumento de mandato, apenas ter sido aposta a assinatura necessária para a sua submissão na plataforma eletrónica, ou por a assinatura ter sido aposta num ficheiro (ou numa pasta compactada) contendo vários documentos da proposta ou da candidatura, em vez de constar de cada documento, isoladamente considerado”³⁷.

Acontece que surgiram inúmeros problemas nesta matéria, aumentando significativamente a litigiosidade no contencioso pré-contratual, a instabilidade e insegurança³⁸. Com a agravante de não existir consenso jurisprudencial e se terem formado duas correntes. Uma mais flexível, que permitia a sanção das irregularidades, e outra mais formal, que via estas formalidades como imperativas e insuscetíveis de degradação em não essenciais. Esta ambiguidade durou anos, tendo começado a ser solucionada pelo legislador em 2017, através do DL n.º 111-B/2017, onde se pode ler no

³¹ Para mais informações sobre a adoção de algoritmos determinísticos e algoritmos de autoaprendizagem no contexto do procedimento administrativo: F. Urbano Calvão e M. Portocarrero, 2010; F. Almeida, 2023, pp. 137-144.

³² Também A. Sánchez García entende que para se atingir as vantagens da utilização das tecnologias de informação e comunicação, como o aumento da participação dos operadores económicos, não é necessária uma digitalização completa ou uma automação total, sendo que as soluções de automatização determinísticas podem ser as mais úteis, acessíveis e realistas (2023, p. 127).

³³ 2023, p. 93 (trad. nossa).

³⁴ 2023, p. 96.

³⁵ Sobre a necessidade de alterar a lei administrativa para se utilizar a IA, *vide* A. Cerrillo i Martínez, 2020, pp. 17-36.

³⁶ Nas palavras de A. Sánchez García, é “necessário que a informação – desmaterializada e facilmente acessível através destes meios – e os procedimentos eletrónicos sejam adequadamente concebidos nos regulamentos (...) e, sobretudo, acompanhados pela adaptação dos quadros jurídicos tradicionais à nova realidade das TIC” (2023, p. 135, trad. nossa).

³⁷ M. Caldeira, 2020, p. 7.

³⁸ Cf. Ac. do TCAN de 22.10.2010, p. n.º 00323/10.0BECBR, de 22.06.2011, p. n.º 00770/10.8BECBR, de 17.04.2015, p. n.º 00430/14.0BEMDL, de 23.11.2018, p. n.º 00098/18.5BEAVR; Ac. do TCAS de 19.05.2016, p. n.º 13093/16, de 15.02.2018, p. n.º 322/16.9BEFUN, de 12.07.2018, p. n.º 00374/17.4BECTB, de 19.06.2019, p. n.º 2226/18.1BELSB, de 30.04.2020, p. n.º 245/19.0BEFUN; E Ac. do STA de 08.03.2012, p. n.º 01056/11, de 20.06.2012, p. n.º 0330/12, de 03-12-2015, p. n.º 01028/15, e de 27.09.2018, p. n.º 0322/16.9BEFUN 0464/18.

preâmbulo que: “entre as principais medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização, destaca-se a (...) recuperação da possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas apresentadas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público”³⁹. Assim, ficou claro que as omissões das formalidades legais exigidas deveriam ser interpretadas como meras irregularidades, sanáveis através de um convite ao aperfeiçoamento elaborado pelo júri. Em 2022, o CCP codificou esta solução no art. 72.º, n.º 3, al. c)⁴⁰.

Para sustentar esta posição relevou o princípio da boa administração, previsto no art. 5.º do CPA, como concretização do dever de a Administração Pública “prosseguir da melhor maneira possível o interesse público, a satisfação das necessidades coletivas postas a seu cargo, adotando, para o efeito, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo”⁴¹. Por diversas vezes, o conceito de boa administração é associado ao de eficiência, concretizando-se no “dever de a Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível”. Ou seja, ao atuar, a Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade. Para M. Aroso de Almeida, a *boa administração* está num plano distinto dos demais princípios gerais da atividade administrativa e deve ser vista como um “conceito jurídico” com “valor jurídico”, que permita atribuir relevância à atividade administrativa pautada por “padrões extrajurídicos de conduta, como a eficiência”⁴².

Face ao exposto, seria contrário aos critérios da eficiência, economicidade e celeridade excluir propostas por inobservância de formalidades supríveis. O princípio da boa administração implica a não exclusão de propostas que melhor satisfaçam o interesse público, ainda que pequem por alguma insuficiência formal, desde que o seu suprimento não seja suscetível de modificar o respetivo conteúdo e não desrespeite os princípios da igualdade e concorrência. Ora, estas questões podem voltar a existir numa

³⁹ Sobre o dever de encarar com prudência o apelo do legislador na revisão de 2017, *vide* J. Pação, 2020, pp. 27-61.

⁴⁰ A alteração do paradigma pelo DL n.º 78/2022, de 07 de novembro, levanta dúvidas e dificuldades de aplicação pela doutrina. G. Guerra Tavares entende que a al. c) daquele art. foi introduzida para dar resposta à falta de assinatura individualizada de cada documento da proposta. De facto, esta formalidade omitida era cumprida pela aposição da assinatura eletrónica no ficheiro da proposta no momento da sua submissão. Porém, e no seu entendimento, esta alínea amplia a possibilidade de suprimento a situações que não deveria, nomeadamente nos casos em que não é obrigatória a submissão de propostas via plataforma eletrónica, pondo em causa o princípio da igualdade de tratamento e da concorrência (2023, pp. 115-126).

Também P. Fernández Sánchez critica a opção do legislador de suprir a omissão de assinatura de quaisquer documentos constitutivos da proposta, uma vez que não se trata de uma formalidade meramente formal e é suscetível de violação do princípio da igualdade entre os operadores. Com o risco de diluir qualquer utilidade da obrigação de utilização de um certificado e assinatura qualificada, porquanto se está a renunciar à função de inalterabilidade exercida pela assinatura qualificada. Para o Autor, esta alínea só deveria ser aplicada nos casos de falta de comprovação dos poderes do signatário e desde que os documentos estivessem efetivamente assinados (2024a, pp. 291-300).

E, ainda, M. Aroso de Almeida, 2023, pp. 45-49; e P. Costa Gonçalves, 2018, pp. 770-771.

⁴¹ M. Aroso de Almeida, 2024, pp. 178-179.

⁴² Para mais desenvolvimentos sobre o tema, M. Aroso de Almeida, 2023, pp. 176-190; M. Assis Raimundo, 2015, pp. 169-207.

nova veste, mais modernizada e avançada tecnologicamente, através das ferramentas digitais auxiliaadoras do procedimento. Assim, é crucial que o legislador regule *ab initio* a sua tramitação, consequências e regime das responsabilidades que do seu uso possam advir.

Apesar de o art. 62.º, n.º 4 do CPA reconhecer genericamente o poder dos balcões eletrónicos procederem à emissão automatizada de atos certificativos, o regime da sua emissão e das garantias dos cidadãos não está regulado na lei administrativa⁴³. Ora, esta omissão pode colocar em risco os direitos dos cidadãos, logo é urgente uma regulação da utilização da tecnologia por parte da Administração Pública.

Em síntese, o Estado deve aproveitar a evolução tecnológica despoletada pelo setor privado, para progredirmos para uma contratação pública digital, com processos de contratação mais práticos, eficientes e com menor prazo de aprovisionamento. Deve-se apostar em novas ferramentas e melhorias organizacionais, como análise e tratamento de dados, avaliação de necessidades, consulta ao mercado e projeção de custos, visando-se maior valor na contratação pública⁴⁴.

3. A tecnologia como instrumento de planeamento

3.1 A atividade de planeamento

O planeamento da atividade da contratação pública promove a “eficiência, agilidade e eficácia” e é visto como a “fase-chave para o êxito da contratação pública, uma vez que minimiza os erros resultantes da falta de previsão e favorece procedimentos com apelo público à concorrência”. Neste sentido, estamos perante um afloramento do princípio da eficiência na atividade administrativa que se concretiza num “processo evolutivo e flexível que se inicia com a identificação da necessidade, do fim da aquisição e termina com a decisão de realizar a aquisição”⁴⁵.

Todavia, como salientado pelas auditorias do TCE, os decisores nacionais não têm o hábito de antecipar e prever as necessidades a seu cargo. Esta omissão é a principal causa de erros graves na contratação pública, com impacto negativo desde a fase prévia ao procedimento de adjudicação até à gestão dos contratos⁴⁶. Como consequência, podemos identificar os seguintes exemplos: “a) compras inconsistentes ou desnecessárias; b) abuso injustificado da aplicação dos procedimentos de adjudicação menos competitivos; c) negligência dos estabelecidos como objetivos estratégicos da organização; d) aumento das práticas corruptas; e) a ocorrência de problemas durante a

⁴³ Neste sentido, F. Urbano Calvão e M. Portocarrero, 2023, p. 847.

⁴⁴ Cf. A. Hlács, *et. al.*, 2024, p. 15.

⁴⁵ J. Faria Lopes, 2023, pp. 113, 140, 153 e 175.

⁴⁶ Cf. TCE, Relatório Especial n.º 10/2015, p. 23.

execução do contrato que conduzam à necessidade, se possível, da sua modificação ou, se não for possível, da sua rescisão antecipada; f) a incapacidade do mercado de apresentar propostas com os melhores preços e condições, resultando em despesas públicas mais elevadas; g) menos concorrentes a apresentar propostas para os procedimentos, logo, menos concorrência”⁴⁷. Perante este cenário, a nova abordagem da Diretiva incentiva as Entidades adjudicantes a utilizarem mecanismos de preparação e planeamento dos procedimentos⁴⁸. Somos do entendimento que as ferramentas tecnológicas podem apoiar esta evolução, por isso propomo-nos a interrelacioná-las.

A atividade de planeamento pode ser dividida em duas partes⁴⁹: a estrutura organizacional onde a decisão é tomada e o procedimento seguido para tomar a decisão. É a segunda parte, na qual é fundamental o fator temporal, que nos importa no âmbito deste trabalho. O ponto de partida é o cálculo do período temporal entre a identificação da necessidade e a celebração do contrato. De seguida, passar-se-á à determinação do período que separa a celebração do contrato do momento da sua disponibilização ao utilizador final. Desta forma, para evitar atrasos, a duração do próprio processamento interno deve ser apurada *ab initio*, de modo a antever os eventos futuros que medeiam a realidade atual e a futura.

Por sua vez, a atividade de cálculo do *timing* necessário pode ser realizada por tecnologia. De forma automática, por referência a procedimentos anteriores similares, é possível determinar o tempo exigido para aquela aquisição, melhorando-se assim o panorama global das compras públicas. Tal como explicado por J. Faria Lopes, “o planeamento atempado das necessidades aquisitivas (...) possibilita o tempo adequado para que a entidade adjudicante tramite todas as formalidades preparatórias relativas à definição do objeto do contrato, do critério de adjudicação e do modelo de avaliação, da necessária cabimentação orçamental e cumprimento de regras da despesa pública, e, ainda da integração de considerações de sustentabilidade ou da promoção de objetivos relativos à maior participação de pequenas e médias empresas”⁵⁰.

3.2 Preparação da decisão de contratar

Todos os procedimentos iniciam-se com a identificação de uma necessidade e podem culminar na realização de um novo contrato ou na renovação de um em curso. Pensemos nas situações em que é necessário atualizar um *software*, repor um inventário

⁴⁷ R. Carvalho, 2025, pp. 6-7.

⁴⁸ P. Fernández Sánchez, 2024a, p. 703.

⁴⁹ Neste sentido, J. Faria Lopes, 2023, pp. 136-137. Para R. Carvalho, existem “duas possíveis dimensões de planeamento a considerar: uma, mais ampla, que se relaciona com a atividade da entidade adjudicante; outra, mais restrita a cada procedimento de contratação pública” (2025, p. 6).

⁵⁰ J. Faria Lopes, 2023, p. 155.

de bens, ou renovar um contrato de prestação de serviços, a identificação dessa necessidade pode ser realizada por meio de ferramentas tecnológicas. O sistema determinará o tempo necessário para o procedimento de contratação e emitirá alertas sobre o dever de o iniciar. Poderá, ainda, estimar períodos do ano com maior volume de contratações, assegurando-se a calendarização das tarefas e evitando-se aquisições sem procedimento prévio e contratos ilegais. Por exemplo, na Coreia do Sul desenvolveu-se a *PPS* que é uma ferramenta de IA que determina uma previsão anual da procura de bens e serviços por parte das agências governamentais, alimentada por dados de contratos anteriores⁵¹.

Em alternativa, através de ferramentas como *chatbot* disponível no *site* da Entidade adjudicante ou uma *Civic Tech*⁵², os cidadãos poderão reportar falhas no exercício da Administração Pública, como vias públicas mal iluminadas ou em mau estado de manutenção. Estas queixas funcionam como identificação da necessidade e permitem alertar automaticamente a Entidade adjudicante, para que se inicie um novo procedimento.

Entre as várias fases da atividade de planeamento, destacamos a consulta preliminar ao mercado. O art. 35.º-A, n.º 1 do CCP dispõe que: “Antes da abertura de um procedimento de formação de contrato público, a entidade adjudicante pode realizar consultas informais ao mercado, designadamente através da solicitação de informações ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos, que possam ser utilizados no planeamento da contratação”⁵³. Esta fase facultativa permite uma maior compreensão dos riscos e oportunidades associados àquela aquisição, permite saber se a aquisição pretendida realizou de forma satisfatória necessidades similares anteriormente, se existem alternativas técnicas no mercado que satisfaçam a necessidade de forma mais eficiente, se o operador escolhido foi competitivo no preço apresentado, quais os direitos de propriedade intelectual envolvidos, bem como, o historial de performance dos potenciais cocontratantes. Tais conclusões podem ser obtidas via ferramentas digitais, através da leitura de dados fornecidos pela própria entidade, por outras Entidades adjudicantes, em plataformas como a *base.gov*, bem como pelos dados disponíveis nos mercados *on-line*⁵⁴. Dessa forma, a Entidade adjudicante poderá fundamentar melhor a sua decisão quanto ao objeto e ao fornecedor.

⁵¹ Cf. J. Miranzo Díaz, 2023, p. 96.

⁵² A *Civic Tech* é uma ferramenta que dá voz aos cidadãos e permite o reforço da democracia, uma vez que melhora as interações entre o Governo e o cidadão e vice-versa. As suas principais vantagens são o aumento da participação dos cidadãos, a melhoria da capacidade de resposta e a responsabilização do governo (cf. A. Hlács, *et al.*, 2024, p. 30).

⁵³ Na Diretiva 2014/24/EU, arts. 40.º e 41.º.

⁵⁴ Note-se que, quando as informações são recolhidas em fonte aberta, como num *site* eletrónico, não há necessidade da entidade adjudicante adotar as medidas referidas no art. 55.º-A, n.º 4 do CCP,

Embora as consultas preliminares apresentem vantagens, podem favorecer as Entidades consultadas face aos outros operadores económicos, podendo até implicar que o concorrente consultado fique impedido, nos termos do art. 55.º, n.º 1, al. i) do CCP. Para evitar esta situação, o legislador exige que as Entidades adjudicantes adotem medidas que assegurem a igualdade, transparência e concorrência entre os operadores, considerando tanto a informação partilhada com os concorrentes consultados, como o tempo disponível para preparar as propostas. Assim, o legislador, no n.º 4 do art. 55.º-A⁵⁵, sugere incluir nas peças do procedimento todas as informações trocadas nas consultas preliminares, e a doutrina sugere prazos superiores para elaboração das propostas, de forma a equilibrar possíveis vantagens temporais.

Para cumprir com estes deveres, a Entidade adjudicante precisa de um registo documental e de um rastreio fidedigno das informações trocadas durante a consulta preliminar ao mercado. De seguida, deve “i) elaborar um resumo das informações trocadas no âmbito das consultas; ii) excluir desse resumo informação que possa prejudicar os potenciais participantes na consulta no posterior procedimento, e a informação que seja considerada confidencial; iii) incluir apenas informação que possa relevar para efeitos de apresentação das propostas / candidaturas no procedimento; iv) incluir o resumo, e não todo o leque de informações trocadas, nas peças do procedimento”⁵⁶. Ora, o registo documental, o resumo das informações trocadas e a identificação da informação confidencial pode ser automatizada por meio de programas tecnológicos, e a intervenção humana apenas é necessária a final, para revisão, aquando da inclusão nas peças do procedimento. Atualmente, os algoritmos de processamento de linguagem natural (NLP) identificam informações relevantes e confidenciais com alta precisão, a questão que surge é a segurança dos dados confidenciais, mas pode ser solucionada com a adoção de medidas de segurança, como a *tokenização*⁵⁷.

Neste seguimento e no âmbito das consultas prévias, poderia ser utilizada uma ferramenta, estilo “*bidder recommender*”⁵⁸, que, a partir do anúncio do procedimento, prevê a melhor empresa para executar aquele contrato e cria um catálogo de empresas semelhantes, para as quais deverão ser enviados os convites a apresentar proposta. Contudo, é fundamental que a Entidade adjudicante não fique predisposta a considerar a primeira empresa identificada como aquela que oferece a melhor qualidade, é

designadamente a inclusão dessa pesquisa nas peças do procedimento (cf. P. Fernández Sánchez, 2024a, p. 712).

⁵⁵ Para mais desenvolvimentos sobre as medidas de tutela da concorrência a adotar, P. Fernández Sánchez, 2024a, pp. 709-720.

⁵⁶ J. Faria Lopes, 2023, pp. 244-245.

⁵⁷ Substitui dados sensíveis por *tokens* aleatórios, protegendo a informação original.

⁵⁸ Para mais desenvolvimentos sobre esta ferramenta, J. Miranzo Díaz, 2023, p. 97.

importante evitar o risco de se seguir o algoritmo “cegamente” e, conseqüentemente, de adjudicações tendenciosas.

3.3 Determinação do valor do contrato e escolha do procedimento

Por sua vez, o deficiente planeamento por parte das Entidades adjudicantes conduz à determinação incorreta do valor do contrato e, em resultado são cometidos erros graves durante a fase procedimental, tais como a escolha inadequada do procedimento pré-contratual em razão do valor (arts. 18.º a 21.º) e a divisão artificial do objeto contratual (art. 22.º). O valor do contrato, previsto no art. 17.º do CCP, é o valor máximo do benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato, o que pressupõe uma forte componente de estimativa. Por este motivo, o legislador europeu no art. 5.º da Diretiva 2014/24/EU regulamentou os métodos de cálculo da estimativa do valor do contrato⁵⁹. Na realidade, a entidade adjudicante só é capaz de estimar corretamente o valor do contrato, se consultar o mercado e adquirir informação rigorosa e completa.

A utilização de ferramentas tecnológicas pela Entidade adjudicante assegura resultados com maior fiabilidade. Por exemplo, a IA e as ferramentas de *Machine Learning* podem ser alimentadas com dados de contratos semelhantes anteriores, da Entidade adjudicante e de outras entidades, que foram partilhados em plataformas como a *base.gov*, e ser treinadas para prever os custos futuros com maior precisão, através de juizes de prognose, e identificar custos ocultos ou preços variáveis, através da deteção de padrões nos dados disponíveis⁶⁰. Ademais, é possível acompanhar a evolução daquele mercado, bem como o aumento dos custos de materiais e mão-de-obra, assegurando-se uma previsão mais precisa dos custos. Assim, reduz-se o risco de inadequação do preço base fixado e de calcular deficientemente o valor do contrato, com influência na escolha do procedimento adjudicatório.

O legislador europeu, ancorado na importância da atividade de planeamento e de abertura ao mercado, criou regras para reprimir as situações de fraude na escolha do procedimento em razão do valor, através da proibição de fracionamento ilegal dos

⁵⁹ Para uma análise extensiva do valor do contrato, P. Matias Pereira e R. Mesquita Guimarães, 2014, pp. 157-177.

⁶⁰ Defendendo esta solução no âmbito do procedimento administrativo, F. Urbano Calvão e M. Portocarrero, 2023, p. 857: “Para estas decisões pode ser também fundamental um juízo de prognose, sobre a evolução futura da própria situação, tendo em conta os dados passados e a situação presente. Ora, a análise de dados em massa pode ser realizada de modo muito mais eficiente através de sistemas de recolha, sistematização e análise de dados, e esses sistemas poderão ser capazes de gerar novos dados numa análise preditiva realizada a partir dos dados anteriores”.

No âmbito da contratação pública, J. Miranza Díaz pondera a utilização de ferramentas de IA na previsão do preço (2023, p. 96).

objetos contratuais. Caso contrário, as Entidades adjudicantes poderiam reduzir artificialmente o valor do contrato para contratar através de procedimentos menos solenes e restritivos da concorrência. Assim, o art. 22.º, n.º 1, al. b) do CCP cria sobre as Entidades adjudicantes o dever de prever os procedimentos subsequentes, o que pressupõe uma atividade de planeamento eficaz. Quando a Entidade adjudicante decide adquirir prestações do mesmo tipo através de diferentes procedimentos, suscetíveis de constituírem um único contrato, deve considerar o valor total dos preços contratuais dos contratos celebrados e o valor do contrato dos procedimentos em curso no momento da escolha do procedimento em razão do valor, quando a formação destes contratos ocorra ao longo do período de um ano e desde que, aquando do lançamento do primeiro procedimento, devesse ter previsto a necessidade de lançamento dos procedimentos subsequentes. O fracionamento dos contratos não é ilegal, a Entidade adjudicante pode optar por fracionar um contrato e adotar vários procedimentos adjudicatórios para cada contrato fracionado, mas, nesse caso, terá de somar o valor de cada contrato e considerar o valor global na escolha do procedimento para cada contrato fracionado. Sem prejuízo, das situações de valor reduzido que caibam na exceção do art. 22.º, n.º 2 do CCP⁶¹.

Vejamos, como exemplo, o Ac. Comissão / Espanha⁶². Neste caso, Espanha tinha um projeto de saneamento para Saragoça que foi dividido em diferentes contratos. A Comissão entendia que o objeto do contrato foi artificialmente dividido para fugir à aplicação da Diretiva e Espanha argumentava que os projetos eram independentes. Por sua vez, o Tribunal Geral deu razão à Comissão e evidenciou que não é suficiente a função técnica diferente de cada projeto, sendo crucial considerar o objetivo último dos trabalhos: a melhoria global da rede de saneamento⁶³. O fim era um, logo os trabalhos deviam ter sido tratados de forma unitária, com aplicação das regras de agregação do valor. Como indícios de unicidade, destacam-se os seguintes critérios: “o contrato que se pretende celebrar sirva uma mesma função técnica ou económica que o(s) outro(s) contrato(s) com o qual(is) se relacione, no sentido de interligação física entre o resultado dos trabalhos proposto”; ou “o contrato a celebrar sirva uma mesma finalidade comum que outro(s) contrato(s) com o qual(is) se relacione, resultante da forma como a entidade adjudicante configura e expressa a sua única necessidade de aquisição”^{64 65}.

⁶¹ Para aprofundar o tema, *vide* M. Caldeira, 2021, pp. 71-84.

⁶² Ac. do Tribunal Geral, Comissão/Espanha, de 11 de julho de 2013, proc. T-358/08.

⁶³ *Vide*, par. 82.

⁶⁴ J. Faria Lopes, 2023, p. 304.

⁶⁵ Sobre a diferença entre a adjudicação por lotes, prevista no art. 46.º-A do CCP e a divisão em lotes referida no art. 22.º do CCP, *vide* M. Assis Raimundo, 2013, p. 743, NR. 2220; e L. Verde de Sousa, 2017, pp. 70-71. Destacamos também a possibilidade de a IA assistir na divisão dos lotes, na sua dimensão e configuração.

Em suma, é no momento da identificação da necessidade que a Entidade adjudicante deve relacionar os procedimentos passados e as necessidades futuras, de forma a interligar o contrato pretendido com outros que sirvam a mesma finalidade. Ora, esta relação pode ser identificada por tecnologias de “*if-then*”, em que o sistema deteta uma ligação entre a atual necessidade e a finalidade de um contrato anterior, ou que existe uma relação técnica ou económica com outro contrato e, então, alerta para o dever de se aplicar as regras de agregação do valor do contrato na escolha do procedimento⁶⁶. O sistema também poderá detetar uma ligação entre a necessidade atual e uma futura, através de juízos de prognose resultantes da atividade de planeamento, e então alerta para o dever de se adotar *ab initio* um único procedimento, com diminuição da despesa pública.

3.4 A automatização do limite do art. 113.º, n.º 2 do CCP

Nos procedimentos restritivos da concorrência, como o ajuste direto e a consulta prévia, o legislador teve o cuidado de assegurar que a Entidade Adjudicante não tem a liberdade de contratar recorrentemente com o mesmo operador económico, sob pena de criar relações de dependência com determinadas empresas. Assim, através da limitação prevista no art. 113.º, n.º 2 do CCP, assegura-se que os agentes económicos alternam no acesso ao mercado público⁶⁷.

Inicialmente, este regime foi pensado para o procedimento de ajuste direto, mas em 2017 o legislador alargou a proibição ao procedimento de consulta prévia⁶⁸. O campo de aplicação da limitação da escolha do operador económico, além de incidir apenas sobre os procedimentos referidos, adotados em função do valor do contrato, também se restringe aos contratos de empreitada de obras públicas, aquisição de bens móveis, aquisição de serviços e locação⁶⁹. Por fim, a impossibilidade de convidar a mesma entidade só é aplicável quando o preço contratual acumulado das propostas adjudicadas no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores já tiver atingido o

⁶⁶ Sobre a utilização da tecnologia no procedimento administrativo, F. Urbano Calvão e M. Portocarrero, 2023, pp. 848 e 852: “algoritmo determinístico, em que o sistema é desenhado para que com os mesmos pressupostos ou dados (inputs) se produzam exatamente os mesmos resultados (outputs). Este tipo de automatização quadra bem com a emissão de atos totalmente vinculados à lei, e em que, por conseguinte, através de regras previamente formuladas a partir dos dados legais, com base em pressupostos vinculados, se mimetiza o que seria a mera verificação dos factos para a obtenção de resultados previamente definidos e que decorrem da lei. (...) no caso de procedimentos em que o regime aplicável conceda alguma discricionariedade ao órgão competente, mas em que este seja capaz de proceder a uma standardização das situações e dos critérios decisórios, permitindo, em consequência, a automatização das decisões por meio de algoritmos determinísticos”.

⁶⁷ Cf. J. Lamy da Fontoura, 2018, pp. 39 e 45, respetivamente.

⁶⁸ Nesta altura, levantou-se o problema de saber se se eliminava o “histórico” de convites ou se se atendia a esses contratos, sendo que a doutrina maioritária era a favor da não desconsideração do histórico. Para aprofundar este tema, vide L. Verde de Sousa e M. Nobre, 2018, pp. 43-54.

⁶⁹ Cf. art. 19.º, als. c) e d), e art. 20.º, n.º 1, als. c) e d).

limiar de referência antes da decisão de formulação do convite à apresentação de nova proposta. Mas, ressalva-se que, se tem entendido que a contabilização dos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia não deve ser feita de forma conjunta, uma vez que cada um dispõe de limiares próprios⁷⁰.

Surge a dúvida de saber de que forma se delimita o universo de contratos celebrados com o mesmo operador económico, para efeitos de calcular o limite. Para o IMPIC, a contabilização é feita apenas em função da entidade e não do código CPV das prestações em causa⁷¹. Também P. Costa Gonçalves *et. al.* entendem que existem “duas categorias de contratos, sendo certo que uma das categorias agrega tipos de contratos diversos: empreitadas de obras públicas, por um lado (contratos do art. 19.º), contratos de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, por outro lado (contratos do art. 20.º)”⁷². Por outro lado, J. Lamy da Fontoura considera que esta visão é restritiva, pois “não se vê por que motivo substancial devesse a medição da admissibilidade da contratação reiterada de empreitadas públicas ser autonomizada sem que o mesmo se verificasse relativamente aos demais tipos de contrato”. Para o autor, a lei deve ser interpretada “no sentido de o preço contratual acumulado nele referido se reportar aos das propostas adjudicadas anteriormente a dado operador tendo em vista a celebração de cada um dos tipos contratuais que nele relevam”⁷³. No mesmo sentido, L. Verde de Sousa e M. Nobre entendem que o legislador não pretende que “no caso do art. 20.º seja contabilizado, em conjunto, o valor dos contratos de locação ou aquisição e bens móveis e os contratos de aquisição de serviços (...) surgem agrupados no art. 20.º porque partilham o mesmo limite de valor e não porque o legislador tenha pretendido, para efeitos da aplicação do disposto no n.º 2 do art. 113.º, que o valor destes diferentes tipos contratuais seja somado em si”⁷⁴.

Face ao exposto, conclui-se que a aplicação do limite suscita dificuldades, pelo que devemos procurar formas de auxiliar a Entidade adjudicante. Uma solução poderá ser munir as Entidades de um *software* de armazenamento dos contratos e leitura dos seus dados. Esta tecnologia classificará os contratos em diferentes categorias, e agrupá-los-á

⁷⁰ Neste sentido, Orientação Técnica do IMPIC n.º 01/CCP/2018 e M. Olazabal Cabral, 2018, p. 49. Porém, partilhamos da opinião de M. Lorena de Brito: “desta forma, a automatização dos limites correspondentes ao ajuste direto e à consulta prévia conduz a um aumento do limite de possíveis *adjudicações à mesma* entidade em procedimentos pré-contratuais fechados, efeito que não parece corresponder ao pensamento legislativo e aos objetivos que presidiram à criação da consulta prévia. Esta solução (...) permite que uma entidade que já tenha atingido os limites da consulta prévia possa, ainda assim, ser beneficiada com ajustes diretos, o que constituiu um aparente contrassenso de difícil compatibilização com os princípios consagrados no artigo 1.º-A, n.º 1 do CCP” (2018, p. 53). Em igual sentido, P. Costa Gonçalves, L. Lopes Martins, B. Azevedo (2018), p. 58.

⁷¹ Cf. Orientação Técnica n.º 01/CCP/2018.

⁷² P. Costa Gonçalves, L. Lopes Martins, B. Azevedo, 2018, p. 55. No mesmo sentido, J. Amaral Almeida, 2017, p. 3.

⁷³ 2018., pp. 40-42.

⁷⁴ 2018, p. 46, NR 15.

por operador económico, considerando o procedimento adotado. E ainda de forma automatizada, o *software* identificará o período temporal em que os contratos foram adjudicados e qual o preço contratual acumulado até à data⁷⁵. Mas, para aqui chegarmos, é preciso ultrapassar um prévio obstáculo – o formato dos dados disponíveis e a forma como estes podem ser acedidos e processados. Atualmente, a grande maioria da informação contratual é disponibilizada de forma não estruturada, o que prejudica a obtenção de informação e, conseqüentemente, aumenta os custos e reduz a eficiência dos sistemas adotados. Assim, antes da utilização de uma ferramenta de leitura e gestão dos contratos, é importante que as informações relevantes e os seus dados sejam publicados em formatos abertos e reutilizáveis⁷⁶.

Num segundo momento, após o *software* agrupar os contratos e analisar os seus dados, deverá ser capaz de detetar que se atingiu o limite do art. 113.º, n.º 2 do CCP. A partir desse momento, aquele operador económico ficará “bloqueado”, e impedido de ser convidado a apresentar proposta. Esta capacidade de o *software* detetar o limite e bloquear o convite àquela entidade pode ser conseguido através de uma tecnologia *if/then*.

4. A tecnologia como auxiliar nas decisões procedimentais

No domínio dos contratos públicos, a sinergia entre as ferramentas digitais e o bom funcionamento da Administração Pública é marcada pela “digitalização integral dos procedimentos e a interoperabilidade das plataformas, de acordo com o princípio da unicidade dos dados, documentos e informações apresentados às entidades adjudicantes”⁷⁷. Como vimos a digitalização e a utilização da IA, só por si, acrescentam valor ao procedimento pré-contratual, mas podem ainda ser utilizadas para melhorar o intercâmbio de informações entre a Administração Pública e contribuir para uma partilha de boas práticas. “Prosseguir nesta direção reforçará também o princípio da reutilização, segundo o qual a administração pública, confrontada com um problema específico, deve beneficiar do trabalho das outras entidades, através da partilha de experiências e soluções”^{78 79}.

⁷⁵ Estes objetivos podem ser atingidos através da tecnologia *machine learning*, com recurso a algoritmos de NLP.

⁷⁶ Neste sentido, J. Miranzo Díaz, 2023, p. 91.

⁷⁷ S. Valaguzza, 2023, p. 7, NR 2 (trad. nossa).

⁷⁸ S. Valaguzza, 2023, p. 10 (trad. nossa).

⁷⁹ Com o objetivo de aumentar os benefícios da reutilização de dados e a interoperabilidade, o Governo luxemburguês lançou ao mercado um estudo sobre a viabilidade de disponibilizar o conteúdo das organizações do setor público através de dados abertos reutilizáveis – <https://govtechlab.public.lu/en/call-solution/2022/speedup-openweb.html>.

4.1 Análise dos impedimentos e dos documentos de habilitação

Quando as Entidades adjudicantes vão ao mercado, o seu apelo dirige-se a uma categoria aberta e indeterminável de destinatários. Atentemos nas seguintes palavras de R. Esteves de Oliveira: “(...) a proibição ou limitação de acesso dos operadores económicos aos procedimentos de contratação pública, que é um sector dominado pelo paradigma da concorrência e que tem no mercado o seu suporte, suscita, quase por natureza, diríamos, questões juridicamente delicadas. Se mais não fosse, porque o tal princípio da concorrência não é de sentido único, apontando, a um tempo, para a maior concorrência possível (arvorando-se num princípio ‘favor participationis’) e, a outro, para uma concorrência sã, sem condições que a falseiem.”⁸⁰. De forma a prosseguir o último objetivo, os legisladores europeu e nacional criaram um requisito negativo de participação, restringindo o universo de possíveis destinatários dos procedimentos. Realce-se que, como requisito negativo, os impedimentos devem “limitar-se ao mínimo necessário ou indispensável para a tutela dos interesses públicos que visam satisfazer. (...) Em concreto, essa apreciação deve destinar-se a demonstrar que tal impedimento é necessário ou imprescindível para a prossecução de um entre dois interesses públicos relevantes: i) A proteção da igualdade e da concorrência entre os diversos participantes; ou ii) A confirmação da idoneidade do potencial co-contratante da entidade adjudicante”⁸¹.

Os impedimentos dizem respeito a factos verificados em qualquer fase do procedimento, logo as proibições de participação no procedimento estendem-se desde a fase de apresentação da proposta até à conclusão do procedimento, onde a Entidade adjudicante se vincula “a adjudicar a melhor proposta, independentemente do seu autor, desde que esse autor venha a comprovar posteriormente que dispõe da habilitação legal para executar o contrato”⁸². Ou seja, é após a adjudicação que a Entidade exige, em regra⁸³, ao adjudicatário a apresentação dos documentos necessários a comprovar que reúne as condições legalmente requeridas para executar o contrato (documentos de habilitação⁸⁴). Estes documentos previstos no art. 81.º do CCP referem-se à idoneidade

⁸⁰ 2011, p. 90.

⁸¹ P. Fernández Sánchez, 2024b, pp. 6-7; Ac. TJUE Proc. C-538/07; C-305/08; C-358/12.

⁸² P. Fernández Sánchez, 2024b, pp. 590.

⁸³ Apesar deste adiamento, o art. 59.º, n.º 4 da Diretiva salvaguarda que “a autoridade adjudicante pode solicitar aos proponentes e candidatos a apresentação da totalidade ou de parte dos documentos comprovativos, a qualquer momento do procedimento, se entender que tal é necessário para assegurar a correta tramitação do procedimento”. Também na nossa jurisprudência: Ac. STA de 14-01-2021 (P. n.º 0955/19.1BEAVR); Ac. TCA Norte de 05-02-2021 (P. n.º 00233/20.3BECTB) e de 11-02-2022 (P. n.º 01296/21.0BEPRT); e Ac. TCA Sul de 23-06-2022 (P. n.º 174/21.7BEALM).

⁸⁴ No âmbito do Direito dos Contratos Públicos, o campo dos documentos de habilitação é um campo problemático, alvo de grande litigiosidade e discussão, principalmente se o contrato envolver subcontratação. Há documentos que obrigatoriamente têm de ser apresentados e outros que dependem do

do adjudicatário e servem para demonstrar que é digno de confiança para celebrar um contrato público, pelo que estão intimamente interligados com os impedimentos previstos no art. 55.º do CCP.

Assim, a verificação destes impedimentos pelas Entidades adjudicantes implica um critério rigoroso, não arbitrário, garantindo-se a igualdade dos participantes. Este poder-dever pode ser auxiliado por tecnologias, ainda que, neste âmbito, o seu campo de impacto positivo seja limitado. Acontece que, os impedimentos têm diferentes naturezas e, consequentemente, apresentam entraves diversos na fiscalização e na automatização. Neste trabalho, o nosso foco não é a diferente natureza dos impedimentos, mas sim a (im)possibilidade de automatizar o seu controlo, em auxílio da fiscalização realizada pelas Entidades adjudicantes.

Há impedimentos que estão associados a uma carga de subjetividade e de discricionariedade da Entidade pública muito elevada o que, a nosso ver, impossibilita a automatização da sua verificação. Referimo-nos ao impedimento previsto na al. k), do n.º 1 do art. 55.º relativo a situações de conflito de interesses que não possam ser resolvidas por outras medidas menos gravosas; ao impedimento previsto na al. i) ligado à posição de vantagem obtida por prestar assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento; e, por fim, ao impedimento da al. j), nas situações em que o concorrente influenciou indevidamente a decisão de contratar ou obteve informações confidenciais.⁸⁵

Não obstante, a verificação dos impedimentos que não dependem exclusivamente de juízos de valor do órgão competente para a decisão de contratar pode ser operacionalizada por ferramentas algorítmicas, ainda que variando o seu grau de automatização. Os impedimentos previstos nas als. a), b), c), d), e) e h) do n.º 1 do art. 55.º permitem uma grande interoperabilidade entre a Administração Pública, sem prejuízo das garantias previstas no RGPD.

A al. a) proíbe a participação em procedimentos pré-contratuais de entidades que se encontrem em estado de insolvência, declarada por sentença judicial, em fase de liquidação, dissolução ou cessação de atividade, sujeitas a qualquer meio preventivo de liquidação de patrimónios ou em qualquer situação análoga, ou tenham o respetivo

tipo de contrato e/ ou da sua previsão nas peças do procedimento. No momento, da entrega dos documentos de habilitação, as Entidades adjudicantes devem interligar as soluções previstas nos arts. 81.º e ss. do CCP com a Portaria n.º 372/2017.

⁸⁵ Ainda assim, a CE criou uma ferramenta, denominada de *Arachne*, destinada a identificar projetos em que exista risco de conflito de interesses, a identificar eventuais situações de fraude e de manipulação de contratos. Trata-se de uma ferramenta de gestão de *big data* que se alimenta de dados tratados com base em indicadores de risco. Porém, atualmente só pode ser utilizada por entidades que gerem fundos estruturais. Para mais informações sobre esta ferramenta, J. Miranzo Díaz, 2023, pp. 98-100.

Também R. Carvalho defende que “a IA é uma ferramenta poderosa dada a celeridade de análise de dados, para deteção de padrões que podem indiciar práticas ameaçadoras da concorrência, conluio entre concorrentes, práticas económicas de dumping fraude, etc.” (2025, p. 13).

processo pendente, salvo quando se encontrem abrangidas ou tenham pendente um plano de recuperação de empresas, judicial ou extrajudicial. Este impedimento tem carácter objetivo, não carece de valoração por parte da Entidade adjudicante. Em consonância, P. Fernández Sánchez esclarece que “as entidades adjudicantes não obtêm uma margem de avaliação quanto a saber se existem ou não indícios de que o estado de insolvência ou as situações similares são compatíveis com a manutenção de uma aptidão do operador económico para o exercício das atividades objeto do contrato. Pelo contrário, as situações objetivas descritas na alínea a) desencadeiam uma presunção inilidível”⁸⁶.

Ademais, tanto a declaração de insolvência como a sentença judicial são obrigatoriamente registadas e publicitadas no portal *citius, justiça.gov*, ficando, assim, disponíveis em fonte aberta. Por conseguinte, este é um dos impedimentos cujo controlo pode ser eficazmente auxiliado por ferramentas de IA. Para ilustrar, imagine-se um algoritmo de NLP alimentado por dados dos referidos portais, treinado para identificar termos relacionados com este impedimento, tais como “insolvência”, “liquidação”, e para cruzar estes dados com as informações do participante no procedimento. Deste modo, se os portais contiverem as expressões “declaração de insolvência” ou “falência”, em conjunto com o nome ou NIPC do participante, *então* há uma potencial situação de impedimento e o algoritmo gera um alerta.

Consideramos que estes alertas devem funcionar como meros indícios, e não como decisões definitivas, de forma a mitigar a ocorrência de juízos erróneos e injustos. Esta ferramenta, enquanto auxiliar da Entidade adjudicante, permite otimizar a alocação de recursos humanos, direcionando-os apenas para a verificação do impedimento.

Em Portugal já houve desenvolvimentos tecnológicos na verificação de impedimentos: o Portal Nacional de Fornecedores do Estado⁸⁷, lançado pelo IMPIC em 2021. Este portal eletrónico visa simplificar e agilizar a verificação de impedimentos à contratação previstos no CCP, designadamente os previstos no art. 55.º, n.º 1, als. b), d), e) e h), e a situação contributiva para efeitos de pagamentos na fase de execução contratual, dispensando o adjudicatário da apresentação destes documentos na fase de habilitação, nos termos do art. 81.º, n.º 10 do CCP. Deste modo, mediante consentimento expresso do participante, o portal agrega a sua informação, relativa à sua situação tributária perante a AT, à sua situação contributiva perante a Segurança Social e à sua idoneidade e dos respetivos titulares dos órgãos de administração, direção ou gerência, relativamente à situação criminal.

⁸⁶ P. Fernández Sánchez, 2024b, p. 34.

⁸⁷ O DL n.º 72/2018, de 12 de setembro cria e regula este Portal.

Também os impedimentos previstos nas als. d), e)⁸⁸ e h) do CCP são de natureza objetiva, não requerem valorações discricionárias por parte da Entidade adjudicante, pelo que são de aplicação automática. Assim, torna-se viável a criação de uma interoperabilidade perfeita entre o IMPIC (via Portal de Fornecedores) e as Entidades adjudicantes e a emissão automática de alertas de impedimento, desde que se salvaguardem as garantias previstas no RGPD.

Contudo, o impedimento previsto na al. b)⁸⁹ referente à condenação por crime que afete a honorabilidade profissional⁹⁰ apresenta um desafio distinto. Este conceito indeterminado exige uma valoração subjetiva, uma vez que depende se o crime compromete a honra e a reputação do agente, considerando a sua profissão, o que limita a automatização. Não obstante, é possível desenvolver um algoritmo capaz de identificar os crimes tipicamente associados à afetação da honorabilidade profissional⁹¹. Nestas situações, será gerado um alerta preliminar, para que a Entidade adjudicante confirme a informação e realize a valoração subjetiva sobre a afetação (ou não) da honorabilidade profissional⁹². Neste contexto, a ferramenta funcionará como um apoio à decisão, mas nunca em substituição da avaliação humana.

Relacionado com o dever de preencher conceitos indeterminados, a al. c) do n.º 1 do art. 55.º do CCP estabelece que o operador económico sancionado administrativamente por falta grave em matéria profissional está impedido de participar no procedimento. Apesar de, neste caso, ser suficiente a aplicação da sanção administrativa, com dispensa da sentença transitada em julgado, a automatização da sua verificação apresenta limitações acrescidas. Tais como, a competência de diversas entidades administrativas para sancionar condutas em matéria profissional, como as associações profissionais, e a falta de publicidade destas sanções. Porém, nos casos em que as sanções administrativas sejam publicadas⁹³, a ferramenta pode alertar para a

⁸⁸ Para mais desenvolvimentos sobre os impedimentos previstos nas als. d) e e), P. Fernández Sánchez, 2024b, pp. 47 e ss.

⁸⁹ São quatro os pressupostos cumulativos para a verificação deste impedimento: “i) A pessoa coletiva (ou o titular dos seus órgãos sociais) que pretende participar no procedimento deve ter sido condenada pela prática de um crime”; ii) O crime deve afetar a sua honorabilidade profissional; iii) A sentença que determinou essa condenação já deve ter transitado em julgado; iv) Ainda não pode ter ocorrido a reabilitação quanto ao crime” (Cf. P. Fernández Sánchez, 2024b, p. 38).

O último requisito, também aplicável ao impedimento previsto na al. h), levanta a questão da duração máxima do impedimento e qual o momento a partir do qual se conta esse período. Para mais desenvolvimentos sobre este tema: P. Fernández Sánchez, 2024b, p. 43; Ac. TJUE, C-124/12; e Ac. do TCAS, de 19-12-2023, p. n.º 2508/22.8BELSB.

⁹⁰ Para aprofundar o conceito de honorabilidade profissional, P. Fernández Sánchez, 2024b, p. 39. Por sua vez, M. Esteves de Oliveira e R. Esteves de Oliveira: “a proibição de participação, ao contrário do que a norma aparenta, não decorre automaticamente do CCP, sendo necessário que haja sido aplicada ao impedido, como pena acessória para determinado crime, a proibição do exercício da profissão em causa” (2011, p. 503).

⁹¹ Com exemplos de tipos legais de crime, P. Fernández Sánchez, 2024b, p. 40.

⁹² Sobre a carga de subjetividade, Proc. T-175/2.

⁹³ Por exemplo, as sanções da Autoridade da Concorrência são publicadas em fonte aberta: <https://extranet.concorrenca.pt/PesquisAdC/SearchNew.aspx?IsEnglish=False>

existência de sanção, permitindo à Entidade adjudicante confirmar a sua aplicação, tecer juízos subjetivos e valorativos sobre a afetação da honorabilidade profissional e, subsequentemente, tomar a decisão final.

Adicionalmente, existem sanções acessórias de proibição de participação em procedimentos de contratação pública, previstas em legislação especial⁹⁴, aplicáveis durante o período determinado na decisão condenatória (al. f) do n.º 1 do art. 55.º do CCP). O legislador nacional condicionou a aplicação do impedimento à imposição de uma sanção acessória por uma autoridade reguladora competente, dotada de autonomia para avaliar o impedimento de um operador económico (como a Autoridade da Concorrência). Todavia, a al. c) do n.º 4 do art. 57.º da Diretiva atribui às Entidades adjudicantes uma prerrogativa autónoma e individual, com uma ampla margem discricionária, para analisarem se os factos ilícitos cometidos se subsumem neste impedimento, independentemente da aplicação de uma sanção por uma autoridade reguladora⁹⁵. Recentemente, no caso de Infraestruturas de Portugal⁹⁶, o TJUE clarificou que o direito da UE se opõe a uma legislação nacional que atribua exclusivamente à Autoridade da Concorrência a competência para decidir sobre a exclusão de operadores económicos de procedimentos de contratação pública por violação das regras da concorrência, cabendo apenas à Entidade adjudicante a apreciação da integridade e fiabilidade dos participantes. Perante o exposto, considerando a subjetividade inerente e o dever de fundamentação acrescido imposto pela jurisprudência europeia, a automatização da verificação deste impedimento fica significativamente comprometida.

Dentro do CCP, o art. 460.º, n.º 1, confere ao IMPIC a competência para aplicar ao infrator uma sanção de proibição de participar, quando a gravidade da infração e a culpa do agente o justifiquem. Adicionalmente, o art. 464.º-A atribui ao IMPIC a competência para aplicar uma sanção de proibição de participação, pelo prazo de um ano, às entidades em incumprimento contratual, nos termos aí definidos⁹⁷. Estas sanções são obrigatoriamente publicadas no portal dos contratos públicos, ficando disponíveis em fonte aberta (cf. art. 464.º-A, n.º 3). Em conexão com estas sanções, a revisão do CCP em 2017 introduziu um novo impedimento: *bad past performance* (art. 55.º, n.º 1, al. l)⁹⁸. Este impedimento concretiza-se numa reação ao mau desempenho anterior de um operador económico na execução de um contrato público, e encontra respaldo no art. 57.º, n.º 4, al. g) e no §101 da Diretiva. A sua aplicação pressupõe que o incumprimento

⁹⁴ Ex. art. 71.º, n.º 1, al. b) da Lei n.º 19/2012.

⁹⁵ Neste sentido, P. Fernández Sánchez, 2024b, p. 52.

⁹⁶ C-66/22, de 21-12-2023, par. 73 e 75. No nosso ordenamento, *vide* o Ac. do STA de 25-01-2024, p. n.º 0690/19.0BEALM.

⁹⁷ Para mais esclarecimentos sobre a sanção e o seu procedimento, *vide* F. Batista, 2019, pp. 91 e 92.

⁹⁸ Para aprofundar os seus pressupostos de aplicação, *vide* P. Fernández Sánchez, 2024b, pp. 63-74.

do cocontratante originou consequências graves, materializadas na resolução sancionatória do contrato ou na aplicação de sanções pecuniárias graves.

De especial relevância para o estudo, o TJUE apreciou recentemente a compatibilidade do Direito da UE com uma prática nacional que prevê a inscrição automática em lista de fornecedores não fiáveis e a consequente proibição temporária de participação em novos procedimentos dos operadores económicos que apresentaram deficiências significativas ou persistentes na execução de contratos, que culminaram na rescisão contratual pela Entidade adjudicante. Esta medida permite às Entidades adjudicantes consultarem a lista de operadores económicos que executaram deficientemente uma obrigação essencial de um contrato público. A inclusão na lista é automática, mediante decisão judicial que confirme a rescisão contratual⁹⁹, e implica a impossibilidade de participação durante um período de três anos, salvo se o operador demonstrar a adoção de medidas corretivas¹⁰⁰. Em resposta, o TJUE concluiu que o direito da UE “não se opõe(m) ao registo temporário, num portal dedicado a facilitar a gestão dos processos de adjudicação de contratos públicos, dos nomes dos operadores relativamente aos quais se verificaram deficiências significativas ou persistentes na execução de uma obrigação essencial no âmbito de um contrato público anterior”, dado que, a sua aplicação tem como “objetivo facilitar a aplicação dessa restrição”¹⁰¹.

Por conseguinte, o controlo deste impedimento também pode ser automatizado. É viável a criação de um portal ou a designação de uma secção no *base.gov* para a divulgação das sanções aplicadas pelo IMPIC, das resoluções sancionatórias de contratos e das sanções pecuniárias graves impostas a cocontratantes (durante três anos). O algoritmo da Entidade adjudicante poderá recolher informações deste portal e notificá-la da sanção. Contudo, mantém-se o dever de a Entidade adjudicante reavaliar o comportamento do operador que justificou a sua inclusão na lista e determinar se é suscetível de comprometer a confiança necessária para a execução do contrato, fundamentando a decisão de exclusão ou não do concorrente. Caso se conclua pela existência do impedimento, o operador poderá apresentar prova da adoção de medidas

⁹⁹ No nosso ordenamento é suficiente a mera verificação dos factos, dispensando-se a decisão judicial. Neste sentido, P. Fernández Sánchez, 2024b, pp. 69-71; Ac. do STA de 06-07-2023, P. n.º 02727/21.4BEPRT; de 29-11-2022, P. n.º 1983/21.2BELSB-A.

¹⁰⁰ Ou, segundo o TJUE no C-41/18: “o artigo 57.º, n.º 4, alíneas c) e g) da Diretiva 2014/24/EU, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional ao abrigo da qual a impugnação judicial da decisão de resolver um contrato público tomada por uma autoridade adjudicante devido a deficiências significativas verificadas durante a sua execução impede a autoridade adjudicante que lança um novo concurso de efetuar qualquer apreciação, na fase de seleção dos proponentes, sobre a fiabilidade do operador a que diz respeito essa resolução”. Contudo, para P. Costa Gonçalves: “o impedimento resultante do desempenho deficiente de contratos públicos anteriores persiste no caso de o operador económico ter impugnado judicialmente a resolução ou as decisões de aplicações de multas”, salvo as situações em que o tribunal decreta a suspensão dos efeitos da decisão de resolução. (2019, p. 9).

¹⁰¹ Ac. de 26-01-2023, C-682/21, n.º 44 e 45.

corretivas e da sua fiabilidade¹⁰², cabendo à Entidade adjudicante realizar uma avaliação discricionária fundamentada da reabilitação do operador económico¹⁰³.

Até ao momento, abordámos a comunicação entre a Entidade adjudicante e outras entidades públicas e a exploração de ferramentas internas. Contudo, o nosso sistema já dispõe de uma ferramenta que tramita o procedimento de contratação pública: as plataformas eletrónicas. Neste contexto, a implementação direta e integrada da interoperabilidade com as plataformas eletrónicas maximizaria a eficácia da verificação de impedimentos. Para transferir a responsabilidade desta verificação da Entidade adjudicante para as plataformas eletrónicas é imprescindível a alteração da LPE e aplicar-se a interoperabilidade aos procedimentos fechados¹⁰⁴. Desta forma, a própria plataforma eletrónica teria a capacidade de identificar impedimentos e notificar a Entidade adjudicante sobre a potencial inelegibilidade de um participante, sem prejuízo de se acomodarem as garantias do RGPD.

Numa fase mais avançada, nos impedimentos previstos nas als. a), e) e d), cujos critérios são objetivos¹⁰⁵, a plataforma eletrónica poderia automaticamente impedir a participação de operadores inelegíveis, desde que salvaguardasse um prazo para apresentação de defesa. Caso o participante apresente defesa, a decisão final deverá ser precedida de intervenção humana, a fim de mitigar a margem de erro e aumentar a supervisão. Contudo, nos impedimentos suscetíveis de revelação, como os previstos nas als. b), c), g), h) e l), ainda que a sua base possa ser objetiva, a Entidade adjudicante deve assegurar a possibilidade de apresentação pelo participante de medidas corretivas, antes da decisão de exclusão¹⁰⁶. Nestes casos, a plataforma eletrónica limitar-se-á a alertar a Entidade adjudicante da potencial situação de impedimento, de forma a realizarem-se os trâmites subsequentes de audiência dos interessados.

Primordialmente, a implementação destas medidas tem que assegurar o respeito pelos direitos de defesa e proteção de dados dos participantes. A partilha de dados contratuais, com foco na interoperabilidade entre entidades públicas e plataformas eletrónicas, é essencial para otimizar o controlo, a transparência e a igualdade nos procedimentos. Embora reconheçamos os desafios inerentes à proteção de dados¹⁰⁷, os

¹⁰² O mecanismo de relevação (*self-cleaning*) decorre do n.º 6 do art. 57.º e do §102, da Diretiva e do art. 55.º-A do CCP. Contudo, este mecanismo fica afastado quando o impedimento é absoluto, isto é, resulte de uma sanção transitada em julgado (art. 55.º-A, n.º 4 do CCP e 57.º, n.º 6 da Diretiva).

¹⁰³ Para mais desenvolvimentos sobre a avaliação casuística da relevação, J. Azevedo Moreira, 2017, pp. 121-144 e 2024, pp. 5-17.

¹⁰⁴ Para mais informações consulte o cap. II.

¹⁰⁵ Estes impedimentos atuam de forma unilateral e importam automaticamente o afastamento do operador de todos os procedimentos (cf. P. Fernández Sánchez, 2024b, p. 63).

¹⁰⁶ Vide neste sentido os Ac. do TJUE C-387/19, de 14-01-2021; C-682/21, de 26-01-2023; e o Ac. do TCA Sul de 03-07-2024, P. n.º 112/21.7BEBJA.

¹⁰⁷ Sobre a IA ser alimentada por dados pessoais, T. Viana Barra, 2025, p. 65.

dados em questão referem-se a contratos públicos, cuja informação deve ser, por princípio, pública.

4.2 Automatização do ajuste direto

Na sequência de uma alteração à LPE e da sua aplicação aos procedimentos fechados, propomos a implementação de um procedimento de ajuste direto totalmente automatizado, com dispensa da intervenção humana.

O ajuste direto é o procedimento com a tramitação mais simples e, presumivelmente, mais célere¹⁰⁸, que permite à Entidade adjudicante convidar diretamente um operador à sua escolha a apresentar proposta (cf. art. 112.º, n.º 2 do CCP). O procedimento inicia-se com o envio do convite, através de um meio eletrónico, inclusive através da própria plataforma eletrónica. Porém, a escolha da entidade a convidar não deve ser automatizada, requerendo a intervenção da Entidade adjudicante, ainda que com auxílio de ferramentas tecnológicas na verificação dos limites à sua discricionariedade, conforme imposto pelo art. 113.º do CCP¹⁰⁹.

De seguida, ocorre a fase de apresentação de propostas, durante a qual a entidade convidada pode solicitar os esclarecimentos necessários à correta compreensão e interpretação das peças do procedimento e identificar eventuais erros e omissões nos referidos documentos (cf. art. 50.º do CCP). A competência para prestar os esclarecimentos e emitir pronúncia sobre erros e omissões identificados cabe ao órgão competente para a decisão de contratar, sendo possível delegar a primeira competência (cf. art. 69.º, n.º 2 do CCP). Atendendo a esta possibilidade de delegação, consideramos que esta fase poderá ser automatizada por um *chatbot* incorporado na plataforma eletrónica, enquanto assistente virtual, capaz de fornecer respostas instantâneas e personalizadas aos esclarecimentos solicitados¹¹⁰. Por outro lado, a identificação de erros e omissões pela entidade convidada exige a intervenção do órgão competente para a decisão de contratar, visto que poderá implicar a alteração das peças do procedimento. Ainda assim, o *chatbot* poderá auxiliar na decisão, através da apresentação de uma

Sobre a responsabilidade da entidade pública com a atribuição legal de prosseguir o fim de interesse público cuja concretização implica o tratamento de dados pessoais, F. Urbano Calvão e I. Cruz, 2025, p. 53.

¹⁰⁸ Como explica P. Fernández Sánchez, 2024b, p. 571: “a tramitação do procedimento desenvolve-se nos termos, simples e marcados pela informalidade”.

¹⁰⁹ Sobre a automatização da verificação deste limite, confrontar com Cap. 3, ponto 4.

¹¹⁰ A AP está vinculada a “fazer uma análise dos meios disponíveis para comunicar e, nessa sequência, a proceder a uma escolha daquele que, sendo eficaz na transmissão da informação em causa, se revele o mais económico”. Ora, considerando a eficácia das plataformas eletrónicas e a sua possibilidade de integração com mensagens eletrónicas instantâneas para transmissão da informação, “as mesmas poderão ser já, em determinadas circunstâncias, o meio mais económico e eficaz na transmissão de informação” (T. Serrão e D. Calado, 2018, p. 12).

proposta de resposta sujeita a confirmação pelo órgão competente para a decisão de contratar, respeitando-se assim as regras de distribuição de competências.

Posteriormente, a entidade convidada apresenta a sua proposta¹¹¹ através da plataforma eletrónica, seguindo-se a possibilidade de a Entidade adjudicante solicitar esclarecimentos e convidar ao suprimento da proposta (cf. art. 72.º do CCP), e a fase de análise da proposta. No decorrer desta etapa, os serviços da Entidade adjudicante verificam se a proposta cumpre as condições de regularidade substancial, orgânica e formal, conforme previsto nos arts. 70.º, n.º 2 e 146.º, n.º 2 do CCP. A automatização da verificação das causas de exclusão formais apresenta-se como a solução mais eficiente e célere, dada a objetividade da sua análise. Relativamente à al. a) do n.º 2 do art. 146.º do CCP, a plataforma pode automaticamente rejeitar a receção de propostas apresentadas após o termo fixado. Quanto à al. d), o algoritmo pode ser programado para analisar se a proposta contém todos os documentos exigidos nos art. 57.º, n.º 1 e 2 do CCP, para detetar a existência de variantes não admitidas pelo programa do concurso (al. f)) e para verificar a assinatura eletrónica da proposta, em conformidade com a LPE. Nestas circunstâncias, a plataforma eletrónica, ao detetar irregularidades formais não essenciais, pode automaticamente convidar ao seu suprimento, em observância do princípio do *favor do procedimento*¹¹², nos termos do art. 72.º, n.º 3 do CCP¹¹³.

Todavia, a viabilidade de automatização da análise material das propostas está condicionada ao grau de subjetividade atribuído ao órgão competente para a decisão de contratar. Conforme explicado por R. Carvalho, “Na nossa perspetiva, tal utilização implica peças do procedimento elaboradas de forma muito objetiva, sem espaços de conformação autónoma, se quisermos aplicar a todo o procedimento contratual até à adjudicação”¹¹⁴. Deste modo, na hipótese de o conteúdo das peças do procedimento ser objetivo, a análise pode ser realizada por algoritmos determinísticos. As als. a), b) e d) do art. 70.º, n.º 2 do CCP referem-se à apresentação de atributos, termos ou condições. Nestes casos, as plataformas eletrónicas podem, através de algoritmos, identificar os atributos, termos ou condições nas propostas, analisando a sua conformidade com os parâmetros base ou termos fixados no caderno de encargos.

De igual modo, caso o convite determine um preço anormalmente baixo, o algoritmo poderá identificá-lo na proposta. Se o preço anormalmente baixo não estiver

¹¹¹ Sobre o conceito de proposta, P. Fernández Sánchez, 2024b, pp. 832-846.

¹¹² “(...) os custos administrativos e particulares que a abertura e o decurso (ainda que parcial) de um procedimento e a apresentação de propostas sempre implicam justificam uma posição de princípio de favor do procedimento, dos concorrentes e das propostas, que permita, em certas circunstâncias, a sua subsistência e prosseguimento, mesmo quando existam dúvidas quanto à respetiva compatibilidade e (ou) conformidade com os parâmetros legais ou regulamentares aplicáveis” (M. Esteves de Oliveira e R. Esteves de Oliveira, 2011, p. 250).

¹¹³ Para mais desenvolvimentos sobre a regularização das propostas, P. Fernández Sánchez, 2024b, p. 883.

¹¹⁴ 2019, p. 13, NR 38.

previamente definido, o algoritmo pode ser programado para avaliar o preço proposto, com base nos preços de mercado disponíveis em dados de fonte aberta. Na prática, o algoritmo poderá verificar atributos, como o preço, termos ou condições das propostas, documentos obrigatórios da proposta e a sua conformidade com as peças do procedimento, além da verificação de impedimentos e documentos de habilitação.

Não podemos deixar de realçar que, as mensagens eletrônicas instantâneas prestadas por ferramentas de IA, enquanto informações escritas, estão sujeitas ao regime do art. 11.º, n.º 2 do CPA. Assim, apesar da informação ser prestada por comunicações instantâneas, através de uma plataforma eletrónica, a Entidade adjudicante mantém a responsabilidade pela sua prestação¹¹⁵.

Por último, o algoritmo pode ser programado para elaborar um projeto de decisão a submeter ao órgão competente para a decisão de contratar, que proferirá o ato de adjudicação final, tendo em vista a celebração do contrato.

Em síntese, o ajuste direto, procedimento com maior vinculação para a Entidade adjudicante e menor aplicação do princípio da livre concorrência, permite uma maior automatização¹¹⁶. Excetuando situações que exijam prova de requisitos materiais ou envolvam conceitos indeterminados, a automatização é viável nos ajustes diretos baseados no valor, dada a desmaterialização dos cálculos aritméticos. A apresentação da declaração de aceitação do Caderno de Encargos e a adoção do critério do preço mais baixo são fatores que minimizam a intervenção humana. Esta tramitação digital potencia ganhos de transparência, informação e celeridade, desde que se assegure a explicabilidade e a rastreabilidade das decisões apoiadas por IA.

Considerando o exposto, cumpre-nos concluir nas palavras de T. Serrão e D. Calado: “Num contexto de difusão da utilização destas plataformas e de elevado progresso tecnológico, não deve causar estranheza o facto de a Administração se ir socorrendo dos mais recentes desenvolvimentos que a tecnologia coloca ao dispor da sociedade; tal deve, antes, ser encardo como naturalidade e enquadrado juridicamente (...). Na verdade, adotar entendimentos restritivos à utilização de novas conquistas tecnológicas (...) poderá (...) transforma-se numa vã tentativa de “parar o vento com as mãos”, através de interpretações jurídicas impermeáveis à realidade prática”.¹¹⁷

¹¹⁵ Sobre a responsabilidade da AP na prestação de informações através de plataformas eletrónicas de comunicações instantâneas, T. Serrão e D. Calado, 2018, p. 13.

¹¹⁶ Sobre os riscos da automatização nos procedimentos concorrenciais: “o impacto direto que a fase de adjudicação tem nos princípios da livre concorrência, da não discriminação e da transparência, juntamente com o elevado nível de litigância associado a esta fase e a necessidade de motivação e objetividade em todas as decisões tomadas relativamente à adjudicação, tornam a implementação de sistemas de IA altamente controversa do ponto de vista jurídico. Um sistema que participe, sob qualquer forma, na tomada de decisões no âmbito da adjudicação – mesmo sem automatização – deve ser totalmente transparente e as suas decisões explicáveis e rastreáveis por um ser humano em caso de conflito” (J. Miranzo Díaz, 2023, p. 97, trad. nossa).

¹¹⁷ 2018., p. 18.

5. Conclusão

Aqui chegados, apresentamos as conclusões da presente investigação:

- I – No primeiro e segundo capítulo desta dissertação ficou evidente que a UE tem como prioridade impulsionar a adoção de tecnologias no setor público, com vista à otimização e transparência do procedimento de contratação pública. As iniciativas implementadas na Eslovênia e Luxemburgo demonstram o aumento da transparência e da eficiência, por sua vez, a introdução dos *E-forms* na União Europeia permite a harmonização e melhoria da qualidade dos dados.
- II – A obrigatoriedade do uso de plataformas eletrónicas no nosso ordenamento jurídico reflete o nosso compromisso com a desmaterialização e a transparência. A nossa evolução para a contratação pública digital deverá ser contínua, através da interligação das soluções existentes com as novas tecnologias e com a alteração da LPE. O objetivo é criar um sistema mais eficiente, transparente e inovador, sem comprometer os princípios do Estado de Direito.
- III – No terceiro capítulo desta dissertação abordamos a atividade de planeamento, constatando que a sua omissão é das principais causas de erros graves na contratação pública e que a adoção de ferramentas tecnológicas, como auxiliar, permite combater e minimizar a falta de planeamento pelas Entidades adjudicantes. Neste âmbito, assume particular destaque a fase de consulta prévia ao mercado, na qual a utilização de algoritmos de NLP pode facilitar o cumprimento dos deveres das Entidades adjudicantes e garantir a igualdade entre os operadores económicos.
- IV – Além disso, analisamos o fracionamento ilegal dos objetos contratuais, através das regras de agregação do valor, concluindo que a utilização de tecnologias de "*if-then*" pode auxiliar as Entidades adjudicantes neste domínio. E, ainda, a automatização do cumprimento do art. 113.º, n.º2 do CCP através da implementação de um *software* capaz de armazenar e analisar os dados dos contratos, classificar os contratos por categorias e agrupar os contratos por operador económico.
- V – No quarto capítulo da dissertação focamos a nossa análise nos impedimentos e documentos de habilitação, destacando a importância da interoperabilidade entre as plataformas e da unicidade dos dados, documentos e informações. O nosso estudo revelou que a tecnologia pode ser uma aliada na verificação de impedimentos objetivos através da utilização de algoritmos de NLP e da interoperabilidade com os portais públicos. Contudo, a análise de impedimentos que envolvam conceitos indeterminados e as situações de "*self-cleaning*" apresentam restrições à possibilidade de automatização, ainda que a tecnologia possa funcionar como auxiliar.

- VI – No subcapítulo 4.2, por fim, analisamos a automatização do procedimento de ajuste direto, em especial quando o critério de adjudicação é o do valor. Ressalvamos, por fim, a responsabilidade da Entidade adjudicante pelas informações prestadas por ferramentas de IA e a necessidade de garantir a explicabilidade e rastreabilidade destas decisões.
- VII – Em suma, apesar de serem várias as vantagens do uso de tecnologias nos procedimentos de contratação pública, é crucial manter a supervisão humana, garantir a proteção dos direitos dos participantes e adotar uma regulamentação adequada, de modo a preservar a confiança e a legalidade da sua utilização.

Bibliografia

- ALMEIDA, F. (2023). Inteligência Artificial e atividade administrativa: Notas breves sobre automatização na emissão de atos administrativos. *Revista Direito Administrativo*, n.º 17.
- ALMEIDA, J. A. (2017). O novo n.º 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos: Uma norma que continua a aplicar-se consoante o caso. *Publicações Sérvulo*, vol. 22, dez.
- ALMEIDA, M. A. (2023). O processo de revisão em curso dos regimes de contratação pública: Apreciação geral. In C. Amado Gomes, *et al.* (coord.) *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, vol. I, 5.ª ed. AAFDL.
- ALMEIDA, M. A. (2024). *Teoria geral do direito administrativo*, 11.ª ed. Coimbra: Edições Almedina.
- AZEVEDO, P. S. (2018). Pequenas notas sobre os princípios no novo Código dos Contratos Públicos – Quais, quando e quanto. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1.
- BARRA, T. V. (2025). Olhar sobre a inteligência artificial a nível europeu. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 22.
- BATISTA, F. (2019). O “*bad past performance*” no Código dos Contratos Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 6.
- BRITO, M. L. de (2018). O novo n.º 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos revisto. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2.
- CABRAL, M. O. (2018). O artigo 113.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2.
- CALDEIRA, M. (2020). O suprimento da falta de assinatura electrónica na proposta de alteração do Código dos Contratos Públicos. *Cedipre Newsletter*, n.º 12.
- CALDEIRA, M. (2021). A jurisprudência do Tribunal de Contas sobre o fracionamento do objeto do contrato. *Revista de Direito Administrativo*, número especial 2, julho.
- CARVALHO, R. (2019). Diretiva 2014/24/UE e a implementação da contratação eletrónica em Portugal – parte I and II. *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*.
- CARVALHO, R. (2019). The Directive 2014/24/EU and the implementation of e-Procurement in Portugal. Partes I e II.
- CARVALHO, R. (2025). A importância do planeamento e da monitorização na contratação pública. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 22.
- CERRILO I MARTÍNEZ, A. (2020). ¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos? *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, no. 1-2.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, M. & ESTEVES DE OLIVEIRA, R. (2011). *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*. Coimbra: Almedina.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, R. (2008). Os princípios gerais da contratação pública. In *Estudos de contratação pública – I*. Coimbra Editora.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, R. (2011). Empresas em relação de grupo e contratação pública. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2.

- European Commission (2020). *Berlin declaration on digital society and value-based digital government*.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (2024). *Direito da contratação pública*, vols. I e II, 2.^a ed. AAFDL Editora.
- FONTOURA, J. L. (2018). Uma leitura do reformulado artigo 113.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2.
- GONÇALVES, P. C. (2019). Notas breves sobre duas decisões judiciais em matéria de impedimentos. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 21.
- GONÇALVES, P. C. (2023). *Direito dos contratos públicos*, 6.^a ed. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, P. C., LOPES MARTINS, L. & AZEVEDO, B. (2018). O n.º 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos revisto. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2.
- HLÁCS, A., MONTEIRO, B. & BOÉCHAT, P. (2024). Public procurement for public sector innovation. Facilitating innovators' access to innovation procurement. *OECD Working Papers on Public Governance*, no. 80.
- IMPIC (2018). Orientação técnica n.º 01/CCP/2018.
- IMPIC (2023). Recomendação de boas práticas 02/2023-CCP.
- LOPES, J. F. (2023). *Contratação pública e eficiência: A relevância do princípio da eficiência na fase de planeamento e preparação do procedimento de formação de contratos públicos*. Teses, Almedina.
- MATIAS PEREIRA, P. & MESQUITA GUIMARÃES, R. (2014). O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português. *Revista de Contratos Públicos – RCP*. Belo Horizonte, n.º 5, mar./ago.
- METCALF, K. N. (2022). e-Governance and good administration: Examples from Estonia. *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 3, no. 1.
- MIRANZO DÍAZ, J. (2023). Artificial Intelligence and its application to public procurement. *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 4, no. 2.
- MOREIRA, J. A. (2017). A relevação dos impedimentos no Código dos Contratos Públicos. *Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n.º 2.
- MOREIRA, J. A. (2024). Relevação de impedimentos: Algumas questões procedimentais, materiais e estruturais. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 34.
- NEVES, A. F. (2010). Os princípios da contratação pública. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol. 2. Coimbra Editora.
- OECD (2021), *Digital government studies. Digital government review of Slovenia – Leading the digital transformation of the public sector*.
- PAÇÃO, J. (2020). O regime de suprimimento de irregularidades das propostas e candidaturas. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22.
- PINTO, E. de A. (org.) (2022). *Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 comentada e transposição para o Código dos Contratos Públicos. Nótulas com jurisprudência do TJUE*. Rei dos Livros.

- RAIMUNDO, M. A. (2013). *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*. AAFDL EDITORA.
- RAIMUNDO, M. A. (2015). Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In C. Amado Gomes, et al. (org.). *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. Lisboa.
- RELATÓRIO especial do Tribunal Central Europeu, n.º 10/2015.
- RESOLUÇÃO do Parlamento Europeu, de 4 de outubro de 2018, sobre o Pacote de Estratégia dos Contratos Públicos (2017/2278(INI)).
- SÁNCHEZ GARCÍA, A. (2023). Challenges for consolidation and effectiveness of the increase in competitive attendance enabled by the use of electronic means in public procurement. *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 4, no. 2.
- SANCHEZ-GRAELLS, A. (2019). *Digital technologies, public procurement and sustainability: Some exploratory thoughts*.
- SERRÃO, T. & CALADO, D. (2018). Apontamentos sobre a utilização de plataformas eletrónicas de mensagens instantâneas. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 131.
- SOUSA, L. V. & NOBRE, M. (2018). O âmbito de aplicação temporal do novo n.º 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2.
- SOUSA, L. V. (2017). Algumas notas sobre a adjudicação por lotes. *Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n.º 2.
- TAVARES, G. G. (2023). Suprimento de irregularidades de candidaturas e de propostas. *Revista de Contratos Públicos*, n.º 33.
- URBANO CALVÃO, F. & CRUZ, I. (2025). O tratamento de dados pessoais por serviços partilhados na Administração Pública: Algumas questões. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 22.
- URBANO CALVÃO, F. & PORTOCARRERO, M. (2023). Risco, Inteligência Artificial e decisão administrativa: Que garantias para os particulares? In *Estudos em homenagem à Professora Doutora Maria da Glória F. P. D. Garcia*, vol. II. Coimbra Editora.
- VALAGUZZA, S. (2023). European key features and initial insights in public contracting digitalization. *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 4, no. 2.

Jurisprudência:

Acórdãos do STA:

- P. n.º 01056/11, de 08.03.2012
- P. n.º 0330/12, de 20.06.2012
- P. n.º 01028/15, de 03-12-2015
- P. n.º 0322/16.9BEFUN 0464/18, de 27.09.2018
- P. n.º 0955/19.1BEAVR, de 14.01.2021
- P. n.º 1983/21.2BELSB-A, de 29.11.2022

- P. n.º 02727/21.4BEPRT, de 06.07.2023
- P. n.º 0690/19.0BEALM, de 25.01.2024

Acórdãos do TCAN:

- P. n.º 00323/10.0BECBR, de 22.10.2010
- P. n.º 00770/10.8BECBR, de 22.06.2011
- P. n.º 00430/14.0BEMDL, de 17.04.2015
- P. n.º 00098/18.5BEAVR, de 23.11.2018
- P. n.º 00233/20.3BECTB, de 05.02.2021
- P. n.º 01296/21.0BEPRT, de 11.02.2022

Acórdãos do TCAS:

- P. n.º 13093/16, de 19.05.2016
- P. n.º 322/16.9BEFUN, de 15.02.2018
- P. n.º 00374/17.4BECTB, de 12.07.2018
- P. n.º 2226/18.1BELSB, 19.06.2019
- P. n.º 245/19.0BEFUN, de 30.04.2020
- P. n.º 174/21.7BEALM, de 23.06.2022
- P. n.º 2508/22.8BELSB, de 19.12.2023
- P. n.º 112/21.7BEBJA, de 03.07.2024

Acórdãos do Tribunal Geral:

- P. T-175/02, de 17.03.2004
- P. T-358/08, de 11.07.2013

Acórdãos do Tribunal Justiça da UE:

- P. C-538/07
- P. C-305/08
- P. C-124/12
- P. C-358/12
- P. C-41/18
- P. C-387/19
- P. C-682/21
- P. C-66/22



CATOLICA
FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DO PORTO



CATOLICA
CENTRO DE ESTUDOS
E INVESTIGAÇÃO
EM DIREITO
LISBOA | PORTO

www.uceditora.ucp.pt